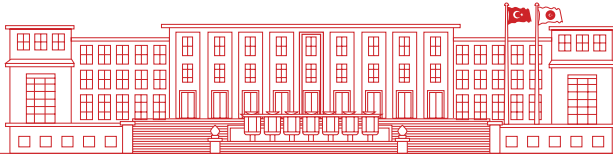




Hukuksuzluğun Sıradanlaşması:
**Silahlı Terör Örgütü Üyeliği
Yargılamaları**

Mustafa YENEROĞLU
İstanbul Milletvekili

Eylül 2021



EGEMENLİK KAYITSIZ ŞARTSIZ MİLLETİNDİR

“Allah adaleti emreder.”

(Kur’an, Nahl 90)

**“Ey Müslümanlar, idarenizde
bulduğumdan beri kimin sırtına
vurmuşsam, işte sırtım, gelsin vursun.”**

(Hz. Muhammed)

**“Dostunuza da düşmanınıza da adaletle
muamele ediniz.”**

(Hz. Ali)

**“Adaletsizliği engelleyecek gücünüzün
olmadığı zamanlar olabilir. Fakat itiraz etmeyi
beceremediğiniz bir zaman asla olmamalı.”**

(Elie Wiesel)

**“Siz hukukçular, sizleri ilgilendiren bir
konuda niçin susuyorsunuz?”**

(Giorgio Agamben)

**“Korktuk. Dünya nimetlerinden vazgeçip,
manastırlara kapanan biz rahiplerin,
meğerse yitirecek ne kadar da çok şeyi
varmış! Başkalarına sadece Tanrı’dan
korktuğumuzu söyleyip gerçekte kendi
gölgemizden korktuk! Başkalarına ‘devotus
Deo’ olduğumuzu söyleyip, kendimizi nelere
nelere adadık! Kendimizin ‘servus Dei’
olduğunu ilân edip, kimlere kimlere hizmet
ettik! Manastırlarımızın kapısına ‘non sub
homine, sed sub Deo et lege’ yazıp, kimlere
kimlere itaat ettik!”**

(Perfectus Belaslatinas, Kurbağa Manastırı)
(Kemal Gözler’in Sunuşu ve Çevirisiyle)

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMAK	4
I. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	6
1. Silahlı Terör Örgütü	6
A. Unsurları	6
a. TCK'nın 314. maddesindeki amaç suçları işlemek için bir araya gelmek (Suç örgütü)	7
b. Silah	9
c. Elverişlilik ve üye sayısı	11
d. Cebir ve şiddet kullanmak	12
e. Süreklilik	16
f. Hiyerarşik bağ	17
B. Örgütün Amacı ve Yöntemi	17
C. 15 Temmuz 2016 Tarihinden Evvel FETÖ/PDY'nin Hukuki Niteliği	19
a. Terör örgütünün bidayetinin belirsizliği sorunu	20
b. Fethullah Gülen hakkında verilen beraat kararı	24
c. Milli Güvenlik Kurulu Kararları	24
d. 15 Temmuz 2016 tarihinden evvel ülke çapında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar	26
2. Silahlı Terör Örgütüne "Üye olmak" Fiili	28
A. Hiyerarşik Bağa Dahil Olmak	29
a. Organik bağ	30
b. Eylemlerin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu	31
II. SUÇUN MANEVİ UNSURU	34
1. Doğrudan Kast	34
A. Örgütün Silahlı Terör Örgütüne Evrilmesinde Manevi Unsur	37
B. FETÖ/PDY Yargılamalarında TCK'nın 30. Maddesinin Değerlendirilmesi (Hata Hükmü)	40
a. TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrası anlamında hata hükmü	40
b. TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrası anlamında hata hükmü	41
c. Yanılgının kaçınılmaz olması	43

III. SORUŞTURMA VE YARGILAMA MAKAMLARININ FETÖ/PDY ÜYELİĞİNE DELİL OLARAK KABUL ETTİKLERİ BAZI FİİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	46
1. Yasal Bir Bankadaki Hesap Hareketleri	47
2. Sendika, Dernek, Vakıf Üyeliği	51
3. Örgütün Düzenlediği "Sohbet"e (Toplantıya) Katılmak	55
4. Yayın Yasağı Bulunmayan Kitap ve Dokümanları Bulundurmak, Yasal İnternet Sitelerini Ziyaret Etmek	58
5. Örgütün Yapılarına Ait Olan Öğrenci Yurtlarında Kalmış Olmak veya Çocuklarını Fethullah Gülen'le Bağlantılı Okullara Göndermiş Olmak	61
6. Ankesörlü ve Sabit Hatlar Üzerinden Aranma	62
7. Telefonuna "ByLock" Programı İndirmek	66
SONUÇ	77
KAYNAKÇA	80
İnternet Kaynakları	81

Giriş

15 Temmuz 2016 tarihinde, Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesindeki hiyerarşik yapılanmanın dışında, örgütlü olarak hareket eden bir grup asker tarafından Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ndeki yasama ve yürütme organlarının işlevsiz hale getirilmesi amaçlanmış; başarısızlıkla sonuçlanan bu darbe girişimi sonucunda 250'den fazla sivil ve kamu görevlisi şehit edilmiştir.

Darbe girişimi sonrası devletin kendi varlığını, demokrasiyi ve hukuk devletini koruma sorumluluğunun gereği olarak olağanüstü hâl ilan edilmiştir. OHAL tedbirleri kapsamında, yüz binlerce kişi hakkında cezai ve idari soruşturma başlatılmıştır.¹ Bu süreçte alınan tedbirlerin büyük bir kısmı, kişilerin kamu görevine son verilmesine yöneliktir. 2 yıl süren OHAL'de, toplam 32 adet Olağanüstü Hal KHK'si çıkarılmış,² 125.000'den fazla³ kamu görevlisi görevinden ihraç edilmiştir. Bunun yanında kapatılan kurum ve kuruluşlar, okulları kapatılan ve mezuniyetleri geçersiz sayılan askeri ve polis okulları öğrencileri, diğer kamu ve özel kurumlarda işlerine son verilenler ve ruhsatları iptal edilenler dikkate alındığında idari yaptırımlara doğrudan maruz kalanların sayısının 250.000'i geçtiği anlaşılmaktadır.⁴

Hukuksuzluğun sıradanlaşması sonucunda terör örgütü üyesi suçlamasına maruz kalanların aileleri ile birlikte nesiller boyu süren bir sosyal ölüme mahkûm edildiği de açıktır. Yalnızca sosyal ölüm değil, aynı zamanda asgari yaşam şartları dahi tanınmayan, çoğu KHK ile ömür boyu kamuda çalışmaktan menedilen ve tüm sosyal güvencelerden mahrum bırakılan on binlerce insan, haklarında takipsizlik ya da beraat kararı verilmesine rağmen yıllardır işlerine iade edilmeden bekletilmektedir. Üstüne bir de Sosyal Güvenlik Kurumu'nun özel işten çıkış kodları öngören genelgesi ile⁵ devlet tarafından damgalı vatandaş kategorisine sokulan KHK'lılar, özel sektörde de işverenlerin "*KHK'lı eleman çalıştırmaktan çekinmesi*" sebebiyle iş bulamamakta, kendisinin ve ailesinin en temel ihtiyaçlarını dahi karşılayamamaktadır.⁶

¹ Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname Karar Sayısı: KHK/667, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160723-8.htm>. Erişim Tarihi: 09.08.2021.

² OHAL sürecinde toplamda 37 adet KHK çıkarılmış olmakla birlikte bunlardan 5'i OHAL KHK'si olmayıp Anayasa'nın mülga 91. maddesine göre Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK'lardır.

³ 28.05.2021 itibarıyla toplam 126.674 başvurudan, 14.072 kabul, 101.058 ret kararı veren OHAL İnceleme Komisyonu'nda 11.544 dosya ise henüz derdestir. OHAL İnceleme Komisyonu Faaliyet Raporu, <https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/#collapse-54>, Erişim Tarihi: 09.08.2021.

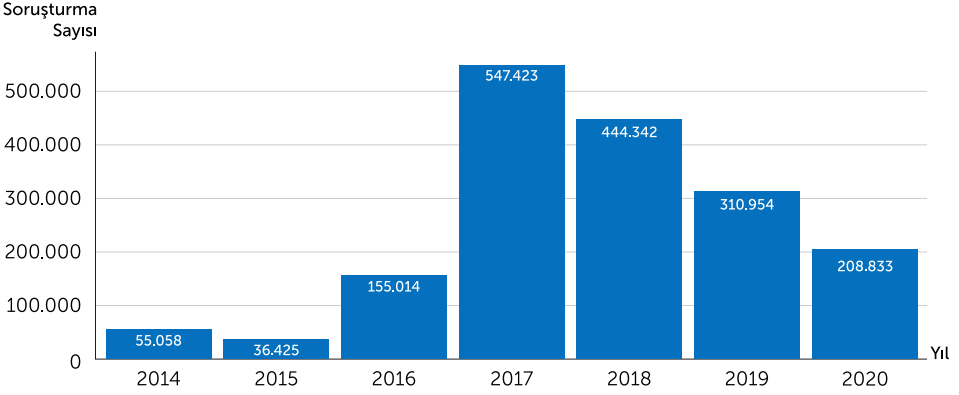
⁴ <https://tr.euronews.com/2019/07/12/verilerle-15-temmuz-sonras-ve-ohal-sureci>, Erişim Tarihi: 11.08.2021.

⁵ Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ilk defa 01.09.2016 tarihi ve 2016/20 sayılı Genelge ile düzenlediği ve 24.04.2019 tarihi ve 2019/9 sayılı Genelge ile son halini verdiği sisteme göre; OHAL KHK'si ile işyeri kapatılan ya da kamu görevinden çıkarılan kişilerin işten çıkarılma nedenleri ile ilgili kısma sırasıyla 36 ve 37 kodları işlenmektedir. İş başvuruları sırasında işten çıkış nedenini gösteren bu kodların işveren tarafından görülmesi nedeniyle bu kişiler özel sektörde de iş bulamamakta ve ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

⁶ Söz konusu uygulamaya ilişkin vermiş olduğumuz soru önergesi için Bkz: https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili_sozlu_soru_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=295964, Erişim Tarihi: 13.08.2021.

OHAL uygulamalarının diğer boyutu, ceza yargılamalarına ilişkindir. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün kamuoyuyla paylaştığı verilere göre, 2016 ile 2020 yılları arasında toplamda en az 1 milyon 576 bin 566 adet silahlı örgüt suçu bağlamında soruşturma açılmıştır.⁷ Kaldı ki cezai takibatlar hala yeni soruşturmalarla devam etmektedir.

Şekil 1: Adalet İstatistiklerine Göre TCK 314. Maddeden Başlatılan Soruşturma Sayısı



Söz konusu sayıların bu kadar yüksek olmasının, soruşturmanın suç işleme kastı olmayan, örgütün nihai hedeflerinden bihaber olan masum kişilere kadar sirayet etmiş olmasından kaynaklandığı açıktır. Yapılan soruşturmalarda hukuk zemininin dışına kayılmış, ceza hukukunun temel ilkeleri göz ardı edilmiş, uygulamada yeknesaklık sağlanamamış ve toplum vicdanı yaralanmıştır.

Yaşanan adaletsizlikler karşısında siyasetçilerin, hukukçuların ve kamuoyunun büyük bir kısmı kulaklarını tıkasa, gözlerini kapatsa da bu yargılamaların toplumda etkisi çok uzun yıllar sürecek travmalar meydana getirdiği gerçeği, ileriki zamanlarda çok daha hissedilir olacaktır.

Bu hukuksuzlukların son bulması için adım atılması gerekir. Öncelikle suçun tespitinde yerel mahkemeler ile Yargıtay'ın kararlarına dayanak teşkil eden ve yüz binlerce kişinin silahlı terör örgütü üyeliğinden soruşturulmasına sebebiyet veren birtakım fiillerin, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında değerlendirilmesi gerekir.

Hiç kimsenin ya da grubun düşünceleri sebebiyle peşinen suçlu ilan edilmediği, ceza hukukunun temel ilkelerinin ve adil yargılanma hakkının esas alındığı, yürütmenin

⁷ Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistiklerine göre cumhuriyet başsavcılıklarınca TCK 314. maddeden; 2016 yılında 155.014, 2017 yılında 457.423, 2018 yılında 444.342, 2019 yılında 310.954, 2020 yılında 208.833 adet adli karar olmak üzere toplamda en az 1 milyon 576 bin 566 adet soruşturma başlatılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, Erişim Tarihi: 17.09.2021.

suç kategorisi üretme yetkisine sahip olmadığı, herkesin kanun karşısında eşit ve masumiyet karinesine sahip olduğu bir hukuk devleti çizgisine geri dönülmesi sağlanmalıdır.

Elinizdeki çalışma ceza yargılamalarında uygulamadan kaynaklanan bu garabetin, hukuk zemininde yapılacak nesnel tespitlerle ele alarak hukuksuzluklara çözüm bulunmasına katkı sunmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Üç temel başlıktan oluşan çalışmada, öncelikle silahlı terör örgütüne üye olma suçunun maddi ve manevi unsurları üzerinde durularak, yargılamaların hukuka uygunluğu yargı kararları ışığında tartışılacaktır. Son olarak, soruşturma ve yargılama makamlarının FETÖ/PDY üyeliğine delil olarak kabul ettikleri bazı filler hukuken değerlendirilecektir.

Silahlı Terör Örgütüne Üye Olmak

Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşması için gerekli maddi ve manevi unsurları tespit ederken esas alacağımız maddeler; silahlı örgüt suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 314. maddesi, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 1. ve 7. maddeleri⁸ ile örgütlü suçu düzenleyen TCK'nın 220. maddesidir.⁹ Burada üzerinde durulması gereken öncelikli unsur, kişinin "*terör örgütüne fiili olarak katılma hareketinin*" kanunda suç olarak düzenlenmiş olmasıdır. Suç örgütleri toplum düzenini ciddi manada tehlikeye soktuğundan, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan üye olma fiili, kanunda ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca gerçekleştirilen fiil ile suçun konusu üzerinde bir zarar meydana gelmemekle beraber, suçun konusu olan kamu güvenliği ve barışı üzerinde somut bir tehlike ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle silahlı terör örgütüne üye olmak, somut tehlike suçlarındandır. Kanun koyucunun suç işlenmesi yönündeki açık ve somut iradeyi cezalandırma yoluna gitmesinden dolayı bu suçun oluşması için ayrıca amaç suçlardan birinin işlenmesine gerek bulunmamaktadır.¹⁰ Örneğin terör örgütü üyeliği suçu söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü ve onun özel görünümüleri niteliğindeki hakların kullanılmasından ibaret olan eylemlerin bu suçtan mahkumiyetlerde delil olarak kabul edilmesi, kişinin bu suçtan başka bir suç işlemesi gerekmemesinin bir sonucudur.¹¹

Yargıtay, üye olmak fiilinden ne anlaşılması gerektiğine dair içtihat oluşturmuştur. Müstakar kararlarında; şüphelinin eylemlerinin, örgütle "*organik bağının*" olduğunu kanıtlayıp kanıtlamadığı, "*örgütün hiyerarşik yapısı*" içerisinde bilerek ve isteyerek işlenmiş olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususlarının "*devamlılık, çeşitlilik ve yoğunluk*" kriterleri de göz önünde bulundurarak incelenmesi gerektiğini

⁸ 12.04.1991 tarihinde kabul edilen 3713 sayılı TMK'nın, terör ve terör örgütlerinin tanımını yapan 1. ve 7. maddeleri ile terör suçlarını düzenleyen 3. ve 4. maddeleri ve kanunun diğer maddelerinde bugüne kadar pek çok değişiklik yapılmıştır. TMK'da terör örgütü kavramını şekillendiren hükümlere bakıldığında, terör ve örgüt tanımının yapıldığı 1. madde, "terör suçlusunu" nun tarif edildiği 2. madde, mutlak ve nisbi terör suçlarının düzenlendiği 3. ve 4. maddelerin yanı sıra "terör örgütleri" başlığını taşıyan 7. madde ön plana çıkmaktadır. Bu maddeler arasında 1. ve 7. maddenin terör ve terör örgütü kavramının açıklığa kavuşturulmasında daha önemli bir rol oynadığı söylenebilir.

⁹ TCK'nın 220. maddesinde, Türkiye'nin de taraf olduğu Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2/a hükmüne uygun olarak örgüt düzenlemesi yapıldığından, TMK'da ayrı bir örgüt tanımı yapılmasına ihtiyaç kalmamıştır. Bu sebeple terör örgütüne ilişkin TMK'daki düzenlemeler ile TCK'daki suç örgütlerine ilişkin hükümler arasında lex generalis-lex specialis (genel kural-özel kural) ilişkisi bulunmaktadır.

¹⁰ Aykut Ersan, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, İÜHFİM, C. LXXI, Sa. 1, 2013, s. 384.

¹¹ Ceren Sedef Eren, *İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütü Üyeliği Suçu*, 1.B, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 31.

belirtmiştir.¹² Bu bağlamda Yargıtay kişinin; örgüt belgelerinde üyeliğine ilişkin delil ele geçmesi, örgüt faaliyetlerine iştirak sayısı, örgüte para ve eleman temini, ideolojik eğitim yapması, süreklilik ve çeşitlilik arz eder biçimde örgüt talimatı ile yasadışı toplantılara ve eylemlere katılması vb. kriterleri esas alarak üyeliğin varlığını kabul etmektedir.¹³

Yargıtay içtihadına göre; bir kişinin örgüt üyesi olduğuna karar verilebilmesi için sanığın *"... örgütsel yapı içerisinde toplumsal mevkii ve statü ne olursa olsun mensubiyet duygusu gereği örgüt yöneticilerinin talimatlarını sorgusuz sualsiz yerine getirmesi"* gerekmektedir.¹⁴

¹² Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 26.10.2017 tarihli kararında özetle ilk derece mahkemesi sıfatıyla 24.04.2017 tarih, 2015/3 E. ve 2017/3 K. sayılı kararı başta olmak üzere, Dairece benimsenen ve istikrar kazanmış yargı kararlarında, örgüt üyesinden ne anlaşılması gerektiği, bu kapsamda örgüt üyesinin, örgütün amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olup verilecek görevleri yerine getirmeye hazır şekilde iradesini örgüt emrine terk eden kişi olduğu, örgüt üyesinin örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılması gerektiği, organik bağın ise, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik durumunu tespit eden bir bağ olarak üyeliğin en önemli unsuru olduğu, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi kapsamında verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tam bir teslimiyet duygusu ile yerine getirmeye hazır olup öylece ifa etmesi gerektiği, bu çerçevede silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak da süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin varlığının aranması gerektiği, bununla birlikte niteliği, işleniş şekli, gerçekleşen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibarıyla süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özellikleri olmasa da sadece örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olarak kabulünün gerektiği, bu nedenle örgüte yalnızca sempati duymak (Türk Dil Kurumu'na göre birisini sevimli, cana yakın bulmak) veya örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmamak, örgüt liderine saygı duymak gibi fillerin örgüt üyeliği için yeterli olmayacağı, örgüt üyesinin örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, onun bir parçası olmayı istemesi, katılma iradesinin devamlı olması gerektiği, hatta örgüt üyesi olan kimsenin bir örgüte girerken örgütün kanunun suç saydığı suçları işlemek için kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olma kastı ve iradesiyle hareket etmesi, bundan da öte suç işleme amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak için de failde saikin "suç işleme amacı" olmasının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay 16. CD, Esas No: 2017/1809, Karar No: 2017/5155, Tarih: 26.10.2017.

¹³ Mustafa Aruç, *Türk Ceza Kanunu*, 5.B, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 1564.

¹⁴ Yargıtay, 16. Ceza Dairesi, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

I. Suçun Maddi Unsurları

1. Silahlı Terör Örgütü

A. Unsurları

Kişinin silahlı terör örgütü üyesi olarak kabul edilebilmesi için her şeyden evvel kuruluşu, stratejisi, yapılanması ve faaliyetleri itibarıyla TCK'nın 314. maddesi ve 3713 sayılı TMK'nın 1. ve 7. maddelerinde tarifini bulan bir terör örgütünün varlığı şarttır.¹⁵

Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde bir örgütün terör örgütü olup olmadığı yasama veya yürütme organı tarafından belirlenir. Örneğin İngiltere'de Terörizm Kanunu'na göre; terör örgütleri, Kanun'un ekinde liste halinde belirlenmiş örgütler ile bu örgütlerle aynı ismi taşıyan örgütlerdir.¹⁶ Amerika'da ise Göç ve Vatandaşlık Kanunu bir örgütün, terörü örgütü olarak nitelendirilmesinde yetkili merci olarak Dışişleri Bakanı'nı göstermektedir. Bu yönüyle İngiliz Hukuku ile benzerlik gösteren ABD'de, Dışişleri Bakanı bu hususta yaptığı nitelendirme hakkında Kongre'yi bilgilendirmekle yükümlüdür.¹⁷ Türk Hukuku'nda ise TMK'da herhangi bir terör örgütü listesine yer verilmediği gibi bu konuda herhangi bir idari ya da siyasi merci de yetkili kılınmamıştır. Bir örgütün silahlı terör örgütü olduğunun kabulü için mevzuatımıza ve uygulamaya göre; iç hukukta kesinleşmiş bir mahkeme kararı, ulusüstü yargı erkinin kesinleşmiş bir kararı, bağlayıcı uluslararası sözleşmeler veya uluslararası resmi bir teşkilatın bağlayıcı kararlarından biri olmalıdır.¹⁸

Henüz hakkında *"kesinleşmiş bir mahkeme kararı ya da uluslararası resmi bir teşkilatın bağlayıcı kararı bulunmayan bir örgüte"* üyelik tespiti yapılırken önemli olan ilk husus, şüpheli hakkında isnat edilen somut suçta yönelik bir soruşturma yapılması ve yapılan bu soruşturma neticesinde silahlı terör örgütünün varlığının ilgili mevzuata göre kapsamlı bir araştırma yapılarak tespit edilmesidir. Silahlı terör örgütünün varlığına ancak işlendiği sabit olunan somut suçlardan hareketle karar verilmelidir ve bu kararın da *"bir ceza mahkemesi"* tarafından verilmesi gerekmektedir.¹⁹ Kanunilik ilkesi uyarınca, ceza mahkemelerince bir silahlı terör örgütünün varlığının tespiti için ise TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen örgüt kurma suçunun tüm maddi unsurlarına ek olarak, örgütün TCK'nın 314. maddesi

¹⁵ Hasan Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 2*, 5.B, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 2718.

¹⁶ *"Bir örgütün bu listeye eklenmesi veya bu listeden çıkartılmasında yetki ilgili Bakan'a aittir. Bu bakımdan bir örgütün, terör örgütü olarak nitelendirilmesinde, yargı mercilerinin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bir örgütün söz konusu listeden çıkartılmasında İngiliz Parlamentosu'nun ayrıntılı bir denetim yetkisi olduğunu ifade etmek gerekir."* Faruk Yasin Turinay, *Türk Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu*, 1.B, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 222.

¹⁷ Turinay, s. 222.

¹⁸ Ersan Şen, Sefa Eryıldız, *Suç Örgütü*, 3.B, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 381, 382.

¹⁹ Özgenç, *Suç Örgütleri*, s. 91.

gereğince amaç suçları işlemek için kurulmuş ve silahlı bir yapıya sahip olduğunun tespit edilmesi de gerekir. Ayrıca ilgili örgütün, TMK'nın 7. maddesine göre; cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, TMK'nın 1. maddesinde belirtilen amaçlara yönelik suç işleme saikinin olduğunun ortaya konulması da şarttır.

Bununla birlikte Yargıtay içtihatlarında, terör örgütünün mevcudiyetine ilişkin ilk karar verileceği zaman; mahkemelerce kapsamlı bir inceleme yapılarak örgütün amacının, eylem planı veya benzeri bir hareket tedbiri benimseyip benimsemediğinin ve bu eylem planını takip ederken fiilen şiddete başvurup başvurmadığının ya da bu yönde beklenen bir tehdit oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerektiği de anlaşılmaktadır.²⁰

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24.04.2017 tarihli kararında ise terör örgütlerinin nitelikleri belirlenirken yargılama aşamasında davaya ya da soruşturmaya konu oluşumun; nerede, ne zaman, kimler tarafından, ne amaçla kurulduğu, ülke genelinde amaca elverişli eylem ve faaliyetlerine ilişkin bilgiler ilgili devlet kurumlarından dosyaya eklenmelidir. Bu bilgiler dosyada mevcut olay ve deliller doğrultusunda yargılama makamlarınca incelenerek, yargı kararının kesinleşmesi ile oluşumun suç, terör ya da silahlı terör örgütü niteliğinde bulunup bulunmadığının kesin olarak tespit edilmesi gerekir.²¹

a. TCK'nın 314. maddesindeki amaç suçları işlemek için bir araya gelmek (Suç örgütü)

TCK'nın 314. maddesinde silahlı örgüt, özel bir terör suç tipi olarak düzenlenmiştir.²² Bir örgütün suç örgütü sayılabilmesi için kanunun suç saydığı fiilleri işlemek

²⁰ Örneğin; IŞİD (Irak, Şam İslam Devleti)'in terör örgütü olduğunun tespitinde Yargıtay 16. Ceza Dairesi ilk derece mahkemesinin kararlarını, "Saniğin mensubu bulunduğu iddia edilen Irak Şam İslam Devleti (IŞİD) adlı oluşumun 3713 sayılı Kanununun 1 ve TCK'nın 314. maddelerinde tanımlanan terör örgütü ya da silahlı terör örgütü olduğunu gösterir; örgütün kuruluşu, kurucuları, lideri, amacı, stratejisi, eylemleri, Türkiye'de ve Türkiye dışında, Türk vatandaşları ya da Türkiye Cumhuriyeti kurum ve kuruluşlara karşı, gerçekleştirdiği eylem ve faaliyetlerinin bulunup bulunmadığı, varsa bu eylem ve faaliyetlerinin nelerden ibaret olduğu hususlarının İçişleri Bakanlığı ve ilgili kurumlardan sorulmasından ve örgütün niteliği hiç bir duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmesinden sonra, saniğin hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerekirken, eksik araştırmayla yazılı biçimde hüküm kurulması" sebebi ile bozmuştur. Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/1060, Karar No: 2015/631, Tarih: 7.04.2015 ve Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/4588, Karar No: 2015/2132, Tarih: 22.06.2015.

²¹ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

²² TCK'nın 314. maddesi; "(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır."

amacı ile bir araya gelinmiş olması şarttır.²³ Ancak silahlı terör örgütleri, genel suç örgütlerinden farklı olarak TCK'nın 314. maddesinde sayılan amaç suçları işlemek için bir araya gelmiş olmalıdır. Silahlı örgüt suçundan bahsedilebilmesi için evvela ve mutlaka TCK'nın İkinci Kitabı'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü bölümündeki veya "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümündeki suçları işlemek amacıyla kurulan bir örgütten bahsedilebilmesi gerekmektedir. Maddede belirtilen amaç suçlar, terör örgütlerinin amaçlarının düzenlendiği TMK'nın 1. maddesi ile de uyumludur. Bu nedenle bu suç, TMK'nın 3. maddesine göre mutlak terör suçudur.²⁴ Bu suçlar dışında kalan amaç suçları işlemek amacı ile kurulan silahlı örgütler, TCK'nın 220. maddesi 3. fıkrası kapsamında değerlendirilecektir.²⁵ Silahlı terör örgütleri, 220. maddede düzenlenen suç örgütlerinden; maddi unsur olarak "silahlı" olması, manevi unsur olarak da "saiklerinin" sadece belirtilen suçlar olması bakımından farklılık göstermektedir. Yine terör örgütleri izlemiş oldukları yöntem ile de diğer suç örgütlerinden ayrılmaktadır.

Örneğin Yargıtay 16. CD'nin ilk derece mahkemesi sıfatı ile verdiği 24.04.2017 tarihli kararında FETÖ/PDY'nin amacı "Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türkiye Devletini ve varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini yıkmak ve daha sonra ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini bozmak" olarak belirtilmiştir.²⁶ Söz konusu bu karar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK) 26.09.2017 tarihli kararı ile onanarak kesinleşmiştir.²⁷ Böylece örgütün TCK'nın 314. maddesindeki

²³ TCK'nın 220. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: "Amaçlanan suçlar belirsiz tipte ve sayıda olmalıdır. İştirak ilişkisi belirli bir suçu işlemek amacı ile geçici mahiyette kurulmasına rağmen, suç işlemek için örgüt kurma suçu belirsiz sayıda ve tipte suçları işlemek için bir araya gelinmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle söz konusu husus iştirak ilişkisi ile arasındaki en önemli fark olarak karşımıza çıkmaktadır. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, suç ortakları nezdinde suçun, konu veya mağdur bakımından somutlaşması gerekir. Buna karşılık, örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu değildir."

²⁴ TMK'nın 3. maddesi: "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

²⁵ TCK 220/3. maddesi; "Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır."

²⁶ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

²⁷ "FETÖ/PDY silahlı terör örgütü, paravan olarak kullandığı dini, din dışı dünyevi emellerine ulaşma aracı haline getiren; siyasi, ekonomik ve toplumsal yeni bir düzen kurma tasavvuruna sahip örgüt liderinden aldığı talimatlar doğrultusunda hareket eden; bu amaçla öncelikle güç kaynaklarına sahip olmayı hedefleyip güçlü olmak ve yeni bir düzen kurmak için şeffaflık ve açıklık yerine büyük bir gizlilik içerisinde olmayı şiar edinen; bir istihbarat örgütü gibi kod isimler, özel haberleşme kanalları, kaynağı bilinmeyen paralar kullanıp böyle bir örgütlenmenin olmadığına herkesi inandırmaya çalışarak ve bunda başarılı olduğu ölçüde büyüyüp güçlenen, bir yandan da kendi mensubu olmayanları düşman olarak görüp mensuplarını motive eden; "Altın Nesil" adını verdiği kadrolarla sisteme çatışmak yerine sisteme sahip olma ilişkisiyle devlete tabandan tavana sızan; bu kadroların sağladığı avantajlarla devlet içerisinde belli bir güce ulaştıktan sonra hasımlarını çeşitli hukuki görünümü hukuk dışı yöntemlerle tasfiye eden; böylece devlet aygıtının bütün alt bileşenlerini ünite ünite kontrol altına almayı ve sisteme sahip olmayı planlayıp ele geçirdiği kamu gücünü de kullanarak toplumsal dönüşümü sağlamayı amaçlayan; casusluk faaliyetlerini de bünyesinde barındıran atipik/suigenis bir terör örgütüdür." YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

suçları işlemek amacı ile bir araya geldiği sabit görülmüştür.

b. Silah

TCK'nın 314. maddesinde düzenlenen örgütün amaca matuf bir eylem gerçekleştirmeye yeterli derecede silahlı olması ya da bu silahları kullanabilme imkânına sahip bulunması gerekir. TCK'nın 220. maddesinde silah, ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilirken; TCK'nın 314. maddesinde silah, suçun oluşması için aranan maddi unsur olarak gösterilmiştir. 314. maddenin gerekçesine göre, bu madde kapsamına giren bir örgütün silahlı olması gerekmektedir. Başka bir deyişle silah, bu suçun bir unsurunu oluşturmaktadır. Silah, TCK'nın 6. maddesinde tanımlanan silah kavramı çerçevesinde açıklanamaz. Anılan tanımda, çeşitli suç tipleri bakımından genel olarak saldırı ve savunmada kullanılabilmeleri nedeniyle, gerçekte silah olarak üretilmemiş olan kimi cisim ve araçlar da silah olarak kabul edilmiştir. Buna karşın, devlete ve anayasal düzene karşı suçların işlenmesi amacıyla kurulan bir örgüte ait silahların gerçek anlamda silahlardan olması ve ayrıca sayı ve vahamet bakımından amaç suçları işlemeye elverişli bulunması gerekir.²⁸ Nitekim TCK'nın 314. maddesinin gerekçesine göre örgütün bütün mensuplarının silahlı olmaları zorunlu değildir; hedeflenen suçların işlenmesini sağlayabilecek derecede olmak üzere bazı üyelerin silahlı olmaları suçun oluşması için yeterlidir.

Yargıtay 16. CD'nin 24.04.2017 tarihli kararını onayarak kesinleştiren YCGK, FETÖ/PDY ile ilgili söz konusu kararında silahlı terör örgütünün özelliklerini açıklarken, örgüt mensuplarının tamamının olmasa bile bir kısmının silahlı olmasının, silahlı terör örgütünün oluşması için yeterli olduğunu; örgüt, bu silahları gerektiğinde kullanma imkân ve olanağına sahip ise silahlı terör örgütünün kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁹ YCGK aynı kararında, silahlı terör örgütünün elinde bulunan silahın devlete ait olması ya da bu silahların hukuka aykırı yollardan elde edilmesinin bu suçun oluşması açısından önem taşımadığını da belirtmiştir. Söz konusu karara göre *"Bir kısım örgüt mensuplarının silah kullanma yetkisine haiz resmi kurumlarda görevli olması, örgüt mensuplarının bu silahlar üzerinde tasarrufta bulunma imkanlarının var olması ve örgüt hiyerarşisi doğrultusunda emir verilmesi halinde silah kullanmaktan çekinmeyeceklerinin anlaşılması karşısında; tasarrufunda bulunan araç, gereç ve ağır harp silahları bakımından 5237 sayılı TCK'nın 314'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında bir silahlı terör örgütü olduğu izahtan varestedir."* Bu kapsamda FETÖ/PDY, silah kullanma yetkisi olan resmi kurumlarda görev alan (Emniyet, Jandarma, TSK, MİT mensubu gibi) üyelerinin bulunduğu ve bu kişilerin silahları

²⁸ Yargıtay 16. CD, Esas No:2019/6022, Karar No: 2019/4230, Tarih: 17.06.2019.

²⁹ YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

örgütün amacı doğrultusunda kullanmaktan çekinmeyeceklerinin anlaşıldığı (15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi) için silah unsurunu karşılamaktadır. Dolayısıyla FETÖ/PDY açısından 15 Temmuz 2016 tarihinde söz konusu suçun silah unsurunun tamamlandığı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu tarihten sonra örgütün, silahlı bir terör örgütü niteliğinde olduğu şüphesizdir.

Ancak bahse konu kararında YCGK, FETÖ/PDY'nin silahlı terör örgütü sayılması için Emniyet ve TSK'da yer alan üyelerinin silahlar üzerinde gerektiğinde tasarruf imkânının bulunmasını yeterli bularak³⁰ örgütün, silahlı terör örgütü olma vasfını 15 Temmuz 2016 tarihinden önce kazandığına hükmetmiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi, farklı bir örgüt ile alakalı 19.07.2018 tarihli kararında *"örgüte yapılan operasyonda silah ele geçirildiği şeklindeki gerekçenin somutlaştırılmadığını ve mevcut yargılamayla ilgisinin kurulmadığını, Emniyet raporlarında 2009 yılında yapılan bir operasyonda bazı silahların ele geçirildiği bildirilmiş ise de söz konusu silahlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın akıbeti, silahların örgütün yargılamalarıyla bir ilgisinin olup olmadığı, ilgisi varsa söz konusu silahların örgütü bir terör örgütü olarak nitelendirmeye ve başvuruçuyu terör örgütü üyesi olarak kabul etmeye elverişli olup olmadığı yönünden tartışılmamasını ve başka bir mahkeme kararında tartışılmış ise o kararda gösterilmemesini"* adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.³¹ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ışığında, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden evvel de FETÖ/PDY'yi silahlı örgüt olarak nitelendirebilmek için mahkeme kararında, ilgili kamu kurumlarında silah taşıma yetkisi olan "örgüt üyesi kamu görevlilerinin" hangi soruşturma kapsamında tespit edildiğinin, örgütle bağlantılarının hangi seviyede olduğunun, tasarrufunda bulunan silahların amaç suçları işlemek için elverişli olup olmadığının, bu silahları örgütün amacı doğrultusunda kullanacaklarına ilişkin eylem planının var olup olmadığının somut olaylarla ve yeterli gerekçeler ile izah edilmesi gerekir. Oysa söz konusu kararlarda, Yargıtay 16. CD yahut da YCGK tarafından, darbe kalkışmasından evvel de örgütü silahlı terör örgütü kapsamına sokacak herhangi bir somut olaya, olguya, soruşturma veya kovuşturmalarla ilgili açıklamaya yer verilmemiştir.

³⁰ "...Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarının etkin birimlerinde ve TSK'da yapılan FETÖ/PDY, Emniyet ve TSK birimlerinin doğasında var olan cebir ve şiddet kullanma yetkisinin verdiği baskı ve korkutuculuğu kullanmaktadır. Örgüt mensuplarının silahlar üzerinde gerektiğinde tasarruf imkânının bulunması, silahlı terör örgütü suçunun oluşması için gerekli ve yeterli olmakla birlikte; 15.07.2016 tarihinde meydana gelen kalkışma esnasında TSK içerisinde yapılan ve görünürde TSK mensubu olan ve ancak örgüt liderinin emir ve talimatlarıyla hareket eden örgüt mensuplarının silah kullanılması, birçok sivil vatandaşı ve kamu görevlisi şehit edilmiştir" YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

³¹ Anayasa Mahkemesi, 19.07.2018 Tarih ve 2014/13117 sayılı Yılmaz Çelik Başvurusu, RG, 26.10.2018, Sayı:30577.

c. Elverişlilik ve üye sayısı

TCK'nın 314. maddesinde sayılan suçları, amaç suç olarak işlemek için kurulan her silahlı örgüt bu madde kapsamında sayılmaz. Çünkü bu suçun oluşması için amaç suçu gerçekleştirmeye yeterli üye sayısının ve silahın bulunması gerekir. Yani elverişlilik unsurunun gerçekleşmesi şarttır. Silahlı örgüt üyeliği suçu, amaç suçları için birer hazırlık hareketi olmasına rağmen; suçun koruduğu hukuksal değerlerin önemi dolayısıyla kanun tarafından müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu somut tehlikenin gerçekleşebilmesi için örgütün amaç suçunu gerçekleştirecek ölçüde üye sayısı, sahip olduğu araç ve gereç bakımından da yeterliliği olmalıdır. İşte burada somut tehlikenin oluşup oluşmadığını tam da "elverişlilik" unsuru karşılamaktadır.

TCK'nın 220. maddesinde örgütün en az 3 üyesinin bulunması gerektiği belirtilmiştir.³² Maddede her ne kadar suçun oluşabilmesi için en az üç kişinin bir araya gelmesi gerektiği öngörülmüş ise de silahlı terör örgütü söz konusu olduğunda üye sayısının üç kişi olması yetmeyecektir.³³ Bu kapsamda TCK'nın 314. maddesindeki amaç suçları gerçekleştirmek için söz konusu örgütün üye sayısı ve silah bakımından elverişli olması gerekir.³⁴ Devletin güvenlik güçlerinin görevi başında olduğu bir ortamda, bahsi geçen amaç suçlarının işlenebilmesine olanak sağlayan elverişlilik unsurunun tamamlanması için çok miktarda silah ve üye gerektiği bir gerçektir.

FETÖ/PDY'nin amaç suçları gerçekleştirmek için elverişli silah ve üye sayısına ne zaman ulaştığına ilişkin, Yargıtay 16. CD'nin ilk derece mahkemesi sıfatı ile verdiği 24.04.2017 tarihli emsal kararında³⁵ herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Öyle ki FETÖ/PDY'nin on yıllar boyunca silah taşıma yetkisine haiz Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü gibi kurumlara örgüt mensuplarını yönlendirdiği gerçeği karşısında, hangi tarih itibarı ile örgütün nihai hedefine hizmet edecek sayıda elverişli üye ve silah sayısına ulaştığını tespit etmek mümkün görünmemektedir. Ancak 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra, örgütün amaç suçlarını gerçekleştirmek için elverişli üye ve silaha sahip olduğu somut veriler ile anlaşılmaktadır. Nitekim FETÖ/PDY örgütünün amaç suçları işlemek için "8.000'in üzerinde askerî personel tarafından savaş uçakları dâhil 35 uçağın, 3 geminin, 37 helikopterin, 74'ü tank olmak

³² "TCK 220. maddenin Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen ilk halinde suç örgütünün üye sayısına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Adalet Komisyonunda yapılan görüşmeler sırasında, suç örgütünün asgari sayısı belirlenmesi gereği duyulmuş ve TCK 220/1'in son cümlesine "Ancak örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir." hükmü eklenmiştir." Şen-Eryıldız, s. 85.

³³ Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, 1.B, Ankara: U-S-A Yayıncılık, 2016, s. 400.

³⁴ Bu suçun oluşabilmesi için öncelikle failerde, TCK'nın 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312 ve 313. maddelerinde belirtilen suçlardan birisini (amaç suç) işlemek amacı şeklinde bir özel kastın varlığı çerçevesinde iradelerin birleşmesi, bir araya gelmesi ve bu birleşmenin silahı da içermesi gerekmektedir.

³⁵ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

üzere 246 zırhlı aracın ve 4.000'e yakın hafif silahı kullandığının"³⁶ 15 Temmuz 2016 tarihinde ortaya çıkması kapsamında örgüt için bu tarih itibarı ile elverişlilik unsurunu tamamlamış olduğu kabul edilmelidir.

d. Cebir ve şiddet kullanmak

TMK'nın 1. maddesinde³⁷ ve 7. maddesinde³⁸ yapılan değişikliklerle, terör örgütünün tanımı ve bu kanunda yazılı suçların unsurlarına "cebir ve şiddet kullanmak" unsuru eklenmiştir. Kanunun düzenlemesinden cebir ve şiddetin zorunlu yöntemler; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinin ise seçimlik yöntemler olduğu anlaşılmaktadır.³⁹ Örgütün cebir ve şiddet kullanması, madde metnine göre maddi bir unsur olarak düzenlenmiştir. Burada "ve" ibaresi kullanıldığı için fiilde "cebir" ve "şiddet" in bir arada bulunması zorunludur. Bu değişikliklerden sonra cebir ve şiddetin kullanılmadığı hiçbir eylemin terör kapsamında ele alınması ve dolayısıyla terör suçu sayılması mümkün değildir.⁴⁰ Dolayısıyla cebir ve şiddete başvurmamanın hiçbir örgüt, TMK'da düzenlenen manada bir terör örgütü niteliği taşımayacaktır.⁴¹ Yargıtay 9. CD'nin verdiği kararı onayarak kesinleştiren YCGK 24.06.2008 tarihli kararında, TMK'nın 1. ve 7. maddesindeki yapılan değişikliklerin üzerinde durmuştur. Kararın ilgili kısmında; *"Yasal değişiklikler yakından irdelendiğinde; 1. maddenin 1. fıkrasındaki terör suçunun unsurlarının öncelikle belirli amaçlar olması, bu amaçlara ulaşmak için baskı ve tehdit yöntemlerinin benimsenmesinin de ötesinde cebir ve şiddet kullanılması ve belirtilen amaçlara ulaşmak için müstakil suç teşkil eden eylemlerde bulunulması şeklinde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak bir eylemin terör faaliyeti olarak kabul edilebilmesi ve bu eylemleri yapan organizasyonun terör örgütü sayılabilmesi için, en az iki kişinin öncelikle yasadaki belirtilen cebir ve*

³⁶ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/6182, Karar No: 2019/4132, Tarih: 12.06.2019.

³⁷ 2003 yılında 4928 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik için Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030719.htm>, Erişim Tarihi; 18.08.2021.

³⁸ 2006 yılında 5532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik için Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/07/20060718-1.htm>, Erişim Tarihi; 18.08.2021.

³⁹ Turinay, s. 227.

⁴⁰ Şen-Eryıldız, s. 576.

⁴¹ "Değişiklik öncesinde belirtilen amaçlara ulaşmak için yapılan faaliyetin suç olabilmesi bakımından yasadaki belirtilen baskı ve cebir yöntemlerinden birinin benimsenmesi, kullanılması ve bu yönde faaliyette bulunularak gerçekleştirilecek her türlü eylem terör suçu olarak tanımlanmıştır. Değişiklikten sonra sayılan yöntemleri benimsenmenin ötesinde bu yöntemlerin cebir ve şiddet kullanarak uygulanması, cebir ve şiddet kullanılarak suç teşkil eden eylemlerde bulunulması terör suçu olarak tarif edilmiştir. Değişik maddenin ayrıca farkı, cebir ve şiddet kullanmada önceki yasadaki farklı olarak her türlü eylem yerine suç teşkil eden eylemlerde bulunmayı suçun unsuru olarak düzenlemesidir. Değişiklikten önce aynı amaç etrafında birleşmek yeterli görülürken, değişiklikten sonra aynı amaç etrafında birleşme yeterli görülmemiş terör suçu işlemek amacıyla bir araya gelmek aranır olmuştur. Değişikliğin örgütün meydana gelebilmesi bakımından gerekli unsurlarda da farklı bir düzenleme getirdiği görülmektedir." "Yasal değişiklikler yakından irdelendiğinde; 1.maddenin 1.fıkrasındaki terör suçunun unsurlarının öncelikle belirli amaçlar olması, bu amaçlara ulaşmak için baskı ve tehdit yöntemlerinin benimsenmesinin de ötesinde cebir ve şiddet kullanılması ve belirtilen amaçlara ulaşmak için müstakil suç teşkil eden eylemlerde bulunulması şeklinde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak bir eylemin terör faaliyeti olarak kabul edilebilmesi ve bu eylemleri yapan organizasyonun terör örgütü sayılabilmesi için, en az iki kişinin öncelikle yasadaki belirtilen cebir ve şiddet yöntemlerini kullanması ve terör faaliyeti kapsamında işlenen eylemlerin müstakilen suç teşkil etmesi gereklidir." YCGK, Esas No:2008/9-82, Karar No: 2008/181, Tarih: 24.06.2008.

şiddet yöntemlerini kullanması ve terör faaliyeti kapsamında işlenen eylemlerin müstakilen suç teşkil etmesi gereklidir.” tespitlerine yer verilmiştir.⁴²

Ancak Yargıtay 9. CD'nin 25.01.2010 tarihli başka bir kararında, henüz cebir ve şiddete başvurmayan ancak amacı doğrultusunda silahlanan ve amaca yönelik vahim eylem planları olan örgütün silahlı terör örgütü kapsamında değerlendirileceğine hükmedilmiştir.⁴³ Yargıtay yukarıdaki kararının aksine, bu kararında amaca yönelik vahim eylem planını yeterli görmüş; cebir ve şiddete açıkça başvurduğuna ilişkin tespit bulunmayan örgüt için, silahlı terör örgütü nitelendirmesi yapmıştır. YCGK 26.09.2017 tarihli FETÖ/PDY ile ilgili verdiği kararında ise terör örgütünün yönteminden bahsederken; *“Terör örgütü, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle hareket eden bir örgüt tipidir. Buradaki cebir ve şiddet kullanma tabirini doğrudan kullanma şeklinde anlamlandırmak doğru olmayacaktır. Bu kavramın içine cebir veya şiddet kullanılacağına ilişkin güncel tehdidin bulunması da dahildir.”* ifadelerini kullanmıştır.⁴⁴ Görüldüğü üzere her ne kadar kanuna göre cebir ve şiddet kullanmak bir unsur olarak düzenlense de Yargıtay son uygulamalarında manevi cebir (bu şekilde nitelendirmese de) olarak kabul edilen *tehdidi* de bu kapsamda değerlendirmektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili 19.07.2018 tarihli kararında, *vahim silahlı eylemler gerçekleştirilmeyen ancak yapılan operasyonda bazı silahlar ele geçirilmesini örgütün silahlı terör örgütü olarak kabul edilmesi için yeterli gören mahkemenin kararını söz konusu örgütün bir terör örgütü olarak kabul edilmesine ilişkin olarak yeterli bir değerlendirme yapılmadığı ve 3713 sayılı Kanun'da 2006 yılında yapılan değişikliklerin anlamları üzerinde durulmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.*⁴⁵ Anayasa

⁴² YCGK, Esas: 2008/9-82, Karar: 2008/181, Tarih: 24.06.2008.

⁴³ *“Somut olayda sanığın, Anayasal düzeni yıkıp yerine teokratik esaslara dayalı bir devlet kurmak amacıyla oluşturup yönettiği örgütün silahlanması ve amaca yönelik vahim eylemler planlaması suça hazırlık hareketi niteliğinde olup icra hareketine dönüşmediği, bu aşamada eylemin Anayasa' yı ihlal suçunu oluşturmayacağı ancak, sanığın tamam olan ve esasen suç oluşturan eyleminin silahlı terör örgütü kurmak ve yönetmek suçunu oluşturup hukuki durumunun suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK' nin 168/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK' nin 314/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve tayin olunacak cezanın teşdiden uygulanması suretiyle lehe yasanın belirlenmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”* Yargıtay 9. CD, Esas No: 2009/11204, Karar No: 2010/855, Tarih: 25.01.2010.

⁴⁴ YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

⁴⁵ *Yerel Mahkeme “Örgüte yapılan operasyonlar sonucunda, örgüte ait hücre evlerde birden fazla silah ve ağır silah ele geçmiş olup örgüt mensuplarının her ne kadar vahamet arz edici eyleme katıldıkları görülmüşse de ele geçen silahların niteliği ve adedi, örgütün amaç ve faaliyetleri göz önüne alındığında, Yargıtay (9.) Ceza Dairesinin müstekar kararları doğrultusunda Hizb-ut Tahrir örgütü, 5237 sayılı TCK'nin 314. maddesi 2. fıkrasında yer bulan silahlı terör örgütü olarak kabul edilmiştir.” şeklinde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu kararlar alakalı olarak; “Bununla birlikte yukarıda alıntılanan kararda “müstakar içtihatların” hangileri olduğu açıklanmadığı gibi örgüte yapılan operasyonda silah ele geçirildiği şeklindeki gerekçe de somutlaştırılabilmemiş ve mevcut yargılamayla ilgisi kurulabilmiş değildir. Emniyet raporlarında 2009 yılında yapılan bir operasyonda bazı silahların ele geçirildiği bildirilmiş ise de söz konusu silahlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın akıbeti, silahların Hizb-ut Tahrir yargılamalarıyla bir ilgisinin olup olmadığı, ilgisi varsa söz konusu silahların örgütü bir terör örgütü olarak nitelendirmeye ve başvurucuyu terör örgütü üyesi olarak kabul etmeye elverişli olup olmadığı yönünden tartışılmamış; başka bir mahkeme kararında tartışılmış ise o karar da gösterilmemiştir.”* tespitinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, 19.07.2018 Tarih ve 2014/13117 sayılı, Yılmaz Çelik Başvurusu, RG, 26.10.2018, Sayı 30577.

Mahkemesi'ne göre, bir örgütün terör örgütü olduğuna karar verilirken terör ve terörizm kavramlarının uluslararası belgelerde, mukayeseli hukukta, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan *"cebir ve/veya şiddet içeren bir politika"* anlamları dikkate alındığında örgütün hangi nedenlerle bir terör örgütü olarak kabul edildiğinin açıklanması gerekir.⁴⁶ Aynı doğrultuda AİHM'in 03.12.2019 tarihli *"Parmak ve Bakır v. Türkiye"* kararında yerel mahkemenin örgütün herhangi bir silahlı eyleme bulaşmadığı mahkemelerce tespit edilmesine rağmen; örgütün bu amaçla *bir eylem planı ya da benzeri operasyonel tedbirler benimseyip benimsemediği* sorusunu ele almamasını bir eksiklik olarak görmüştür. Mahkemeye göre TMK'nın 1. maddesinin değiştirilmiş metni uyarınca; bir ideolojiye taraftar olmak, bir ideolojik fayda elde etmek için başkalarıyla görüş paylaşmak ya da bir araya gelmek, terörizm olarak nitelendirilmeye yeterli değildir. Örgütün nihayetinde *"fiziki bir şiddet seviyesine işaret eden güç ve şiddet yoluyla suç işlemeyi amaçlaması"* gerekir.⁴⁷

Tüm bu kararlara göre, her ne kadar 2003 ve 2006'da TMK'da yapılan değişikliklerle kanunun lafzından cebir ve şiddet kullanılmasının bir ön şart olarak kabul edildiği anlaşılrsa da uygulamada bir örgüt henüz cebir ve şiddet kullanmamış olsa dahi mahkeme *"cebir ve şiddet kullanma unsurunu"* geniş yorumlayarak bunun içerisine *"manevi cebir olan tehdidi"* de dahil edebilmektedir.⁴⁸ Ancak yukarıda bahsi geçen Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda bu tehdidin güncel ve yakın olması, manevi cebrin *"maddi olan cebir ve şiddet kullanmak"* ile nasıl ilgili olduğunun gösterilmesi, örgütün bu doğrultuda vahim bir eylem planı içerisinde olup olmadığının tespit edilmesi, örgütün cebir ve şiddeti benimseyen bir politikayı nasıl izlediğinin de ortaya konulması şarttır.⁴⁹

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi Hizb-ut Tahrir örgütü ile alakalı özetle emniyet raporlarına göre örgüte yönelik ilk operasyonun yapıldığı 1967 yılından Anayasa Mahkemesine sunulan son raporun hazırlandığı 2016 yılına kadar geçen süre içinde anılan örgütün silahlı eyleme karışmadığının anlaşıldığını, Örgüte yönelik soruşturma ve kovuşturmanın tamamında yönetilen isnadın örgüt propagandası yapmak, örgüte eleman kazandırmak için çalışmak, örgütsel dokümanları basmak ve dağıtmak, örgüt adına İnternet üzerinden yayın yapmak, örgütsel toplantılar yapmak olduğunu, terör ve terörizm kavramlarının uluslararası belgelerde, mukayeseli hukukta, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan -cebir ve/veya şiddet içeren bir politika-anlamları dikkate alındığında Hizb-ut Tahrir örgütünün hangi nedenlerle bir terör örgütü olarak kabul edildiğinin açıklanmadığını, Gerektiği karar hakkının bir gereği olarak başvuruunun derece mahkemelerinde ileri sürdüğü hukuksal değerlendirmelerin dikkate alınmasını istemesi adil yargılanma hakkının bir yönü olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 19.07.2018 Tarih ve 2014/13117 sayılı Yılmaz Çelik Başvurusu, RG, 26.10.2018, Sayı 30577, §52.

⁴⁷ *"Mahkeme ayrıca "Terör örgütü üyeliği suçunun özünün, belirli bir siyasi veya ideolojik gayeye ulaşmak için cezai anlamda cebir, şiddet ve kitlesel sindirme hedef ve yolunu benimseyen bir örgüte katılmak olduğunu gösterdiğini, kanun koyucunun, terör suçu işlenmesinin gerekli bir unsuru olarak TMK'nın 1. maddesinde şiddet kullanımını ayrıca belirtmesi fiili şiddetin ya da böyle bir şiddet kullanma niyetinin suçun tanımının temeli olduğu sonucunu desteklediğini"* belirtmiştir. AİHM, 03.12.2019 Tarih ve 22429/07, 25195/07 sayılı Parmak ve Bakır v. Türkiye, § 68, 75.

⁴⁸ Yargıtay 9. CD, Esas No: 2009/11204, Karar No: 2010/855, Tarih: 25.01.2010, YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

⁴⁹ *"Ancak yerel mahkemeler manevi cebir kavramının, onun terörizm aşamasına geldiği sonucunu haklı kılacak şiddet ve ağırlık derecesi de dâhil olmak üzere suçu oluşturan unsurlarla nasıl ilgili olduğu açıklamıştır."* AİHM, 03.12.2019 Tarih ve 22429/07, 25195/07 sayılı Parmak ve Bakır v. Türkiye, § 75.

Uygulama bu yönde olsa dahi bir örgütün TMK anlamında terör örgütü sayılabilmesi için cebir ve şiddet kullanması gerekliliği 2003 ve 2006 yılında yapılan değişikliklerle bir ön şart olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile cebir ve şiddetin kullanılmadığı hiçbir eylemin, terör kapsamında ele alınması ve dolayısıyla terör suçu sayılması mümkün değildir.⁵⁰ Her ne kadar uygulamada silahlı terör örgütünün cebir ve şiddet kullanması gerektiği unsurunun içine "cebir veya şiddet kullanılacağına ilişkin güncel tehdidin bulunması"⁵¹ kavramı dahil edilmiş ise de tüm modern ceza adaleti sistemlerinde kişi hak ve hürriyetlerinin keyfi tasarruflara karşı güvence altına alınabilmesi için kıyas yöntemine başvurulmasına izin verilmemektedir. 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesi de aynı doğrultuda suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağını düzenlemiştir. Terör örgütünün maddi unsuru madde metninde açık bir şekilde belirtilmiştir. O da "cebir ve şiddet kullanmaktır." Uygulamada ise cebir ve şiddet kullanmaya ilişkin güncel tehdit de yorum yolu ile örgütün unsuru olarak kabul edilmiştir. Oysa kanun koyucu tehdidi terör örgütünün maddi bir unsuru olarak kabul etmek isteseydi kanun metnini "cebir, şiddet ve tehdit kullanarak" şeklinde düzenlerdi. Kanun koyucu kasti olarak "tehdit" kavramını maddi unsur olarak düzenlememiş ancak terör örgütlerinin kullanacağı bir yöntem olarak belirtmiştir. Ayrıca kanun maddesinde cebir "veya" şiddet şeklinde bir ifade de kullanılmamış; özellikle "ve" bağlacı kullanılarak iki unsurun bir arada bulunması gerektiği belirtilmiştir.⁵² Bu düzenleme; terör fiillerine karşı toplumu güvencesiz bıraktığı, terör örgütlerini güçlendirdiği, henüz cebir ve şiddet kullanmayan yıkıcı ve bölücü örgütlere karşı kanunilik ilkesi gereği çaresiz kalınacağı hususlarında eleştirilebilir.⁵³ Ancak bu eleştiriler, kanunda yazan suç tanımı gerçeğini değiştiremez. Söz konusu endişeler ancak yapılacak yeni bir düzenleme ile giderilebilir.

Yargıtay 16. CD'nin ilk derece sıfatı ile verdiği 24.04.2017 tarihli kararda, FETÖ/

⁵⁰ Şen-Eryıldız, s. 576.

⁵¹ YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

⁵² 3713 sayılı TMK 1. ve TMK 7. maddelerine eklenen cebir ve şiddet kullanmak unsuru ile alakalı değişiklik gerekçelerinde açıklamaya yer verilmesi de cebir ve şiddet kullanmanın unsur olarak yer aldığı örnek kanun maddeleri yol gösterici olacaktır. Nitekim TCK'nın 309. maddesinde Anayasayı İhlal Suçu'nu düzenleyen TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen madde metninde suçun unsurları "cebir ve tehdit" olarak yer almışken daha sonra tehdit unsuru çıkarılmış ve yerine "cebir ve şiddet" kavramı eklenmiştir. Değişikliğin gerekçesi, önerge metninde şu şekilde ifade edilmiştir: "Anayasamızda teminat altına alınmış olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların Anayasayı İhlal Suçu kapsamında değerlendiremeyeceğinin daha açık biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görülmüştür." Gerekçeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu tehdit kavramını kasten kanun metninden çıkarmıştır. Gerekçesini ise ifade ve örgütlenme özgürlüğü olarak belirtmiştir.

⁵³ Şen-Eryıldız, s. 577.

PDY'nin halka karşı silah kullanmak suretiyle amaç suça elverişli öldürme, yaralama gibi çok sayıda vahim eylem gerçekleştirdiği belirtilmiştir.⁵⁴ Böylece TMK'nın 1. ve 7. maddeleri anlamında örgütün 15 Temmuz 2016 tarihinde cebir ve şiddete başvurduğu sabit olduğundan, bahsi geçen tarihten sonra örgüt, terör örgütü olarak nitelendirilecektir.

e) Süreklilik

TCK'nın 314. maddesinin son fıkrası, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin, bu suç açısından aynen uygulanacağını düzenlemiştir. TCK'nın 220. maddesi, Türk Ceza Hukuku'nda yer alan silahlı örgüt (TCK m. 314) ve terör örgütü (TMK m. 7) için genel ve tamamlayıcı niteliktedir.⁵⁵ Madde bir suç örgütünde olması gereken temel şartları düzenlemektedir.⁵⁶ Madde gerekçesinde örgütün niteliği gereği devamlılık arz edeceğinden dolayı kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi hâlinde örgütün değil, iştirak ilişkisinin söz konusu olacağından bahsedilmiştir.⁵⁷ Süreklilik unsuru münnet suçla ilgili olarak ayırt edici bir vasfa sahiptir. Süreklilik, işlenen suçlar bakımından değil; üyelerin kanunun suç saydığı fiilleri işleme iradelerindeki devamlılık bakımından aranan bir unsurdur.⁵⁸ Bu kıstas, bu suçu iştiraktan ayırt eder. Yargıtay'ın bir içtihadında vurguladığı gibi örgütün varlığı için amaç suçları işleme zorunluluğu bulunmadığından, burada süreklilik açısından dikkate alınması gereken nokta, bu amaç suçları işleme kararlılığındaki

⁵⁴ * "...gerçekleştirmek için polis ve jandarma teşkilatı, MİT ve Genel Kurmay Başkanlığı gibi kuvvet kullanma yetkisine haiz kurumlardaki üyeleri vasıtasıyla meşru organlara ve halka karşı silah kullanmak suretiyle amaç suça elverişli öldürme, yaralama gibi çok sayıda vahim eylem gerçekleştirdiğinin, anılan örgüt mensupları hakkında 15 Temmuz darbe girişiminden ya da örgüte mensubiyetlerinden dolayı açılıp bir kısmı derdest olan ya da mahkemelerde karara bağlanan davalar, bu davalarda dinlenen itirafları sanıkların savunmaları ve gizli-açık tanık anlatımları, örgüt lider ve yöneticilerinin açık kaynaklardaki yazılı ve sözlü açıklamaları, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün örgüt hakkındaki raporu gibi olgu ve tespitler dikkate alındığında, 3713 sayılı Kanunun 1.maddesinde tanımlanan, amaca ulaşmak için silah başta olmak üzere her türlü cebir ve şiddeti araç olarak kullanan 5237 sayılı TCK'nın 314/1-2 maddesi kapsamında silahlı bir terör örgütü olduğu anlaşılmıştır." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

⁵⁵ Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, Sa. 2, 2013, s. 675.

⁵⁶ Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya bu örgüte üye olma suçunun koruduğu hukuki değer "kamu güvenliği ve barışıdır." Kamu güvenliği ve kamu barışını hedef alan bu örgüt tipinin genel olması, m. 220'yi diğer suç örgütü tipleri için nisbi bir genel hüküm haline getirmektedir. Dolayısıyla, diğer örgütlerin kanuni unsurlarıyla ilgili bir belirsizlik olduğunda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuyla ilgili düzenlemelerden yararlanmak mümkün olacaktır. Nitekim diğer örgüt tiplerini düzenleyen hükümlerde, TCK madde 220'ye doğrudan ya da dolaylı gönderme bulunmaktadır.

⁵⁷ Yargıtay bir kararında "Olay tarihinde göçmen kaçakçılığı için bir olaya mahsus sanıkların bir araya gelmeleri eylemlerinin de suç işlemek amacı ile örgüt kurma suçunu oluşturmadığı gözetilmeden" diyerek bir sefere mahsus suç işlemek amacı ile bir araya gelen ve aralarında hiyerarşik ilişki bulunmayan sanıkların eylemlerinin örgüt kapsamı içerisinde değerlendirilemeyeceğinin altını çizmiştir." Yargıtay 8. CD, Esas No: 2007/12848, Karar No: 2008/5498, Tarih: 13.05.2008.

⁵⁸ A. Caner Yenidünya, Zafer İçer, *Suç İşlemek Amacı ile Örgüt Kurma*, 1.B. İstanbul: Digesta Yayınevi, 2014, s. 16.

devamlılıktır.⁵⁹

f) Hiyerarşik bağ

TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrasında "örgüt içindeki hiyerarşik yapıya *dâhil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi*" denilerek örgüt içinde hiyerarşik bir ilişki bulunmasının zorunluluğu ortaya konulmuştur.⁶⁰ Maddenin gerekçesinde de hiyerarşik ilişkiden şu şekilde bahsedilmiştir: "*Örgüt, soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hâkimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır.*" Suç örgütünde görülen bu hiyerarşik ilişki, suç işlemek amacıyla bir araya gelen kişiler arasında bir örgüt içi düzen, karar almada istikrar, disiplin ve devamlılık sağlamaktadır. Örgüt, soyut bir birleşme olmayıp; bünyesinde hiyerarşik bir yapının, ast-üst ilişkisinin, emir komuta zincirinin hakim olduğu yapılanmayı ifade eder.⁶¹ Özellikle üye sayısının fazla olduğu suç örgütlerinin suç işleme amacı etrafındaki fiili birleşmelerinin devamlılık gösterebilmesi için örgüt içi disiplin önem arz eder. Bu disiplin de ancak hiyerarşik ilişkinin, emir-komuta zincirinin bulunması ile gerçekleşebilir.

Yasal çerçevede kurulan hiyerarşik ilişkilerde yasal düzenin sınırının aşıldığı, örgüte has ayrı bir hiyerarşik düzen oluşturulduğu, yasal olmayan emir ve talimatların verildiği, sayısı belirsiz suçların işlenmesi amacına özgülenmiş bir birlikteliğin varlığı tespit edilebiliyorsa suç örgütünden bahsedilebilir.⁶²

B. Örgütün Amacı ve Yöntemi

Kökünü Latince "*terrere*" kelimesinden alan ve Fransızca "*terreur*" sözcüğünden dilimize geçen "terör" teriminin anlamı sözlüklerde "*yıldırma, cana kıyma ve malı yakıp yıkma, korkutma, tedhiş*" olarak geçmektedir.⁶³ Bununla birlikte dinamik bir kavram olan terörizmin anlamı zamana, ülkelere ve hukuk sistemlerine göre

⁵⁹ "Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil iştirak iradesinden söz edilebilecektir. Ancak, amaçlanan suçları işlemeye kolaylık sağladığı için işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan örgütün varlığı için, amaç suçları işleme zorunluluğu olmadığı da dikkate alındığında, devamlılığın belirlenmesi noktasında yalnız amaç suçların sürekli bir şekilde işlenmesi değil, öncelikli olarak, amaç suçları sürekli biçimde işleme kararlılığının mevcut olup olmadığının araştırılması zorunludur" Yargıtay 9.CD, Esas No: 2011/10473, Karar No: 2014/2696, Tarih: 11.03.2014.

⁶⁰ Yenidünya-İçer, s. 25, 26.

⁶¹ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 17.

⁶² Yenidünya-İçer, s. 27.

⁶³ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr>, Erişim Tarihi: 05.08.2021.

değişmektedir.⁶⁴

Terör örgütü şüphesiz bir suç örgütüdür ancak uyguladığı yöntemlerle ve amaçlarıyla örgütlü suçlar arasında özel bir yere sahiptir. Sahip olduğu kendine özgü stratejisi ve siyasi amaçları ile diğer şiddet kullanımlarından ayrılmaktadır.⁶⁵

TMK'nın Terör Örgütleri başlıklı 7. maddesi⁶⁶ cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1. maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere kurulan örgütten bahsetmektedir. Kanun metninde ilk olarak terör örgütünü diğer suç örgütlerinden ayıran amaç ve yöntem unsurlarından bahsedilmiştir. Düzenleme, terörün yöntemlerine açıkça; amaçlarına ise 1. maddeye atıfta bulunarak yer vermektedir.⁶⁷

TCK'nın 314. maddesinde düzenlenen silahlı örgüt suçunun TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçları "amaç suç" olarak işlemek üzere kurulmuş olması gerektiğinden bahsetmiştik. Bu nedenle bu suç, TMK'ya göre mutlak terör suçudur. Silahlı terör örgütü ancak 314. maddede belirtilen amaç suçları işlemek için kurulabilir.

TMK'nın 7. maddesinde terör örgütünün özelliklerinden bir diğeri ise kullandığı yöntemdir. Terör örgütü baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birini kullanmalıdır. Ancak tüm bu yöntemleri cebir ve şiddet kullanarak uygulamalıdır. Örgütün cebir ve şiddet kullanmadan bahsi geçen yöntemleri kullansa bile bu yöntemler örgüte tek başına terör örgütü niteliği kazandırmayacaktır.

Sonuç olarak silahlı terör örgütü, TCK'nın 314. maddesindeki amaç suçları işlemek için devamlılık arz edecek şekilde bir araya gelen, bu amaca matuf silah ve üye sayısına sahip olan, TMK 1. maddede sayılan amaçları benimseyen, cebir ve şiddet kullanan, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biri ile hareket eden, içinde hiyerarşik bir ilişki barındıran bir örgüt türüdür.

⁶⁴ Eren, s. 17.

⁶⁵ Atilla Yayla, "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLV, Sa. 1-4, s. 335.

⁶⁶ TMK madde 7/1 – (Değişik: 29/6/2006-5532/6 md.): "Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanunu'nun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır."

⁶⁷ TMK madde 1– (Değişik birinci fıkrası: 15/7/2003-4928/20 md.) Terör; cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

C. 15 Temmuz 2016 Tarihinden Evvel FETÖ/PDY'nin Hukuki Niteliği

FETÖ/PDY kısa bir süre öncesine kadar cemaat adı ile anılan, dini saiklerle oluştuğuna inanılan ve toplumun birçok kesiminde kabul gören dini bir cemaat, ahlak, eğitim ve hizmet hareketi olarak algılanmaktaydı. Örgütün uzun seneler okulları, yurtları ve dershaneleri ile ülkedeki en güçlü eğitim faaliyetlerini yürüttüğü ve bu yolla birçok insan kaynağına ulaştığı bir gerçektir.⁶⁸ Yurt içinde olduğu gibi, yurtdışında da kendisine "gönül elçisi" misyonu biçip 160 ülkede 2000'den fazla eğitim kurumu açan örgüt, "insani/ahlaki mülhaza", "hoşgörü", "uzlaş" ve "diyalog" kavramlarından yola çıkarak faaliyet göstermiştir. Sadece eğitim alanında değil, dini kurumlar, sivil toplum örgütleri, sendikalar, dernek ve vakıflar, medya, finans ve iş çevreleri gibi toplumun bütün alanlarında etkin ve faal halde yer bulmakta ve saygınlık kazanmaktaydı. Bu yollarla da toplumun geniş bir kesimine ulaşabilme imkanına sahip olmuştur.⁶⁹

Anayasa Mahkemesi 31.10.2019 tarihli kararında bu gerçeğe şöyle dikkat çekmiştir:

*"Bununla birlikte ülkemizde ve yurt dışında yıllar boyunca faaliyetlerini sürdüren FETÖ/PDY'nin baştan beri illegal bir yapılanma olduğunun -herkes tarafından bilindiğini söylemek mümkün değildir. Zira yıllarca kendisini başta eğitim olmak üzere topluma yararlı alanlarda faaliyet gösteren dinî bir grup olarak niteleyen ve bu sayede toplumda meşruiyet kazanmaya çalışan FETÖ/PDY; cemaat, hizmet hareketi, gönüllüler hareketi ve camia gibi isimlerle anılmıştır. FETÖ/PDY'nin dışa dönük bu yapısı dolayısıyla toplumun önemli bir kesimi, bu yapılanmanın -illegal yönünü bilmeden- sosyal ve ekonomik alanda gelişerek kurumsallaşmasına ve faaliyetlerine destek olmuştur."*⁷⁰

Başlangıçta yasal bir şekilde kurulan ve toplumun önemli bir kesimi tarafından yasadışı bir amaç gütmeyişi düşünülen ve destek gören bir örgütün, yasadışı amaçlara yönelerek bir suç organizasyonuna dönüşmesi elbette mümkündür. Ancak

⁶⁸ TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda, Millî Eğitim Bakanlığı'nın 2017 yılı bütçesinin görüşülmesinde Bakan İsmet Yılmaz, Fetullahçı Terör Örgütü'nün (FETÖ) 15 Temmuz darbe girişiminin ardından bu terör örgütüyle irtibatı, iltisakı veya aidiyeti tespit edilen bin 60'ı özel okul, 345'i diğer özel öğretim kurumu ve 844'ü özel öğrenci yurdu olmak üzere toplam 2 bin 249 kurumun kapatıldığını bildirmiştir. Bu rakama 15 Temmuz tarihinden daha evvel kapatılan dershaneler dahil değildir. https://meclishaber.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=138719 , Erişim Tarihi: 11.08.2021.

⁶⁹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks, Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Hakları Etkilerine İlişkin Memorandumunda örgütün toplumdaki konumu ile ilgili şu tespitlere yer vermiştir; *"Türkiye toplumunun çeşitli kesimlerinin, saikleri ve çalışma yöntemleri konusunda derin şüpheleri olmasına rağmen, Fetullah Gülen hareketi on yıllar boyunca gelişmiş ve çok yakın tarihlere kadar dini kurumlar, eğitim, sivil toplum ve sendikalar, medya, finans ve iş çevreleri gibi Türkiye toplumunun bütün sektörlerinde yaygın ve hatırı sayılır bir varlık oluşturma özgürlüğünü kullanmış görünüyör. 15 Temmuz'dan sonra kapatılan, bu harekete bağlı pek çok örgütün bu tarihe kadar açık ve yasal olarak işlemekte olduğu şüphelerin ötesindedir. Bir Türkiye Cumhuriyeti devleti yurttaşının o ya da bu şekilde bu hareketle bir teması ya da münasebeti olmasının ender bir durum olduğuna dair genel bir kabul var gibi görünmektedir."* https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/10/26/AK_Insan_Haklari_Komiseri_Memorandum_TR.pdf, Erişim Tarihi: 03.08.2021.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, 31.10.2019 Tarih ve 2016/14597 sayılı Mustafa Özerzi Başvurusu, RG, 29.01.2020, Sayı 31023.

bu durumda hukuki anlamda koşullar yerine gelmişse bir suç örgütünün varlığından söz edilebilir.⁷¹ Aynı şekilde bahsedilen örgütün yasal ve yasadışı faaliyetleri bir arada yürütmesi durumunda da bu suçun oluşması söz konusu olacaktır.⁷² Nitekim YCGK 26.09.2017 tarihli FETÖ/PDY kararında bir suç örgütünün, baştan itibaren suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne hatta terör örgütüne dönüşmesinin de mümkün olabileceğini belirtmiştir.⁷³

a. Terör örgütünün bidayetinin belirsizliği sorunu

Öncelikle cemaat olarak isimlendirilen örgütün ne zaman silahlı bir terör örgütü niteliğini kazandığını tespit etmek önem arz etmektedir. Çünkü suç örgütünün bidayetinin belirsizliği uygulamada kişilerin hukuki sorumluluklarını belirlemede ciddi sorunlara sebebiyet vermektedir. Uygulamada yaşanan problemlerin temelini oluşturan ve cevaplanması gereken birtakım sorular bulunmaktadır. Bu problemleri çözmek için örgütün daha en başından itibaren TCK'nın 314. maddesindeki amaç suçları işlemek amacıyla mı kurulduğu yoksa bu amaçları daha sonradan mı benimsediğine, örgütün silah ve elverişlilik unsurunu hangi tarih itibarıyla tamamladığına, MGK kararları ile bir grubun silahlı terör örgütü kapsamına alınmasının mümkün olup olmadığına, örgütün 15 Temmuz 2016 tarihinden evvel cebir ve şiddete başvurduğunu gösteren ya da cebir ve şiddeti yöntem olarak benimsediğini ispat eden herhangi bir eylem planının ve güncel tehdidin bulunup bulunmadığına ilişkin belirsizliklerin giderilmesi gerekir.

Söz konusu soruların cevabını bulmak için öncelikle örgütün terör örgütü olduğunu tespit eden ve bu konuda ilk kesinleşen Yargıtay 16. CD'nin 24.04.2017 tarihli kararına bakılmalıdır. Kararda, FETÖ-PDY'nin kurulduğu andan itibaren mi yoksa daha sonra mı bir terör örgütüne dönüştüğu hususunda birbiri ile çelişen ifadeler yer almaktadır. Daire, örgütün amacının anlatıldığı kısımda örgütü "*Devlet otoritesini yıkmak ve Devleti ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini bozmak amacıyla kurulmuş terör örgütü*" olarak nitelendirirken, kararın hata hükümlerinin anlatıldığı bölümünde ise "*örgütün önce*

⁷¹ Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 1994, s. 427.

⁷² Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 10.B. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019, s. 266.

⁷³ YCGK, Esas: 2017/16.MD-956, Karar: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

dini bir kült, ardından bir terör örgütü hâline dönüştüğünü” ifade etmiştir.⁷⁴ Daire, kararda örgütün varlığını tespit ederken Emniyet Genel Müdürlüğü’nün düzenlemiş olduğu bir raporu dayanak almıştır. Bu rapora göre, örgütün geçmişi 1966 yılına dayanmaktadır. Yani bir terör örgütünün varlığı mahkeme kararı ile değil, polis raporuna dayandırılarak kabul edilmiştir. Söz konusu emsal kabul edilen karardaki temel sorun ise bir örgütün varlığı ilk defa tespit edilirken, somut suçlardan bağımsız şekilde hareket edilmesidir. Mahkeme “Somut suçlardan bağımsız şekilde bir suç veya terör örgütünün varlığının kabul edilmesi halinde bu örgütün ne zamandan itibaren varlığının kabul edileceği, bu örgütsel yapı ile ilişki içinde bulunan kişilerin suç işleyip işlemediği sorunları ile karşı karşıya kalmak kaçınılmaz olacağı, kararda söz konusu örgütsel yapının bir terör örgütü vasfını taşıdığını kabul etmekle birlikte bu vasfı hangi somut suç veya suçlarla bağlantılı olarak iktisap ettiği yönünde herhangi bir tespit bulunmamıştır.”⁷⁵

Öte yandan örgütün silah unsurunun ne zaman tamamlandığına ilişkin bahsi geçen Yargıtay 16. CD’nin kararında somut bir veri bulunmamaktadır. Kararı kesinleştiren YCGK 26.09.2017 tarihli kararında ise FETÖ/PDY’nin Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarının etkin birimlerinde ve Türk Silahlı Kuvvetleri’nde yapıldığı, Emniyet ve TSK birimlerinin doğasında var olan cebir ve şiddet kullanma yetkisinin verdiği baskı ve korkutuculuğu kullandığı, örgüt mensuplarının silahlar üzerinde gerektiğinde tasarruf imkanının bulunmasının silahlı terör örgütü suçunun oluşması için gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiştir.⁷⁶ Kararda örgütün amaç suçların işlenmesi için elverişli silah ve üye sayısına ne zaman ulaştığı konusu ise tartışılmamıştır. Bunun yanında örgütün kamuda istihdam edilen üyelerinin tasarrufunda bulunan silahlar sebebi ile baskı ve korkutuculuğunu nasıl artırdığı, toplumda bu çerçevede nasıl tehlike oluşturduğu da açıklanmamıştır.

⁷⁴ “B-) Örgütün Amacı: Kuruluş yıllarından itibaren toplumun dini duygularını susturalarak ederek “himmət” adı altında topladığı finans ile yurt içi ve yurt dışında faaliyete geçirdiği eğitim müesseseleri üzerinden amaç ve ilkeleri doğrultusunda yetiştirdiği öğrencilerini, elde ettiği ekonomik ve siyasi güçle örgütsel menfaat ve ideolojisi çevresinde kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tüm Anayasal kurumlarını (Yasama, Yürütme ve Yargı erklerini) ele geçirerek, aynı zamanda uluslararası düzeyde etkili siyasi-ekonomik bir güç haline gelmek suretiyle anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Türk Devletini ve Türkiye Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini yıkmak ve Devleti ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini bozmak amacıyla kurulmuş terör örgütüdür. (...) “Ancak önce dini bir kült, ardından bir terör örgütü hâline dönüşen, eğitim-öğretim faaliyetleri, sivil toplum ve meslek kuruluşları, yerel ve uluslararası ticari işletmeler, basın-yayın ve medya organları gibi legal yapılar ve Abant Toplantıları, Türkçe Olimpiyatları benzeri prestijli organizasyonlar üzerinden oluşturulan sempatican halkasından İnsan ve maddi kaynak devşiren FETÖ/PDY’nin , başlangıçta bir ahlak ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve toplumun her katmanının büyük bir kesimince böyle algılanması da toplumsal bir gerçekliktir.” Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

⁷⁵ “Yargıtay 16. Ceza Dairesi kararında görülmekte olan davaya konu teşkil eden olayın sınırlarını aşarak söz konusu örgütsel yapının devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü bozmaya kadar çeşitli amaçları olan bir terör örgütü değerlendirmesinin yapılmasının bilimsel ve hukuki dayanakları karar metninde gösterilmemiştir. İlginçtir ki Yargıtay kararında bu konuda Emniyet Genel Müdürlüğü’nün düzenlemiş olduğu raporu dayanak itihaz etmiştir. Yani bir terör örgütünün varlığı mahkeme kararı ile tespit edilmemiş polis raporuna dayanılarak bu örgütün varlığı kabul edilmiştir. Söz konusu polis raporu esas alınarak verilmiş kararda varlığı kabul edilen terör örgütünün geçişinin 1966 yılına kadar gittiği vurgulanmıştır.” Özgenc, Suç Örgütü, s. 109, 119.

⁷⁶ YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956 Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

Diğer taraftan Şen-Eryıldız'a göre, bir suç örgütünde korkutuculuk unsuru da bulunmalıdır. Öyle ki örgütün bu özelliği çevrece de bilinmeli ve bundan çekinilmeli, örgüt de bu özelliğini kullanarak suç işleyip neticeye ulaşmalıdır.⁷⁷ Bahsi geçen kararda, baskı ve korkutuculuğu kullandığı iddia edilen kamu görevlilerinin kimlikleri ve örgütle bağlantıları, sayıları hakkında farazi açıklamalar yapılmış, (emniyet görevlisi, asker, vs.) kamu hizmetinin gereği için bulunan bu kişilerin kullanıma tahsis edilmiş silahların ise örgütün amacı doğrultusunda nasıl bir tehlike oluşturduğu, bu silahların örgütün baskı ve korkutuculuğunu toplum üzerinde ne ölçüde artırdığı, toplumca bu "korkutuculuk" niteliğinin bilinip bilinmediği, buna ilişkin yürütülen soruşturmalar var ise bu soruşturmaların ve akıbetinin ne olduğu açıklığa kavuşturulmamış, hangi somut olay ve olgular sonucunda bu kaniya varıldığı da gerekçelendirilmemiştir.

YCGK 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü tarihinden evvel örgüte "terör örgütü" vasfını kazandıracak nitelikte ilgili ve yeterli gerekçe içeren herhangi bir tespitten bahsetmemiş; "TSK'da yapılan FETÖ/PDY, Emniyet ve TSK birimlerinin doğasında var olan cebir ve şiddet kullanma yetkisinin verdiği baskı ve korkutuculuğu kullandığına" ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Bu değerlendirmeler örgüt liderinin kararda kaynağı bildirilmeyen ifadelerindeki örgüt mensuplarını tanımlayış şekline dayandırılmıştır.⁷⁸

Anayasa Mahkemesi de 15.04.2021 tarihli Adnan Şen kararında, Türk Hukuku'nda bir yapının terör örgütü olarak tespitinin ancak yargı kararıyla mümkün olduğunu belirtmesine rağmen aynı kararda darbe teşebbüsünden evvel FETÖ/PDY'nin gerçek yüzünü ortaya koyan operasyonlara başlandığı, bu yapının kamuoyu ve medya tarafından tartışılır hâle geldiği, üst düzey Hükümet yetkilileri ve kamu görevlileri tarafından yapılan açıklamalarda paralel yapı veya terör örgütü olduğuna ilişkin tespitler ve uyarıların yapıldığı, MGK tarafından da aynı değerlendirmelerin paylaşıldığı süreçten önce icra edilen faaliyetlerin nitelik, içerik ve mahiyeti itibarıyla silahlı terör örgütünün amacına hizmet ettiğinin somut delil ve olgularla ortaya konulduğu takdirde örgütsel faaliyet olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir.⁷⁹

⁷⁷ Şen-Eryıldız, s. 107.

⁷⁸ "FETÖ/PDY'nin Türk Silahlı Kuvvetlerine, Emniyet Teşkilatına ve MİT'e sızan militanları, şekten kamu görevlisi gibi gözükse de, bu kişilerin örgüt aidiyetleri diğer tüm aidiyetlerinden önce gelmektedir. FETÖ/PDY'nin devletin tasarrufunda bulunması gereken kamu gücünü, kendi örgütsel çıkarları lehine kullanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Çeşitli aşamalardan geçirildikten sonra güçlü örgütsel bağlarla bağlandığı FETÖ/PDY'nin bir nefesi olarak TSK, Emniyet teşkilatı ve Milli İstihbarat Teşkilatında meslek hayatlarına başlayan örgüt mensupları, sahip oldukları silah ve zor kullanma yetkilerini FETÖ/PDY'deki hiyerarşik üstünden gelen emir doğrultusunda seferber etmeye hazır olacak şekilde bir ideolojik eğitimden geçirilmektedir. Bu durum, örgüt lideri tarafından hizmet insanı başlığı altında "örgüte bağlı kişinin azimli, kararlı, hizmete karşı itaatkâr, her şeyin sorumluluğunu alması gereken, darbe yediğinde azmi bozulmayan, yüksek rütbelere geldiğinde kendi rütbesi değil de hizmetin rütbesini ön planda tutan, hizmet içerisinde yapacağı görevlerin zor olabileceğine inanan ve bütün varlığını, canını, sevdiklerini hizmet için feda etmeye hazır olması" şeklinde açıklanmaktadır." YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 15.04.2021 Tarih ve 2018/8903 sayılı Adnan Şen Başvurusu, RG, 30.06.2021, Sayı:31527.

Bu karara göre Anayasa Mahkemesi Yargıtay'ın tespitlerini haklı bulmuş, henüz sonuçlanmamış bir takım soruşturmaların, siyasi yetkililerin açıklamalarının ve MGK kararlarının bir grubun terör örgütü olarak nitelendirilmesi için yeterli görek çelişkiye düşmüştür.

Kanunilik ilkesi gereğince, bir eylemin terör suçu sayılması için cebir ve şiddet kullanılması gerektiğini yukarıda izah etmiştik. Öyle ki AİHM, AİHS'nin 7. maddesinin⁸⁰ savaş durumunda ve olağanüstü hâllerde dahi askıya alınmadığını, bu ilkenin hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri olduğunu ve sözleşme koruma sisteminde önemli bir yer tuttuğunu belirtmiştir. Sözleşme'nin anılan maddesi; hedef ve maksadından anlaşılacağı üzere keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve cezaya karşı etkili önlemler sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Ayrıca sözleşmenin 7. maddesinin koruması ceza kanununun sanığın aleyhine olacak şekilde geriye yürütülmesi yasağı ile sınırlı değildir. Madde mevcut suçların kapsamının daha önceden suç olarak sayılmayan eylemlere teşmil edilmesini yasaklarken aynı zamanda ceza kanununun -örneğin kıyas yoluyla- sanığın aleyhine olacak şekilde geniş bir biçimde yorumlanmaması gerektiği ilkesini de içermektedir. Yapılan yorumların ancak suçun özü ile tutarlı olması ve makul olarak öngörülebilmesi gerekir. Uygulamada henüz cebir ve şiddete başvurmamış bir örgütü, terör örgütü olarak nitelendiren mahkemelerin bu geniş yorumlarının dayanağının gösterilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararı ve AİHM kararlarında belirtildiği üzere, örgütün cebir ve şiddet yanlısı bir politika benimsediğinin ve bu yönde güncel bir tehdit oluşturduğunun, bu tehdidin de örgütü terörizm aşamasına getirdiği sonucunu gösteren hususların ortaya çıkarılması gereklidir.⁸¹

Sonuç olarak, FETÖ/PDY'nin cebir ve şiddete başvurduğu tarihten evvel örgütün terörizm tanımının olmazsa olmaz bileşeni olan şiddet kullanma unsurunun, darbe girişimi olana kadar toplumda görünür hale gelmediği gerçeği⁸² karşısında yalnızca yukarıdaki gerekçeye dayanarak 15 Temmuz 2016 tarihinden evvel de örgüt için silahlı terör örgütü niteliğinin tamamlandığını kabul eden YCGK'nın bu kararı ve Yargıtay ile aynı tespitleri benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin kararları gerek Anayasa 38. maddesine gerekse AİHS 7. maddesine açıkça aykırılık teşkil

⁸⁰ AİHS'nin "Kanunsuz ceza olmaz" başlıklı 7. maddesi: "1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya 11 ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."

⁸¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, 19.07.2018 Tarih ve 2014/13117 sayılı Yılmaz Çelik Başvurusu, RG, 26.10.2018, Sayı 30577 ve AİHM, 03.12.2019 Tarih ve 22429/07, 25195/07 sayılı Parmak ve Bakır v. Türkiye Kararı.

⁸² 07.10.2016 tarihli Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/10/26/AK_Insan_Haklari_Komiseri_Memorandum_TR.pdf, Erişim Tarihi: 03.08.2021.

etmektedir.

b. Fethullah Gülen hakkında verilen beraat kararı

FETÖ/PDY lideri Fethullah Gülen hakkında daha evvel 2000 yılında düzenlenen iddianamede *"Laik devlet yapısını değiştirerek yerine dini kurallara dayalı bir devlet kurmak amacıyla yasadışı bir örgüt kurup bu amaç doğrultusunda faaliyetlerde bulunmak"* suçundan dava açılmıştır. Söz konusu iddianamede suç yılı 1989 olarak gösterilmiştir.

Fethullah Gülen hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen beraat kararı, 24.06.2008 tarihinde YCGK tarafından onanarak kesinleşmiştir.⁸³ Yargıtay 16. CD'nin FETÖ/PDY örgütü ile ilgili emsal karar kabul edilen 24.04.2017 tarihli kararında⁸⁴ ise geçmişteki bu karara değinilmemiş, aksine iddianamenin düzenlendiği tarih öncesi fillerin bu yargılamalar kapsamında dikkate alınamayacağı hususu göz ardı edilmiştir.⁸⁵

c. Millî Güvenlik Kurulu Kararları

07.02.2012 tarihli MİT krizi, 17/25 Aralık 2013 tarihli operasyonlar ile 01.01.2014 ve 19.01.2014 tarihli MİT tırlarının durdurulması hadiseleri gibi yaşanan olaylar sonucu söz konusu örgütsel yapı MGK tarafından 2016 yılının Mayıs ayında terör örgütü olarak tanımlanmıştır.⁸⁶ MGK yaptığı toplantı sonucu görüşülen karar başlıklarını resmi internet sitesinde kamuoyuyla paylaşmakta, içeriği gizli tutulan bu kararlar

⁸³ Fethullah Gülen hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 05.05.2006 tarihli 2000/124 E. 2003/20 K. sayılı kararının Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından onanan kararında; *"(...) F.Gülen ve ilişkilendirildiği gerçek ve tüzel kişiler hakkında bir bilgi ve suç kaydı bulunmadığı; cebir ve şiddet kullanarak korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birisine giriştikleri veya suç teşkil eden eylemler işledikleri tespit edilemediği, (...) Değişiklik öncesinde belirtilen amaçlara ulaşmak için yapılan faaliyetin suç olabilmesi bakımından yasadaki belirtilen baskı ve cebir yöntemlerinden birinin benimsenmesi, kullanılması ve bu yönde faaliyette bulunularak girişilecek her türlü eylem terör suçu olarak tanımlanmıştır. Değişiklikten sonra sayılan yöntemleri benimsemenin ötesinde bu yöntemlerin cebir ve şiddet kullanarak uygulanması, cebir ve şiddet kullanılarak suç teşkil eden eylemlerde bulunulması terör suçu olarak tarif edilmiştir. Değişik maddenin ayrıca farkı, cebir ve şiddet kullanmada önceki yasadaki farklı olarak her türlü eylem yerine suç teşkil eden eylemlerde bulunmayı suçun unsuru olarak düzenlemesidir. Değişiklikten önce aynı amaç etrafında birleşmek yeterli görülürken, değişiklikten sonra aynı amaç etrafında birleşme yönteminin benimsenmesinin de ötesinde cebir ve şiddet kullanılması ve belirtilen amaçlara ulaşmak için müstakil suç teşkil eden eylemlerde bulunulması şeklinde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak bir eylemin terör faaliyeti olarak kabul edilebilmesi ve bu eylemleri yapan organizasyonun terör örgütü sayılabilmesi için, en az iki kişinin öncelikle yasadaki belirtilen cebir ve şiddet yöntemlerini kullanması ve terör faaliyeti kapsamında işlenen eylemlerin müstakilen suç teşkil etmesi gereklidir."* YCGK, Esas: 2008/9-82, Karar: 2008/181, Tarih: 24.06.2008.

⁸⁴ Kararda Fetullah Gülen ile alakalı beraat kararına yalnızca hata hükümleri değerlendirilirken yer verilmiştir. Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

⁸⁵ Özgenç, *Suç Örgütü*, s. 109.

⁸⁶ Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlarından kurulu olan hali hazırda 2 ayda bir toplanan karşılıklı fikir alışverişini millî güvenliği ilişkin sorunların görüşüldüğü ve tartışıldığı bir kurul statüsünü ihtiva etmektedir.

ancak MGK'nın alacağı bir karara göre açıklanmakta ve yayınlanmaktadır.⁸⁷ Bu kapsamda örgütle alakalı paylaşılan bilgilerde ilk olarak 30.10.2014 tarihinde "milli güvenliğimizi tehdit eden ve kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanmalar" ifadesi kullanılmıştır. Nitekim söz konusu örgüt, kamuoyu ile paylaşılan basın açıklamalarında 26.05.2016 tarihine kadar "paralel devlet yapılanması" olarak ifade edilmiştir. MGK örgüt için ilk kez "Paralel Devlet Yapılanması Terör Örgütü" tanımlamasını 26.05.2016 tarihinde yaptığı kamuoyu bilgilendirmesinde kullanmıştır.⁸⁸

Bahsi geçen MGK toplantılarında alınan kararların içeriği kamuoyuna açıklanmamış, alınan kararlar Bakanlar Kurulu'na iletilmiştir. Burada cevaplanması gereken soru, MGK kararlarının, bir grubu terör örgütü olarak nitelendirerek söz konusu grubun mensuplarının hukuki sorumluluğunu yargısal anlamda belirleyebilecek bir etkiye sahip olup olmadığıdır. Nitekim Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 09.07.2018 tarihli bir kararında, MGK'nın örgütü paralel yapılanma olarak nitelendirdiği ilk tarihi esas alarak kişilerin hukuki sorumluluğunu belirleme yoluna gitmiştir.⁸⁹

Bir grubu terör örgütü olarak nitelendirme yetkisinin verildiği kurum, farklı hukuk sistemlerine göre değişmektedir. Örneğin İngiliz Hukuku'nda bu yetkiyi yürütme organı kullanmaktadır. İçişleri Bakanlığı bir organizasyonun terör örgütü olduğu gerekçesi ile yasaklanmasına karar verebilir. Bu yasaklama kararından sonra kişi

⁸⁷ 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu 10. madde; "Millî Güvenlik Kurulu toplantılarında yapılan görüşmeler, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği görevlileri tarafından usulüne uygun şekilde tutanakla tespit edilir. Kararların asılları ve görüşme tutanakları Genel Sekreterlikte saklanır. Tutanaklar ve görüşmeler açıklanamaz ve yayınlanamaz. Kararlar Millî Güvenlik Kurulunun vereceği karara göre açıklanabilir veya yayınlanabilir."

⁸⁸ MGK'nın 26.02.2015 günlü toplantısının kamuoyuna açıklanan metninde paralel devlet yapılanması ve legal görünüm altında faaliyet gösteren illegal oluşumlara karşı ulusal ve uluslararası çalışmalar hakkında genel kurula bilgi sunulduğu; 29.04.2015 günlü MGK toplantısında milli güvenliği tehdit eden paralel devlet yapılanması ve illegal oluşumlara karşı yürütülen mücadele hakkında tafsilatlı bilgi arz edildiği ve mücadelenin kararlılıkla sürdürüleceğinin vurgulandığı; 29.06.2015 günlü MGK toplantısında milli güvenliğimizi tehdit eden başta paralel devlet yapılanması olmak üzere tüm yasadışı oluşumlara karşı yürütülen mücadeleye kararlılıkla devam edileceği; 02.09.2015 günlü MGK toplantısı sonuç bildirisinde paralel devlet yapılanması ile yurt içinde ve yurt dışında illegal ekonomik boyutu da dahil olmak üzere sürdürülmekte olan mücadelenin kararlılıkla devam ettirileceği; 21.10.2015 günlü MGK toplantısında "milli güvenliğimizi tehdit eden terör örgütleri ile iş birliği içerisinde hareket eden paralel devlet yapılanmasına karşı" yürütülen kararlı mücadelenin çok yönlü sürdürüleceği; 18.12.2015 günlü MGK toplantısında paralel devlet yapılanmasına yurt içinde ve yurt dışında sürdürülmekte olan mücadelenin kararlılıkla devam ettirileceği; 27.01.2016 günlü MGK toplantısında milli güvenliğimize yönelik iç ve dış tehditler ile bölücü terör örgütüne, paralel devlet yapılanmasına ve DEAŞ'a karşı yurt içinde ve yurt dışında sürdürülen mücadelenin etraflıca değerlendirildiği; 24.03.2016 günlü MGK toplantısında milli güvenliğimize yönelen iç ve dış tehditler ile terör ve teröristle mücadele çalışmalarının değerlendirildiği, paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirlerin uygulanması üzerinde durulduğu; son olarak 26.05.2016 günlü MGK toplantısında vatandaşlarımızın huzur ve güvenliği ile kamu düzenini sağlanması amacıyla yürütülen faaliyetler, terör ve teröristle mücadelede gelinen aşama, "milli güvenliğimizi tehdit eden ve bir terör örgütü olan paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirlerin" görüşüldüğü ifade edilmiştir. T.C Millî Güvenlik Kurulu Sekreterliği Resmi İnternet Sitesi, 2014, 2015, 2016 Tarihli Basın Açıklamaları, <https://www.mgk.gov.tr/index.php/2011-2018-yillari-arasi-basin-aciklamalari>, Erişim Tarihi: 10.08.2021.

⁸⁹ "...devlet tarafından söz konusu terör örgütünün 2014 Mayıs ayı itibarıyla MGK tarafından legal görünümlü illegal bir yapı olarak kabul edilmesi karşısında belirtilen bu tarihten sonra ısrarla üyeliğini devam ettirenler, yeni üye olanlar ve darbe tarihine karar kesintisiz üyeliklerini sürdürenler söz konusu sendikanın özellikle yönetiminde yer alanlar ve devamlılık arz etmek suretiyle sendikal faaliyetlere katılanlar ve icra edenler mahkememizce kati bir şekilde terör örgütü üyesi olarak kabul edilmemekle birlikte diğer delillerinde desteklemesi halinde mevcut üyelik durumu mahkememizce suçlamayı doğrulamaya yönelik müspet bir karine olarak kabul edilmiştir." Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi, Esas No: 2018/59, Karar No: 2018/934, Tarih: 09.07.2018.

organizasyonun hiçbir eylemine katılmadığını ispat ederse bu 2000 tarihli Terörizm Yasası'nın 11. maddesine göre geçerli bir savunma olarak kabul edilir.⁹⁰ Yine aynı şekilde Avustralya'da da bu yetki yürütme erki olan Adalet Bakanı'na aittir.⁹¹ Türk Hukuku'nda ise bir grubu terör örgütü olarak nitelendirme yetkisi yalnızca mahkemelere aittir. Bu yetki, yürütme ya da yasama organına verilmemiştir. Hukukumuzda bir silahlı terör örgütünün varlığına ancak işlendiği sabit olunan somut suçlardan hareketle karar verilebilir ve bu kararın da bir ceza mahkemesi tarafından verilmesi gerekir. Özgenç'e göre; *"Münhasıran yürütme yönünden bir istişare organı olan Milli Güvenlik Kurulu'nun kararlarından hareketle, bir örgütün terör örgütü olduğunun kabulü, münhasıran yargının görevi olan bir hususun idari organlara tevdi olarak değerlendirilmelidir."*⁹²

Bir örgütün silahlı terör örgütü olduğunun tespitinde tek yetkili organ, yargı organıdır. *"Türkiye'de Milli Güvenlik Kurulu kararlarında toplumun barışı, kamu güvenliği ve kamu düzeni bakımından belirli sosyal oluşumlara işaret edilmesi; bu oluşumlar ve mensuplarıyla ilgili idari tedbirler bakımından bir önem taşıması gerekir ancak kanunun gereği gizliliği söz konusu olan söz konusu karar içerikleri alenileştirilerek bir soruşturmaya, bir soruşturma bağlamında herhangi bir koruma tedbirine yönelik karar ittihazına dayanak oluşturamaz."*⁹³ Tüm bu sebeplerle, hukukumuzda MGK kararları ile yeni bir terör örgütü ihdas edilemez ve bu kararların bireylerin hukuki sorumluluğunu yargısal anlamda değiştirmesi mümkün değildir.

d. 15 Temmuz 2016 tarihinden evvel ülke çapında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar

Anayasa Mahkemesi'nin 20.06.2017 tarihli kararında FETÖ/PDY örgütünün 15 Temmuz 2016 tarihinden evvelki geçirdiği süreç şu şekilde sıralanmıştır: *"FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları belirtilen savcı ve hâkimler tarafından 2013 yılının sonunda bazı siyasiler ve bunların yakınları ile kamuoyunun tanıdığı bir kısım işadama hakkında "yolsuzluk" yaptıkları iddiasıyla soruşturma başlatılması (17/25 Aralık soruşturmaları) ve 2014 yılının başında MİT'e ait malzemelerin bulunduğu tırlarla silah taşındığı iddiasıyla bu tırların durdurulup aranması, FETÖ/PDY'nin faaliyetlerinin hükümeti devirmeye yönelik olduğu yönündeki soruşturmaların temel dayanağını oluşturmuştur. 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde yüzlerce kişi hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığı bu soruşturma ve kovuşturmaların genelinde FETÖ/PDY'nin bir terör*

⁹⁰ Eren, s. 38.

⁹¹ Eren, s. 58.

⁹² Özgenç, *Suç Örgütü*, s. 113.

⁹³ Özgenç, *Suç Örgütü*, s. 85.

yapılanması olduğuna değinilmiş ve haklarında dava açılan kişilerin diğer bir kısım suçun yanı sıra "silahlı terör örgütü kurma, yönetme veya üyesi olma" ve "Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs" suçlarından cezalandırılmaları talep edilmiştir. FETÖ/PDY'ye ilişkin olarak ülke genelinde açılan çok sayıda davadan biri, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 16.6.2016 tarihinde karara bağlanmıştır (E.2016/74). Anılan kararda FETÖ/PDY'nin özellikle yargı ve emniyet birimleri ile TSK' da örgütlendiği, devletin hiyerarşik yapısı dışında ayrı bir yapılanmaya gittiği belirtilmiştir; bu itibarla yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğu kabul edilmiştir.⁹⁴

FETÖ/PDY'nin darbe teşebbüsünden evvelki yapılanmasına ve faaliyetlerine ilişkin olarak son yıllarda suç delillerini yok etme, devlet kurumlarının ve üst düzey devlet görevlilerinin telefonlarını dinleme, devletin istihbarat faaliyetlerini deşifre etme, kamu görevine giriş veya görevde yükselme sınavlarına ilişkin soruları önceden elde edip mensuplarına verme gibi eylemler nedeni ile soruşturma ve kovuşturmalar yürütülmüştür.⁹⁵

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, darbe teşebbüsünden kısa süre önce düzenlediği 06.06.2016 tarihli iddianameyle Fethullah Gülen'in de aralarında olduğu 73 örgüt yöneticisi hakkında silahlı terör örgütü kurdukları ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs ettikleri iddiasıyla birçok suçtan cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açmıştır. Anılan iddianamede; FETÖ/PDY'nin özellikle TSK ve Emniyet Teşkilatı içinde kadrolaştığı, subay ve astsubay olacak mensuplarını özel olarak yetiştirdiği, askerî yargıda egemen bir güç hâline geldiği ve bu nedenle yapıya yönelik soruşturmalardan netice alınamadığı belirtilmiştir. İddianamede ifade edildiği şekliyle TSK içindeki bu yapılanma, ordu disiplinini bozacak ve ülke savunmasında zafiyet oluşturacak bir yoğunluğa ulaşmıştır. Cumhuriyet Savcısı; FETÖ/PDY'nin Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma ve Emniyet Teşkilatları içindeki sayıları on binleri bulan mensuplarından oluşan ve devletten ayrı hiyerarşiye bağlı silahlı bu yapılanmasının, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tarihi boyunca gördüğü en büyük, en tehlikeli ve en organize terör örgütlenmesi olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. İddianamede, anayasal düzeni değiştirecek veya ortadan kaldıracak silahlı güce ulaşan ve bir askerî darbe yapabilecek tek organize güç olan FETÖ/PDY'nin, TSK içindeki etkinliği

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, 20.06.2017 Tarih ve 2016/22169 sayılı Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, RG, 03.06.2017, Sayı 30110, § 28, 32.

⁹⁵ "Diğer yandan "Şemdinli", "Ergenekon", "Balyoz", "Askerî Casusluk", "Devrimci Karargah", "Oda TV" ve "Şike" davaları gibi kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan birçok davanın -FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda- başta TSK olmak üzere farklı kamu kurum ve kuruluşlarındaki örgüt mensubu olmayan kamu görevlilerini tasfiye etmek ve farklı sivil çevrelerde örgütün çıkarlarına aykırı davrandığını düşündüğü kişileri etkisizleştirmek amacıyla kullandığı ileri sürülmüştür." Anayasa Mahkemesi, 20.06.2017 Tarih ve 2016/22169 sayılı Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, RG, 03.06.2017, Sayı 30110, §29.

dikkate alındığında darbe teşebbüsünde bulunma tehlikesinin açık ve yakın olduğu ifade edilmiştir. İddianamede; son olarak bu tehlikenin gerçekleşmesi hâlinde bunun devlet için gerçek bir yıkım olacağı, ülkenin bir iç savaşa sürüklenebileceği, milyonlarca insanın ölüp milyonlarca mültecinin ortaya çıkabileceği, devletin yeniden ayağa kaldırılmasının mümkün olmayabileceği öngörüsünde bulunularak FETÖ/PDY'nin tasfiyesinin devlet için artık varlık-yokluk meselesi hâline geldiğine değinilmiştir.⁹⁶

Yürütölen bu soruşturma ve kovuşturmaların içeriklerinden örgütün, organize bir şekilde devletin tüm kademelerinde hiyerarşik olarak yapılandığı, konvansiyonel olmayan illegal bir yapılanma oluşturduğu verilerinin güçlü olduğu açıktır. Bu kapsamda, kamu otoritesinde yapılanmasını kısmen tamamladıktan sonra kendine dokunulmazlık alanları oluşturup, paralel yapı kimliği kazanan bir yapının örgüt özelliği ve hukuka aykırılığı tartışılmazdır.⁹⁷

Sonuç olarak, FETÖ/PDY 15 Temmuz darbe teşebbüsünden evvel kanun boşluğundan, denetim mekanizmalarının yeterince işletilmemesinden ya da denetim mekanizmalarının ele geçirilmesinden faydalanarak; din, ahlak, eğitim gibi esasları ön planda tutup sayısız insan kaynağına ulaşmayı hedefleyen, bu doğrultuda mensuplarını lidere mutlak itaat ideolojisi ile besleyen, doğrudan cebir ve şiddet kullanmaya yönelik bir politika izlemeyen ancak baskı ve tehdit yöntemlerini kullanarak ve devlete nüfuz ederek gizli ve açık maksatlarını gerçekleştirmeye çalışan çıkar amaçlı yeni nesil bir suç örgütüdür.

Söz konusu örgütün 15 Temmuz darbe teşebbüsü ile cebir ve şiddete dayalı bir politikaya geçtiği anlaşıldığından örgütün, bu tarih itibariyle silahlı bir terör örgütü olarak nitelendirilebileceği şüphesizdir.

2. Silahlı Terör Örgütüne “Üye olmak” Fiili

Herhangi bir topluluğu oluşturan bireylerden her biri, üye olarak nitelendirilir. Silahlı terör örgütüne üyelik için herhangi bir başvuru yapmaya, form doldurmaya gerek yoktur. Üyelik, kişinin örgüte fiilen katılması ile başlar ve bu fiili bağ kesilene kadar devam eder. Kanun suçun oluşması için örgüt mensuplarının örgütün amaçları doğrultusunda kendi başlarına veya aldıkları emir üzerine bir suç işlemeleri şartını aramamaktadır.⁹⁸ Üye olmak fiilinden ne anlaşılması gerektiği konusunda TCK'nın 220. maddesinin 7. fıkrası yol göstericidir, burada “örgüt içindeki hiyerarşik yapıya

⁹⁶ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 06.06.2016 Tarihi ve E.2016/24769 sayılı iddianamesi.

⁹⁷ Şen-Eryıldız, s. 498.

⁹⁸ Zeki Hafizoğulları, Günal Kurşun, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.71, 2007, s. 72.

dâhil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi” demek sureti ile örgüt içinde hiyerarşik bir ilişki bulunmasının zorunluluğu ortaya konulmuştur.⁹⁹ Buradan çıkan sonuca göre örgüt üyeliğini gösterir en önemli unsur, kişinin örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olması gerektiğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 22.05.2019 tarihli kararında, örgüte üye olmak suçunu değerlendirirken üye olmanın fiili bir katılma olduğunu, dolayısıyla üyeliğin suç olarak kabul edilmesinin ve cezalandırılmasının altında yatan sebebin de terör örgütünün toplum için arz ettiği tehlikeye bilerek ve isteyerek katkı sağlaması olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁰

Ayrıca kişinin kendi rızası ile bu hiyerarşik yapıya dâhil olması gerekir. Nitekim iradeyi etkileyen unsurların varlığı halinde örgüt üyeliğinden bahsedilmesi mümkün değildir. Suç, örgütün hiyerarşik yapısına bağlılık devam ettiği sürece devam eder, hiyerarşik yapıyla bağlantı sona erdiği takdirde ise son bulur. Üye olmak fiili temadi eden bir fiil olduğundan, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçu da mütemadi bir suçtur.¹⁰¹ Mütemadi suçlar; kanuni tanımdaki suçun tamamlanması için neticenin değil suç fiilinin belirli bir süre devam etmesinin arandığı suçlardır.

A. Hiyerarşik Bağa Dahil Olmak

Türk Dil Kurumu sözlüğünde tanımlanışına göre “hiyerarşi”, otoritenin en geniş ölçüde en üst mertebede olmak üzere değişik önem sıraları arasında katı ve kesin bir biçimde dağıldığı toplumsal teşkilatlanış biçimidir.¹⁰² Ancak TCK’nın 220. maddesinin gerekçesinde suç örgütünün içerisindeki hiyerarşinin katı ve kesin biçimde olması aranmamakta, gevşek bir hiyerarşik bağın da yeterli olduğu ifade edilmektedir. TCK’nın 220. maddesinin 7. fıkrasında örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmasa bile yardım eden kişinin örgüt üyesi gibi cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle üye olmak fiilinden, “örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olunmasının” anlaşılması gerektiği sonucuna varmaktayız. Peki, kişinin örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olup olmadığı neye göre tespit edilecektir? Terör örgütü üyeliği suçunun niteliği gereği, hiyerarşik yapı içerisinde hareket etme unsurunun ortaya konulma biçimi her terör örgütünün niteliğine ve somut olayın koşullarına göre değişebilir. Örneğin bazı terör örgütleri tim sistemini, diğer bazıları ise hücre tipi yapılanmayı benimsemektedir. Dolayısıyla kişinin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler de her terör örgütünün

⁹⁹ Yenidünya-İçer, s. 25, 26.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, 22.05.2019 Tarih ve 2014/15440 sayılı Metin Birdal Başvurusu, RG, 12.07.2019, Sayı 30829, §62.

¹⁰¹ Artuç, s. 1564.

¹⁰² TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=a%C5%9Fama%20s%C4%B1ras%C4%B1,Erişim Tarihi: 09.08.2021>.

yapısı doğrultusunda değişiklik göstermektedir.¹⁰³

Yargıtay müstekar kararlarında, "Örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dâhilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir." tespitinde bulunmuştur.¹⁰⁴ Yargıtay'a göre "Örgüt Üyeliği; örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hâkim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüte üye olmak kişinin rızasıyla örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmasıdır. 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."¹⁰⁵ Söz konusu kararlarda mahkeme, kişinin hiyerarşik yapıya dâhil olup olmadığını tespit etmede yol göstermesi için bazı esaslar belirlemiştir. Bunlardan ilki, kişinin örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmasıdır.

a. Organik bağ

Yargıtay organik bağı canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olarak tanımlamıştır. Silahlı terör örgütü üyeliğinde örgüt ile kişi arasındaki bağın canlı olması, yani kişinin örgütle ilişkisinin devam etmesi gerekmektedir. Organik bağın geçişken olması, hiyerarşi içerisinde zamanı geldiğinde konumuna göre çeşitli dallarda görev alabileceği anlamına gelmektedir. Organik bağın etkin olması ise kişinin örgütün emir ve talimatlarını yerine getirmeye hazır bir konumda olması demektir.

Yargıtay kararlarına göre, organik bağın tespit edilmesi kişinin terör örgütü üyesi olup olmadığının belirlenmesinde önemli bir yer edinmektedir. Ancak bu bağın tespit edilmesi için kişinin teslimiyet duygularını dışa yansıtan argümanlara ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin Hizbullah Terör Örgütü'nün hücre evlerinde arşivlenen "özgeçmiş raporları, PKK'nın örgüt üyelerinin kaydının tutulduğu künye defterleri" örgütle olan organik bağın göstergesi sayılmaktadır.¹⁰⁶ Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlardan anlaşılacağı üzere ByLock programını telefonuna indirip kullanmanın da FETÖ/PDY için örgütle organik bağ kurulduğunun göstergesi olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim Yargıtay 24.04.2017 tarihli kararda "FETÖ Terör örgütü mensubu olmayan kişilerin uygulamayı kullanması ve sisteme

¹⁰³ Eren, s. 114.

¹⁰⁴ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/2233, Karar No: 2019/4810, Tarih: 9.07.2019, Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/1486, Karar No: 2019/4719, Tarih: 3.07.2019, Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/7312, Karar No: 2019/4638, Tarih: 2.07.2019, Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/1365, Karar No: 2019/3530, Tarih: 20.05.2019.

¹⁰⁵ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/7004, Karar No: 2019/5220, Tarih: 12.09.2019.

¹⁰⁶ Nurullah Bodur, Eshat Özkul, *Terör Örgütü ve Terör Suçları*, 4.B, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019, s. 87.

dâhil olması mümkün değildir.” tespitinde bulunmuştur.¹⁰⁷

b. Eylemlerin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu

Örgütün varlığı için süreklilik unsuru vazgeçilmez olduğu gibi örgüt üyeliği suçunun da oluşabilmesi için kişinin örgütün amaçları doğrusunda emir ve talimatlarını yerine getirmeyi süresiz kabullenmiş olması gerekir. Bir örgütün mevcudiyetini sürdürmesi için sürekli örgüte hizmet etme bilinci ile hareket eden bireylere ihtiyaç vardır. Kişi, örgüt üyesi olduğunun bilincinde olarak örgütün varlığını sürdürmesi ve hedeflerine ulaşması için verilecek her türlü emre ve direktiflere açık olmalı; örgüte bağlı, örgütün amaçları doğrultusunda, örgüt için faaliyet göstermelidir. Silahlı örgüt üyeliği, örgütün amacı için uzun süreli etkinlikler gerektirdiğinden somut olaya göre eylemlerin, kişinin örgüt üyesi sayılmasını gerektirecek boyuta ulaşıp ulaşmadığı önem arz etmektedir.¹⁰⁸ Ayrıca gösterilen bu faaliyetler, çeşitlilik ve yoğunluk içermelidir. Yargıtay birçok içtihadında örgüt üyelerinin eylemlerinin çeşitli ve yoğun olması gerektiğinden bahsetmiştir.¹⁰⁹ Kişinin örgütün hiyerarşisine dâhil olarak verilen her türlü emir ve talimatı yerine getirmeye hazır olduğunun somut olarak tespit edilmesi için bu kriter çok önemlidir. Örgüt üyeliğinin tespitini diğer kriterlere oranla dış dünyaya yansıtan ve somutlaştıran eylemlerin çeşitliliğine, yoğunluğuna ve sürekliliğine ilişkin somut tespitlerin yapılması hiyerarşik bağın

¹⁰⁷ "...FETÖ Terör örgütünün hücresel yapısı dikkate alındığında uygulamaya katılanların ve kullananların örgüt mensubu olmamaları mümkün görülmemektedir. Kullanıcıların gerek kullanım yoğunlukları gerekse de arkadaş seçimleri ve mesajlaşmaların içerikleri hep birlikte değerlendirildiğinde FETÖ Terör örgütü mensubu olmayan kişilerin uygulamayı kullanması ve sisteme dâhil olması mümkün değildir." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

¹⁰⁸ "Örgüt üyesi olmak, örgütün amacını bilerek ve bu amacı benimseyerek örgüte girmektedir. Yargısal kararlarda da kabul edildiği üzere; illegal örgütsel faaliyet ve örgüt üyeliğinin oluşması aşama aşama gelişir; önce sempatanlar saptanır, ardından bunlara siyasi ve ideolojik bilinç verilir, daha sonra kitle eylemlerine katılmaları sağlanılarak cesaretleri geliştirilir. Son aşama ise failin silahlı çetenin kurulma amacını (özel kastı) bilerek ve isteyerek (kabul ederek) örgütün kurulma amaçlarını gerçekleştirme amacıyla örgüte girme – katılma iradesini açıklayarak örgüt ile (örgütün hiyerarşik yapısına dâhil kent kadrosundaki mensupları ile) organik bağ içerisine girilmiş olur. Bu aşamada failin mutlaka örgütün dağıtılmasında olması söz konusu değildir. Bazen de bu olmadan fail örgüt ile girdiği organik bağ çerçevesinde alt yapı ve taban oluşumuna, yine geri cephe ve kent çalışmalarına yönelik yoğunluk, süreklilik ve çeşitlilik gösteren kent faaliyetlerinde bulunur. Örneğin örgüte ait bildiri dağıtılması yine, örgüte müzahir kitlelere yönelik basın yayın faaliyeti, örgüte adam kazandırma, para toplama v.s. eylemlerde bulunmak gibi.."Mikael Lyngbo, Feridun Yenisey , Namık Kemal , Önder Tozman, Kemal Şahin, "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi" Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Örgütlü Suçlar Ve Terör Suçları Eğitim Modülü, 2014, s. 154, <http://cas.adalet.gov.tr/haberler/egitimmodulleri/orgutlusuclarvetorsuclariegitimmodulu.pdf>, Erişim Tarihi: 14.08.2021.

¹⁰⁹ "Sanığın silahlı örgüt ile organik bağ içine girip kod adı almak iki ayrı camide örgütsel ders vermek, ders verirken yakalanmak şeklinde sübut bulan ve süreklilik, çeşitlilik arz eden eylem ve faaliyetlerinin silahlı örgüt üyeliği suçunu oluşturacağı gözetilmemesi, bozma sebebidir". (Yargıtay 9. CD, Esas No: 2007/5744, Karar No: 2007/5430, Tarih: 20.06.2007). "Sanığın örgütsel nitelikli ders alma, ders verme, silahlı nöbet tutma örgütün kitapçı sorumlu olma gibi süreklilik ve çeşitlilik gösteren eylem ve faaliyetlerinin silahlı örgüt üyesi olma suçunu oluşturduğu ve sahte kimlikle yakalandığı tarihin suç tarihi olduğu kabul edilerek hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerekir". Yargıtay 9. CD, Esas No: 2007/9258, Karar No: 2008/7446, Tarih: 09.06.2008). "Sanığın kod adı aldığı, örgütsel toplantılara katıldığı, örgütsel ders alıp ders verdiği, örgüt mezarlığını ziyaret edip, örgüte özgeçmiş raporu verdiğinin anlaşılması karşısında; faaliyetlerinin süreklilik ve çeşitliliği dikkate alındığında örgütün sair efradı olmak suçundan TCK.nun 168/2. maddesinden cezalandırılması yerine yazılı şekilde ceza tayini..." (YCGK, Esas No: 2003/9-181, Karar No: 2003/203, Tarih: 08.07.2003.

tespitini kolaylaştıracaktır.¹¹⁰ Tüm bunlardan anlaşılacağı üzere, örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olan bir kişinin verilecek görevleri yerine getirmeye hazır şekilde iradesini örgüt emrine terk etmesi, örgüt üyesinin örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılması, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi kapsamında verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tam bir teslimiyet duygusu ile yerine getirmeye hazır olup öylece ifa etmesi; süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerde bulunması gereklidir. Yargıtay 16. CD'nin 18.07.2017 tarihli kararına göre; "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."¹¹¹

Anayasa Mahkemesi'nin 22.05.2019 tarihli kararında ise örgüt üyeliğine ilişkin şu tespitlerde bulunulmuştur: "Bir kişinin terör örgütü üyeliği suçundan cezalandırılması için örgüt faaliyeti çerçevesindeki eylemleri süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermelidir. O hâlde her biri örgüt üyeliğine ilişkin bir parçayı açıklayan ve delil olarak kabul edilen faaliyetlerin birleştirilerek olayın bütününe anlaşılması sağlanmalıdır. Kişilerin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olduğunu gösteren delillerin birlikte incelenmesi sonucunda delillerin sağlamlığı sınanmalı; her biri her terör örgütünün amacı, niteliği, bilinirliği, kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kişilerin delil olarak kabul edilen faaliyetleri birbiriyle sınanmalı ve sağlamları yapılarak birbirlerini tamamlayıp tamamlamadığı ve tutarsızlık içerip içermediği tespit edilmelidir."¹¹²

Sonuç olarak silahlı terör örgütü üyeliği suçundan yapılan yargılamalarda; süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterleri ile ortaya konulan eylemlerin, hiyerarşik yapı içerisinde hareket etme unsurunu gerçekleştirdiğinin şüpheden uzak deliller ile ortaya konulması gereklidir. Ancak bu sayede bireyleri terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı koruma konusundaki devletin pozitif yükümlülüğü yerine getirilirken, temel hakların kullanılması üzerinde ortaya çıkması muhtemel caydırıcı etki en aza indirilebilir.¹¹³

Eğer sanığa atfedilen eylemler çeşitlilik ve yoğunluk arz etmiyor ve sanığın örgütle olan organik bağı ispat edilemiyorsa bu durumda; eylemlerin örgüt üyeliğinden

¹¹⁰ Ancak Yargıtay son içtihatlarında eylemler sürekli, çeşitlilik ve yoğunluk içermese de bu hususta bir istisna öngörmüştür: "Ancak niteliği, işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibarıyla süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özelliği olmasa da ancak örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olduğunun kabulü gerekir." Yargıtay 16. CD, Esas No:2017/2498, Karar No: 2018/2388, Tarih: 10.07.2018.

¹¹¹ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2016/7162, Karar No: 2017/4786, Tarih: 18.07.2017.

¹¹² Anayasa Mahkemesi, 22.05.2019 Tarih ve 2014/15440 sayılı Metin Birdal Başvurusu, RG, 12.07.2019, Sayı 30829, §72.

¹¹³ Eren, s. 116.

değil, "*silahlı örgüte yardım ve yataklık yapmak*" veya "*silahlı örgüt adına suç işlemek*" suçları açısından değerlendirilmesi gerekir. Sanığın suç teşkil eden herhangi bir fiili yoksa ve organik olarak örgüt hiyerarşisi içerisinde de bulunmadığı anlaşılıyorsa bu durumda beraat ettirilmesi gerekir.

II. Suçun Manevi Unsuru

1. Doğrudan Kast

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kast unsuru, TCK'nın 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: *"Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Ceza hukukunda suçlar kural olarak, ancak kasten işlenebilir. Taksirle işlenebilecek suçlar kanunda gösterilmiştir. Bu kapsamda silahlı terör örgütüne üye olma suçu sadece kasten işlenebilir. Suçun kasten işlenmesi demek, örgüte üye olan kişinin, bu örgütün suç işleme amacına yönelik olarak bir faaliyet icra ettiğini bilmesi ve sonucunu istemesi anlamına gelecektir. Bu kast tipi de doğrudan kasttır."*¹¹⁴ Kanundaki tanımlamadan anlaşıldığı üzere, bu manevi unsur türünün iki temel unsuru bulunmaktadır: *Bilme* ve *isteme*. Doktrinde de doğrudan kast incelenirken, bu kavramın hep bu iki unsur üzerinden ele alındığı görülmektedir. Bu bağlamda bir fiilin kasten işlendiğinin kabul edilebilmesi için fiilin hem bilinmesi hem de istenmesi zorunludur. Bu iki unsurdan birisinin eksik olduğu hallerde ise doğrudan kastın (1. derece dolus directus) varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

Bazı suç tanımlarında suçun unsurlarına ilişkin kastın yanı sıra failin belli bir amaç doğrultusunda veya belli bir saikle hareket etmesi bir manevi unsur olarak aranmaktadır. Amaç ve saik bazı suçlar açısından suçun temel şekline ilişkin bir unsur teşkil etmektedir.¹¹⁵ Yargıtay müstekar kararlarında; suçun manevi unsurunun doğrudan kast olduğunu ifade ederken, bir aşama daha ileriye giderek örgüt üyeliği suçunun işlenmesi için genel kastın değil suç işlemek amacı güden özel kastın varlığını aramıştır. Yargıtay'ın içtihatlarında *"örgüt üyesinin örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, onun bir parçası olmayı istemesi, katılma iradesinin devamlı olması gerektiği, hatta örgüt üyesi olan kimsenin bir örgüte girerken örgütün kanunun suç saydığı fiilleri işlemek için kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olma kastı ve iradesiyle hareket etmesi, bundan da öte suç işleme amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak için de failde saikin "suç işleme amacı" olmasının aranması gerektiği"* ifade edilmiştir.¹¹⁶

¹¹⁴ Özgenç, *Suç Örgütü*, s. 25.

¹¹⁵ İzzet Özgenç, *Genel Hükümler*, 15. B, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019, s. 310, 311.

¹¹⁶ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2017/1809, Karar No: 2017/5155, Tarih: 26.10.2017, *"Suçun manevi unsuru, doğrudan kast ve "suç işlemek amacı/saiki"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 kanunun 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 olduğunun bilincinde olması aranır" Yargıtay 16. CD, Esas No: 2016/7162, Karar No: 2017/4786, Tarih: 18.07.2017.*

Kişinin eylemleri başka bir somut suça vücut vermiyor ise örgüt üyeliği suçunun oluşması için her şeyden evvel kişinin bu eylemleri silahlı terör örgütüne üye olma saiki ile yapıyor olduğunun tespit edilmesi gerekir.¹¹⁷ Silahlı terör örgütü üyeliği suçunda kişinin bu örgütün tüm maddi unsurlarından haberdar olması, örgütün bu niteliğini ve amaçlarını bilerek örgüte dâhil olması gerekmektedir. Yani kişi dâhil olduğu örgütün TMK'nın 1. maddesindeki amaçları gerçekleştirmek istediğini, TCK'nın 314. maddesinde sayılan suçları amaç suç olarak işlemek için kurulduğunu ve örgütün silahlı bir örgüt olduğunu bilmeli ve isteyerek örgütün bu hiyerarşik yapısına dâhil olmalıdır.¹¹⁸

Kişi birtakım fiiller gerçekleştirmekle birlikte (sohbete katılmak, maddi ya da manevi katkıda bulunmak vs.) bu fiilleri bir örgüt adına veya örgütün hedeflerine katkıda bulunmak niyetiyle yaptığının bilincinde ve isteminde değilse veyahut bu fiilleri yasadışı bir amaç uğruna yerine getirdiği bilincine sahip değilse, başka bir ifadeyle kişi birtakım görevleri silahlı terör örgütünün varlığından habersiz ve bilinçsiz olarak yerine getiriyorsa, bu durumda manevi unsur gerçekleşmeyeceği için kişinin silahlı terör örgütü üyeliğinden bahsedilemez.

Kişi, örgütün belli amaçlarını silahlı olarak gerçekleştirme gayesini bilerek ve isteyerek örgüte girme iradesi ortaya koymalıdır. Örgüt üyeliği suçunda failin gerekli dikkat ve özeni gösterdiği durumlarda suçun maddi unsurlarında hataya düşmeyeceği şeklinde bir sonuca ulaşılamaz, örgüt üyeliği suçu olası kast (*dolus eventualis*) ile de işlenemez.¹¹⁹ Ancak uygulamada yerel mahkemelerde suçun manevi unsuru değerlendirilirken "örgütün amacını bilmesi beklenen", "bildiği varsayılan" şeklinde ifadeler kullanılmaktadır. Örneğin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi bir kararında öğretmen olan bir sanığın "*Eğitim düzeyi, yaptığı görev nedeniyle edindiği bilgi, tecrübe ve konumu itibarıyla örgütün nihai amacını, Devlet kurumlarında ve silahlı kuvvetlerdeki yapılanmasını ve burada devletin her türden silahını elinde bulunduran örgüt mensuplarının gerektiğinde bu gücü örgütün amacı doğrultusunda kullanacaklarını bilmesinin beklediğinden bahisle*" diyerek FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olduğuna hükmetmiştir.¹²⁰ Oysa Yargıtay müstekar

¹¹⁷ Örgütün varlığı için suç işlemek amacının açık bir şekilde ortaya konulmuş olması gerekmektedir. Bu itibarla örneğin ticari bir faaliyet için bir araya gelmiş olan kişilerin aralarındaki işbirliği çerçevesinde bazı suçların işlenebileceğini öngörmüş olmaları suç işlemek için örgüt kurma suçunun manevi unsuru olan amaç unsurunun varlığı için yeterli bulunmamaktadır. Ayrıntılı Bilgi için Bkz. Özgenç, *Suç Örgütleri*, s. 23. Suç örgütünün varlığı için amaçlanan suçların işlenmesi şart değildir. Amaç suçların icra hareketlerine başlanmamış olsa dahi suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu tamamlanmıştır. Ayrıntılı Bilgi için Bkz. Çetin Özek, "Organize Suç", *Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, 1998, s. 197.

¹¹⁸ "Terör örgütüne üye olma suçundan her türlü şüpheden uzak bir şekilde mahkûm edilebilmesi için -eylemlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu dikkate alındığında kişinin örgütün hiyerarşik yapısına bilerek ve isteyerek dâhil olduğunun yeterli bir gerekçe ile ispat edilmesi şarttır." Anayasa Mahkemesi, 22.05.2019 Tarih ve 2014/15440 sayılı Metin Birdal Başvurusu, RG, 12.07.2019, Sayı 30829, §67.

¹¹⁹ Şen-Eryıldız, s. 116.

¹²⁰ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, Esas: 2017/359, Karar: 2018/432, Tarih: 11.07.2018.

kararlarında suçun ancak doğrudan kast ile işlenebileceğini, sanığın amacının da suç işlemek olduğunu belirtmiştir. Bu özel kastın da herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde dosyadaki kanıtlarla hukuken belirlenmesi gerekir.¹²¹ Söz konusu karardaki gibi bir varsayımaya dayanılarak sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması isabetsizdir. Nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında varsayımlara dayanılarak ceza yargılamasında sonuca ulaşamayacağı şu şekilde ifade edilmiştir;

*"Ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütünü veya parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bir bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkartılmalıdır, yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır."*¹²²

*"Latince "in dubio pro reo" olarak ifade edilen ve masumiyet (suçsuzluk) karinesinin bir uzantısı olan "şüpheden sanık yararlanır ilkesi" ceza yargılaması hukukunun evrensel nitelikteki önemli ilkelerinden biridir. Sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Şüpheli ve aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak hüküm tesis edilemez. Ceza mahkumiyeti bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, teorikte olsa hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermektir."*¹²³

*"Ceza hukukunun genel prensiplerinden olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca bir suçtan cezalandırılmanın temel koşulunu, suçun kuşkuya yer verilemeyeceği şekilde ispat edilmesine bağlı olduğunu, kuşkulu ve tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddiaların sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı, yine ceza mahkumiyetinin yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek oluşan olası kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanması ve bu ispatın hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olması gerektiği, yüksek de olsa bir olasılığa dayalı olarak sanığın cezalandırılmasının ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan varsayımaya dayalı olarak hüküm vermek anlamına geleceği, bu durumda ceza yargılamasında mahkumiyetin büyük veya küçük olasılığa değil her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmasının şart olduğu, adli hataların önüne geçebilmenin de başka bir yolu bulunmamaktadır."*¹²⁴

¹²¹ Bodur-Özkul, s. 91.

¹²² YCGK, Esas: 1993/6-79, Karar: 1993/108, Tarih: 19.04.1993.

¹²³ YCGK, Esas No: 2009/1-251, Karar No: 2010/25, Tarih: 16.02.2010.

¹²⁴ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/602, Karar No: 2019/4230, Tarih: 17.06.2019.

A. Örgütün Silahlı Terör Örgütüne Evrilmesinde Manevi Unsur

Meşru olduğu düşüncesi ile dahil olunan örgütlenmenin, kişinin bilgisi dışında sonradan bir suç örgütü olduğunun ortaya çıkması halinde kural olarak kişinin örgüt üyeliği kastından bahsedilemez.¹²⁵ Suç örgütünün varlığı ve kuruluş amacı, örgütün mensupları tarafından bilinip benimsenmelidir. Bu bilgi ve kabul, kasten işlenebilen bir suç türü olan suç örgütüne üye olma suçunun manevi unsurunu oluşturur. Bilme ve isteme iradesi olmaksızın, kişinin suç örgütü üyesi olduğunun iddia edilebilmesi mümkün değildir. Ancak meşru bir örgüt olduğu düşüncesi ile dahil olduğu örgütün, sonradan suç işleme amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu öğrenmesine rağmen, örgüt hiyerarşisi içerisinde yer almaya devam ederek örgütün amaçları doğrultusunda faaliyet gösterdiğini bilen kişinin artık örgüt üyesi olarak kabulü gerekir.¹²⁶

YCGK'ya göre; "Önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından varlığı bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri; kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından sorumlu olacaklardır."¹²⁷ Buna göre kişilerin örgütle bağlantılı fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için ilk olarak örgütün hangi andan itibaren suç örgütüne dönüştüğü konusunun aydınlatılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Mevzuata göre bir silahlı örgüt için kanundaki diğer unsurların yanında silah unsurunun elverişliliği karşıladığı andan, terör örgütü için ise cebir ve şiddetin kullanıldığı andan itibaren bu nitelik kazanılacaktır. Ancak bu tarih belirlendikten sonra örgüt üyelerinin; örgütün terör örgütüne dönüştüğü hususunu bildiği ve bu hali ile de benimsediği, hiyerarşik yapısında kalmaya devam ettiği her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı deliller ile de ispatlanırsa sorumluluğuna gidilecektir.

Yargıtay 16. CD'nin 24.04.2017 tarihli kararı, YCGK'nın 26.09.2017 tarihli kararı ile onanarak kesinleşmiş ve emsal kabul edilen bu kararlar FETÖ/PDY'nin varlığı kesin olarak tespit edilmiştir.¹²⁸ Ancak bu tarihten evvel de bir kişinin örgüt üyeliğinden sorumlu tutulması için söz konusu örgüt hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararının bulunmasının gerekli olmadığı açıktır. Nitekim Yargıtay 16. CD'nin 18.07.2017 tarihli

¹²⁵ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2.B., C.5, Ankara: Adalet, 2014, s. 6654.

¹²⁶ Şen-Eryıldız, s. 115.

¹²⁷ "...suç tarihi itibarıyla FETÖ/PDY'nin silahlı terör örgütü olduğuna ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararının bulunmaması, neticeyi bilerek ve isteyerek tipik hareketi gerçekleştiren sanıkların kanuni yönden sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmeyeceği..." YCGK, Esas No: 2017/1800, Karar No: 2017/4837, Tarih: 19.07.2017.

¹²⁸ YCGK, Esas: 2017/16.MD-956, Karar: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

kararında bu duruma şu şekilde işaret etmektedir: "... suç tarihi itibariyle bir örgüt kararının verilmemiş olması, açıklanan ilkeler doğrultusunda, neticeyi bilerek ve isteyerek tipik hareketi gerçekleştiren sanıkların, yasal yönden sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmeyecektir."¹²⁹ Yargıtay'ın bu kararında geçen bu tespit isabetlidir. Elbette henüz hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmayan örgüte üyelik suçundan, neticeyi bilerek ve isteyerek tipik hareketi gerçekleştiren kişiler sorumlu olacaktır. Ancak bu şartlarda mahkeme, örgütün silahlı bir terör örgütü olduğunu bir ön sorun olarak değerlendirecek ve mevzuata göre bir karara varacak, daha sonra ise kişinin örgütün bu niteliğinden haberdar olduğunu şüpheden uzak bir şekilde ispat edecek, bu ispat bazı tarihleri milat kabul edip varsayım ve yakıştırmalara dayanılarak değer, şüpheye yer vermeyecek şekilde somut olgu ve olaylarla kararda gösterilecek, bu tespitten sonra da kişinin örgüte somut maddi ya da manevi katkı sağlamak amacı ile gerçekleştirdiği eylemleri, örgüt üyeliği kapsamında değerlendirecektir.

Hakkında terör örgütü olduğu mahkeme kararı ile kesinleştirilmemiş bir örgütle irtibatlı olan kişilerin, örgütle ilişkilendirilen davranışlarını hangi saik ile gerçekleştirdiği hususunun net olarak belirlenmesi gerekir. Kişi eylemlerini, örgütün yasal olduğu bilinci ve aidiyet hissi ile mi yoksa söz konusu örgütün suç veya terör örgütü olduğu bilinci ile mi gerçekleştiriyor? Kişilerin örgütün silahlı bir terör örgütü olduğunu bildiğinin ve örgütün bu amacını benimsediğinin tespiti yapılırken yerel mahkemelerin hassas davranması ve bu durumun varsayımlar ile değer şüpheden arınmış kesin kanaat ile tespit edilmesi gereklidir. Örneğin daha evvel terör örgütü olduğu defalarca yargı kararları ile kesinleşen PKK veya DHKP-C gibi bir örgütle irtibatlı olan kişilerin, bu örgütlerin niteliğinden bihaber olması hayatın olağan akışına aykırı olarak değerlendirilebilir. Ancak toplumda daha evvel dini ya da ahlaki bir yapı olarak kendini kabul ettiren bir örgütle bağlantı kuran kişilerin örgütün söz konusu niteliğinden habersiz olması kabul edilebilir bir olgudur. Anayasa Mahkemesi bir kararında her bir terör örgütünün amacı, niteliği, "*bilinirliği*", kullandığı şiddetin türü ve yoğunluğu ile somut olayın ilgili diğer koşullarının dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹³⁰

Nitekim bugün PKK'ya maddi veya manevi yardımda bulunan, bu örgüte ait eğitim faaliyetlerine katılmış olan, bu örgüt bünyesindeki hiyerarşik yapıya emir ve talimat alma hususunda teslim olmuş olan kişinin genel olarak terör örgütü üyeliği suçundan dolayı sorumlu tutulması sorun teşkil etmemektedir.¹³¹ Keza söz konusu

¹²⁹ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2016/7162, Karar No: 2017/4786, Tarih: 18.07.2017.

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, 22.05.2019 Tarih ve 2014/15440 sayılı Metin Birdal Başvurusu, RG, 12.07.2019, Sayı 30829.

¹³¹ Özgenç, *Suç Örgütü*, s. 119.

örgüt şiddet içeren çok sayıda suça karışmış, yargı kararları ile birden çok kez terör örgütü olarak kabul edilmiştir. FETÖ/PDY'nin ise açıkça şiddete başvurduğu 15 Temmuz 2016 tarihinden önce silahlı bir terör örgütü olduğunun bilinebilir bir durum olup olmadığının değerlendirilmesi ve kişilerin örgütle ilgili faaliyetlerinin buna göre nitelendirilmesi gerekir. Aynı minvalde Anayasa Mahkemesi 20.06.2017 tarihli kararında sui generis bir yapıya sahip olan FETÖ/PDY hakkında şu ifadeleri kullanmıştır;

*"FETÖ/PDY, kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunmuş; bu faaliyetler dolayısıyla sahip olduğu dershaneler, okullar, üniversiteler, dernekler, vakıflar, sendikalar, meslek odaları, iktisadi kuruluşlar, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, televizyon ve radyo kanalları, internet siteleri, hastaneler aracılığıyla sivil alanda önemli bir etkinliğe ulaşmıştır. Bu faaliyetlerin yanında bazen bu yasal kuruluşların içinde gizlenmiş olan, bazen de yasal yapıdan tamamen farklı şekilde konumlanan ve hareket eden, özellikle de kamusal alana yönelik faaliyetlerde bulunan illegal bir yapılanma söz konusudur."*¹³²

Sonuç olarak FETÖ/PDY'nin her alanda etkin ve kendini yasal bir perdenin arkasında kamufle etmeyi başarabilen bir örgüt olduğu açıktır. Öte yandan şayet suçun maddi unsurları tamamlanmış ise kişilerin örgüt ile bağlantılı fiillerini değerlendirirken manevi unsur olan kastın öncelikle değerlendirilmesi gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Bu değerlendirme gereğince, kişinin bir suç kastı olup olmadığı; bir suç kastı varsa da eylemin silahlı terör örgütü üyeliği ya da TCK 220. maddede düzenlenen suç örgütü üyeliği kapsamında kalıp kalmadığı belirlenmeli ve sonuca bu şekilde varılmalıdır. Bu çerçevede suç kastı yoksa suç ve suçlu da yoktur. Keza suçun maddi unsurların olduğu dönemde FETÖ'nün silahlı terör örgütü niteliğini bilmeyen ve bu kapsamda da silahlı terör örgütüne üye olma kastı olmayan bir kişi de bu suç kapsamında değerlendirilemeyecek, çıkar amaçlı bir suç örgütünün amacına hizmet etme bilinci ve kastı ile örgüte maddi ya da manevi katkı sağlıyor ise bu eylemleri TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç örgütü üyeliği bakımından ele alınacaktır.

¹³² Anayasa Mahkemesi, 20.06.2017 Tarih ve 2016/22169 sayılı Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, RG, 03.06.2017, Sayı 30110, § 26.

B. FETÖ/PDY Yargılamalarında TCK'nın 30. Maddesinin Değerlendirilmesi (Hata Hükümü)

a. TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrası anlamında hata hükümü

Terör örgütüne üye olma suçunda maddi unsurlardan birisi ortada bir terör örgütünün bulunmasıdır. Terör örgütünün varlığı henüz mahkeme kararı ile kesinleştirilmemiş ise söz konusu suçtan yargılanan her kişinin durumu ayrı ayrı ele alınarak örgütün varlığı tespit edilir. Yargıtay'a göre bu tespit sonucunda varlığı ortaya konulan yapının terör örgütü olduğunu bilmediğini iddia eden kişilerin bu durumları TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilir. YCGK'nın 26.09.2017 tarihli kararına göre; *"Bir suç örgütü, baştan itibaren suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Bu kapsamda önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından varlığı bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri; kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından sorumlu olacaklardır.*

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'nın 30. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hata hükümü uyarınca değerlendirme yapmak gerekecektir."¹³³

Benzer şekilde Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24.04.2017 tarihli kararına göre de; *"Suçun manevi unsuru: Kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun oluşumu için doğrudan kastın varlığı gerekmektedir. Bu suç olası kast ile işlenemez. Suç örgütünün varlığı için suç işlemek amacının açık bir şekilde ortaya konulmuş olması gerekir. Bir oluşumun çekirdeğini oluşturan kişiler suç işlemek amacıyla hareket etmekle birlikte, oluşumun içinde yer alan fakat bu amaçtan habersiz olan kişiler, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte üye olmaktan veya bu örgütü yönetmekten sorumlu tutulamazlar. (Özgenç, a.g.e., s. 21, 22) Bu haldeki sorumluluk 'hata' ilkesine göre çözüme kavuşturulmalıdır."¹³⁴*

TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrasında, suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde; *"Kast, suçun kanuni*

¹³³ YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

¹³⁴ Yargıtay, 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumunun ise maddi unsurlarda hata olarak adlandırılacağı” belirtilmiştir. Bu nedenle hata halinde, kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir. Düzenlemeye göre failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil suç teşkil etmeyecekti.

Doktrinde TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bu yanılma türü, *unsur yanılması* olarak adlandırılmaktadır. Unsur yanılmasının söz konusu olduğu hallerde fiilin taksirli hali kanunda suç olarak tarif edilmiş ise kişinin bu nedenle cezai sorumluluğu cihetine gidilmektedir. Kasıtlı suçlarda unsorda yanılma ya o fiili bütünü ile suç olmaktan çıkarır ya da gerçekte meydana gelenden başka bir suçun ortaya çıkmasına neden olur. Kısacası TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrasında kabul edilen görüşte,¹³⁵ suç ancak kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç ise yanılma, kastı tamamen ortadan kaldıracığından kişinin cezalandırılması yoluna gidilemez.¹³⁶

Suçun maddi unsurlarından birisinde duyulan şüphe, olası kastı veya bilinçli taksiri gündeme getirir. Eğer suç, örgüt üyeliği suçunda olduğu gibi yalnızca doğrudan kastla işlenebiliyorsa, kişinin, *“gerekli dikkat ve özeni gösterdiği durumda suçun maddi unsurlarında hataya düşmeyeceği”* şeklinde bir sonuca ulaşamaz.¹³⁷ Örgüt üyeliği suçunun olası kastla ve taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, kişinin kasten hareket ettiği sonucuna ulaşmak için, suçun maddi unsurunu bilmesi zorunludur.

b. TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrası anlamında hata hükmü

TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında *“haksızlık yanılığı”* düzenlenmiştir. Eğer kişi, işlediği fiilin maddi hukuka aykırılık arz ettiğini bilmiyor ise bu durumda haksızlık yanılığı söz konusu olacaktır. Bu halde kişinin kastı varlığını devam ettirir. Haksızlık yanılığının kasta etkisi yoktur, kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde rol oynamaktadır.¹³⁸ Bu tür yanılığında, kişinin haksızlığın maddi unsurlarına ilişkin bilgisi tamdır ve yanılığın kast ile doğrudan bir ilgisi

¹³⁵ “TCK'nın 30. Maddesinin redaksiyonunda özellikle Alman ceza hukuku doktrininde hataya ilişkin olarak yapılan tespitler ve varılan sonuçlar esas alınmıştır.” (Özgenç, Genel Hükümler, s.488), Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 4. fıkrasında yer alan haksızlık yanılığısına ilişkin hükmün dayanağını kast ve haksızlık bilinci ayrımını esas alan “kusur teorisi” oluşturmaktadır. Alman Öğretisi'nde bu konu, “kusursuz suç ve ceza olmaz” şeklinde ifade edilen ve hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olan kusur ilkesi çerçevesinde açıklanmış ve bu ilke, Türk Ceza Kanunu'nda yapılan düzenlemeye de ışık tutmuştur.” Sesim SOYER GÜLEÇ, Türk Ceza Kanunu'nda Haksızlık Yanılığı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 86.

¹³⁶ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tâbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, 14.B, İstanbul: Der Yayınları, 2019, s. 553, 554.

¹³⁷ Ersan Şen, “Esaslı Hata ve Kaçınılmaz Hata”, www.hukukihaber.com.tr, 07.05.2019 tarihli köşe yazısı, <https://www.hukukihaber.net/esasli-hata-ve-kacinilmaz-hata-makale,6699.html>, Erişim Tarihi: 11.08.2021.

¹³⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 486.

bulunmamaktadır.¹³⁹ Kişinin işlediği fiil normalde hukuk normları ile çatışır ancak kişi fiilinin hukuka aykırı olmadığı, yani meşru olduğu bilinci ile hareket eder.¹⁴⁰ Kişi işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyor ise o zaman bu yanılının kaçınılabilir olup olmadığına bakılması gerekir. Bu durumda hatanın kaçınılabilirlik derecesine göre kusurun derecelendirilmesinden bahsedilebilir.¹⁴¹

YCGK FETÖ/PDY ile ilgili aynı kararında; *"Ancak önce dinî bir kült, ardından da terör örgütü hâline dönüşen FETÖ/PDY'nin, başlangıçta bir ahlâk ve eğitim hareketi olarak ortaya çıkması ve genellikle böyle algılanması, örgütün gayri meşru amaçlarını gizleyip alenen kriminalize olmamaya çalışması ve örgütün kurucusu ve yöneticisi Fethullah Gülen hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararının onanarak kesinleşmesi karşısında, özellikle örgütün sözde meşruiyet vitrini olarak kullanılan diğer katlardaki örgüt mensupları tarafından bilinip bilinmediğinin olaysal olarak TCK'nun 30. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir."* tespitinde bulunmuştur. Ayrıca kararda kişinin (FETÖ/PDY soruşturmalarında) örgütün, silahlı bir terör örgütü olduğunu bilmediğine ilişkin savunmasının 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden önce yaşanan birtakım olaylarla birlikte değerlendirilip sonuca göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁴²

YCGK örgütün niteliğini bilmediğini iddia eden kişilerle alakalı, ilk önce TCK'nın 30. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması gerektiğinden bahsetmiş, sonrasında ise TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasındaki kusurluluğu kaldıran hallerden bahsederek, *unsur yanılması ile haksızlık yanılığını karıştırmıştır.* YCGK örgütün terör örgütü olduğunu bilmediğini iddia edenler için, hata hükümlerinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir takım olay ve olgulardan bahsederken aslında *hatanın kaçınılabilir olup olmadığı* değerlendirmesine girmiştir. Oysa suçun

¹³⁹ *"Bu sonuç, klasik suç öğretisindeki gibi kast ve kusurun aynı anlamda kullanılması esasının terk edilip, haksızlık bilinci ile kasti birbirinden ayıran modern kusur öğretisine değer tanınmasından ileri gelmektedir."* Sesim SOYER GÜLEÇ, *Türk Ceza Kanunu'nda Haksızlık Yanılıgı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 87.*

¹⁴⁰ Mahmut Koca, İthan Üzülmec, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.B. Ankara:Seçkin Yayınevi, 2019, s. 366, 367.

¹⁴¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 488.

¹⁴² *"Bu değerlendirme yapılırken ülke çapında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar, FETÖ/PDY silahlı terör örgütüyle ilgili dava dosyalarında yer alan EGM'nin örgüt hakkındaki raporuyla diğer belgeler, mahkemelerce karara bağlanan davalar, bu davalarda dinlenen itirafçı sanıkların savunmaları, tanık beyanları ve benzer pek çok kaynaktan yer aldığı üzere; örgüt mensubu olan kamu görevlileri tarafından örgütün nihai amacının açıkça ortaya konularak, devleti ve hükümeti açıkça hedef alan terör faaliyetlerinin icra edilmesi, bu faaliyetlerin örgüt liderinin açıklamaları ve basın yayın araçlarıyla üstlenilmesi gibi sansasyonel olayların kamuoyunun gündemini uzunca bir süre meşgul edip yoğun bir şekilde tartışılması hususları gözden kaçırılmamalıdır. Bu nitelikli çok sayıda olay arasında, 7 Şubat 2012 tarihli MİT krizi, gayri hukuki iletişimin dinlenmesi kararları aracılığıyla elde edilmiş hukuka aykırı bulgulara dayandığı ve suç unsurlarının da oluşmadığı gerekçeleriyle kovuşturmayla yer olmadığı kararlarına konu olan 17/25 Aralık 2013 tarihli operasyonlar ile 1 Ocak ve 19 Ocak 2014 tarihli MİT tirlarının durdurulması hadiselerini saymak mümkündür. Ayrıca, Milli Güvenlik Kurulunun 30.10.2014 ve daha sonraki tarihlerde gerçekleştirdiği müteaddit toplantılarında alınan ve kamuoyuyla paylaşılan kararlarda; FETÖ/PDY'nin, milli güvenliği tehdit eden ve kamu düzenini bozan, devlet içerisinde legal görünüm altında illegal faaliyetler yürüten, illegal ekonomik boyutu bulunan, diğer terör örgütleriyle işbirliği yapan bir terör örgütü olduğuna dair değerlendirmelerin yapılması ve bu terör örgütüyle devletin tüm kurum ve birimleriyle birlikte etkin bir mücadele edilmesine dair kararların alınması, aynı tespit ve açıklamaların devlet ve hükümet yetkililerince de en üst düzeyde benimsenip kamuoyuyla paylaşılması gibi olguların da göz ardı edilmemesi gerekir."* YCGK, Esas No: 2017/16.MD-956, Karar No: 2017/370, Tarih: 26.09.2017.

maddi unsurlarında hata halinde bu değerlendirmenin yapılması mümkün değildir.¹⁴³ Örgüt üyeliği suçu ancak doğrudan kastla işlenebilir, bu nedenle de kişinin, gerekli dikkat ve özeni gösterdiği durumda suçun maddi unsurlarında hataya düşmeyeceği şeklinde bir sonuca ulaşılamaz.

c. Yanılgının kaçınılmaz olması

TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen haksızlık yanılgısının varlığının kabul edilebilmesi için, yanılgının kaçınılmaz olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmamasının sebebi, kusurunun bulunmamasıdır.¹⁴⁴ Kişi tarafından FETÖ/PDY örgütünün terör örgütü olduğunun bilinmediği iddiası ileri sürüldüğünde YCGK kararına göre bu durum TCK 30. maddenin 1. fıkrası kapsamında değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Ancak kararın devamında yanılgının kaçınılabilirliği ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur. Her ne kadar söz konusu değerlendirmelerin burada uygulama alanı olmasa da YCGK'nın söz konusu tespitleri ile alakalı birtakım hususlara dikkat çekmek lüzumu doğmuştur.

MGK örgütsel yapıyla ilgili ilk kez 30.10.2014 tarihinde "*paralel devlet yapılanması*" ifadesini kullanmış, 26.05.2016 tarihinde ise örgütü "*terör örgütü*" olarak nitelendirmiştir. Ancak YCGK kişilerin söz konusu örgütün, terör örgütü olduğunu bilmediği iddiaları karşısında hata hükümleri değerlendirilirken, MGK'nın örgütle alakalı ilk verdiği 30.10.2014 tarihli kararı esas almıştır. Oysa MGK'nın dahi söz konusu oluşumu terör örgütü olarak nitelendirmesi ancak darbe girişiminden 50 gün öncesine yani 26.05.2016 tarihine tekabül etmektedir. Bundan önceki tüm MGK kararlarında örgüt "*bir paralel devlet yapılanması*" olarak adlandırılmaktadır. Dolayısı ile hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirmesinde 30.10.2014 tarihli karar değil, MGK'nın ilk kez terör örgütü nitelendirmesini yaptığı 26.05.2016 tarihli kararının esas alınarak yapılması gerekir. Ancak altını çizerek belirtmeliyiz ki bu kararda, 26.05.2016 tarihinin esas alınması dahi, Türkiye'de Milli Güvenlik Kurulu Kararları ile yeni bir terör örgütü ihdas edilemeyeceği gerçeğini değiştirmeyecektir. Öyle ki kanun gereği gizliliği söz konusu olan MGK'nın karar içeriklerinin alenileştirilerek bir soruşturmaya, bir soruşturma bağlamında herhangi bir koruma

¹⁴³ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pinar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10.B, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019, s. 422.

¹⁴⁴ Soyer Güleç, s. 80.

tedbirine yönelik karar itirazına dayanak oluşturamaz.¹⁴⁵ MGK'nın dahi örgütü terör örgütü olarak nitelendirmesinin darbe girişimi tarihinden yalnızca 50 gün öncesine tekabül etmesi aslında sıradan bir bireyin 15 Temmuz darbe girişiminden evvel örgütün niteliği konusunda düştüğü hatanın kaçınılmaz olduğunun da etkili bir göstergesidir.

YCGK'nın kararında hata hükümleri değerlendirilirken dikkate alınması gereken bir diğer nokta ise; 15 Temmuz 2016 tarihinden evvel ülke çapında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar, FETÖ/PDY silahlı terör örgütüyle ilgili dava dosyalarında yer alan EGM'nin örgüt hakkındaki raporuyla ilgili diğer belgeler, mahkemelerce karara bağlanan davalar, bu davalarda dinlenen itirafçı sanıkların savunmaları, tanık beyanları ve 07.02.2012 tarihli MİT krizi, 17/25 Aralık 2013 tarihli operasyonlar ile 01.01.2014 ve 19.01.2014 tarihli MİT tırlarının durdurulmasıdır.

YCGK kararında, hata hükümleri değerlendirilirken kişinin bilgi birikiminin, eğitim düzeyinin ve tecrübesinin dikkate alınarak yukarıdaki bahsi geçen olgular ve olaylarla birlikte değerlendirilmesi ve sonuca göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karara göre eğitilmiş ve tecrübeli bir birey, örgüt hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmasa dahi, söz konusu davalarla ilgili bilgi ve belgelerin içeriklerine, medyaya yansıyan haberlerle hakim olmalı, buradan bahsi geçen örgütsel yapının, kanunda tanımlandığı şekli ile silahlı terör örgütü olduğunu anlamalı ve davranışlarını buna göre belirlemelidir. Örneğin kişi, 07.02.2012 tarihinde yaşanan MİT krizini haberlerden takip edip, söz konusu örgütsel yapının silahlı bir terör örgütü olduğunu anlamalıdır.¹⁴⁶ Ya da 17/25 Aralık 2013 tarihli operasyonları medyadan takip eden bir kişi, MGK kararlarından önce dahi ortada silahlı bir terör örgütü olduğunu kavrayıp ona göre hareket etmelidir. Yargıtay'a göre tüm bu olaylara medyadan vakıf olan bir kişinin yanılışı kaçınılmaz bir yanılışı olmayacaktır ve kişi kusurlu sayılacaktır. Oysa hiçbir birey kanunen bir dosyanın içeriğinde yer alan bilgileri öğrenip, ya da siyasilerin yaptıkları açıklamaları benimseyip ona göre davranma yükümlülüğü

¹⁴⁵ "Avrupa Birliği Hukuk Uygulamasında, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Yaptırımlar Komitesi kararları göz önünde bulundurularak, özellikle terörün finansmanının önlenmesi amacıyla ancak yabancılik unsuru taşıyan örgütlenmeler bakımından bunların ve mensuplarının faaliyetleri ile ilgili olarak kısıtlayıcı idari tedbirler alabilmektedirler. (malvarlığını dondurma, ülkeye girişte sınırlandırmalar ve ...) Önemli vurgulamamız gerekir ki Avrupa birliği üyesi devletlerde bu oluşumlar mensuplarıyla ilgili olarak yapılan yargılamalarda mahkemeler münhasıran oluşum adının söz konusu listelerde yer almasına bunun terör örgütü olarak, mensuplarının da terör örgütü üyesi olarak kabulü için dayanak itiraz etmemektedir." Özgenç, Suç Örgütü, s. 84.

¹⁴⁶ Oysa 07.02.2012 tarihli MİT krizinden sonra dönemin Başbakanı tarafından yapılan açıklama şu şekildedir; "Yargı, emniyet, asker ve istihbaratın büyük bir koordinasyon içinde millet adına ve millet için özveriyle vazifelerini yerine getirdiklerini vurgulayarak, herhangi bir kurumu yıpratmanın, kurumlar arasında uyumsuzluk varmış gibi lanse etmenin, kaos hizmet etmenin, ülkeye de millete de hayır getirmeyeceğini söyledi. Münferit hadiseleri abartanların, farklı mecralara sevk etmek isteyenlerin ne ülkeye ne de millete hizmet etmiş olmayacaklarını bilmesi gerektiğini dile getiren Erdoğan, şöyle devam etti: "Tam tersine bunlar Türkiye'nin hasımlarına, düşmanlarına hizmet etmiş, onların değerlerine su taşımış olurlar. Açık söylüyorum, ne devletin kurumları arasında ne de bu milletin evlatları arasında bir çatışma, bir husumet, anlaşmazlık yoktur ve olamaz." <https://www.cnnturk.com/2012/turkiye/02/19/secilmisleri.atanmislara.kul.etmeyiz/649800.0/index.html>. Erişim Tarihi: 07.08.2021.

altında bulunmamaktadır.¹⁴⁷ Öyle ki söz konusu olayların hiçbirinde gerek mevzuatta düzenlendiği şekliyle gerekse toplumdaki terör örgütü algısı ile bağdaşan, silahlı terör örgütlerinde bulunması gereken *silah* ile *cebir ve şiddet kullanmak* unsuru mevcut değildir. Sonuç olarak, FETÖ/PDY yargılamaları kapsamında TCK 30. maddenin 4. fıkrasının uygulama alanı kabul edilse dahi YCGK'nın emsal kararında belirttiği olgu ve olayların hiçbirini yanılığın kaçınılmaz kılacak nitelikte değildir.

Devletin Milli Güvenlik Kurulu'nun dahi söz konusu oluşumu terör örgütü olarak nitelendirmesi ancak darbe girişiminden 50 gün öncesine yani 26.05.2016 tarihine tekabül ederken, sıradan vatandaşlara böyle bir sorumluluk yüklenmesinin pozitif hukukta yeri bulunmamaktadır.

¹⁴⁷ Yakın zaman da ülkemizde yaşanan ve kamuoyunu uzunca bir süre meşgul eden "Ergenekon" davasında yaşananlar toplumca ders alınması gereken ve medyanın ya da hükümet yetkililerinin toplumu ne kadar yanlış yönlendirebileceğine ilişkin çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır. Öyle ki 14.07.2008'de başlatılan soruşturmalarda Ergenekon, "terör örgütü" olarak tarif edilmiş ve "üyeleri ve yöneticileri" darbe teşebbüsüyle suçlanmıştır. İddianamede: "Ergenekon terör örgütü en başta, 'derin devlet' ifadesi ile anılan, ülkemizde birçok kanlı eylemler gerçekleştiren, gerçekleştirdiği bu eylemlerle ciddi kriz, kargaşa, anarşi, terör ve güvensizlik ortamı oluşmasını amaçlayan ve bunu kısmen de olsa başararak ülkemizin gelişme ve kalkınmasının önünde engel olan bir örgüttür," ifadeleri kullanılmıştır. O dönemde medyada dayatılan bilgiler Ergenekon'un çok tehlikeli bir terör örgütü olduğu yönündeyken "aynı tespit ve açıklamalar devlet ve hükümet yetkililerince de en üst düzeyde benimsenip kamuoyuyla paylaşılmıştır". Hatta görülen davalar karara bağlanmış Eski Genel Kurmay Başkanı dahil birçok kişi ağırlaştırılmış müebbet cezasına çarptırılmış ve kararların çoğu da kesinleşmiştir. Oysa bugün gelinen aşamada İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesinde yeniden görülen Ergenekon davasında, 10. duruşmanın ardından açıklanan karar da "Ergenekon" davasında tüm sanıklar "silahlı örgüt kurmak, yönetmek, üyelik, yardım ve yataklık" suçlarından beraat etmiş bulunmaktadır. Görüldüğü üzere bu örnek medyaya yansıyan sansasyonel olayların ve üst düzey devlet yetkililerinin yaptığı açıklamaların kişilerin hareketlerine doğru anlamda yön vermesi açısından sağlıklı olmadığını bir göstergesidir.

Yine başka bir örnekte, 2013 yılındaki Gezi Parkı protestolarıyla ilgili olarak açılan soruşturmada Osman Kavala hakkında protestoları örgütlemek ve finanse etmek iddiaları ile cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs suçu ve diğer suçlardan cezalandırılması talebi ile dava açılmış, bu kapsamda 1 kez ağırlaştırılmış müebbet ve çeşitli suçlardan 3 bin 158 yıla kadar hapis cezası istenilmiştir. Medya organlarında Gezi olaylarının finansörü olarak manşetlere taşınan Osman Kavala hakkında üst düzey devlet yetkilileri de "Gezi olaylarının finansörü olarak da teröristlerin finans kaynağı olan bir kişi. Şu anda içerde. Onun arkasında kim var? Meşhur Macar Yahudisi Soros. Bu adam dünyada milletleri bölmek, parçalamakla adeta birilerini görevlendiren, parası bol ve bu paraları da bu şekilde tüketen birisidir." (<https://www.takvim.com.tr/guncel/2018/11/21/baskan-erdogandan-osman-kavala-aciklamasi>, Erişim Tarihi: 13.09.2021) şeklinde açıklamalarda bulunmuştur. Ancak yapılan yargılamada İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesi 20.02.2020 tarihinde Osman Kavala'nın tüm suçlardan beraatine karar vermiştir.

III. Soruşturma ve Yargılama Makamlarının FETÖ/ PDY Üyeliğine Delil Olarak Kabul Ettikleri Bazı Fiillerin Değerlendirilmesi

"Delilsiz mahkûmiyet olmaz" ilkesinden dolayı ceza muhakemesi sonucunda verilecek hükmün mutlaka delillere dayandırılması gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 217. maddesinde "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." denilerek delil serbestliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin bir sonucu olarak somut, gerçekçi, olayla bağlantılı ve olayı temsil eden her şey hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olması şartıyla delil olabilir. Ancak terör örgütü üyeliği suçu ile ilişkilendirilen ve *suç teşkil etmeyen yasal haklarının kısıtlanmasının*, ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığı önem arz etmektedir. Nitekim terör ve terör örgütü tanımlarında diğer suç ve suç örgütlerinden farklı olarak bulunan birtakım unsurlar, özellikle terör örgütü üyeliği suçu söz konusu olduğunda anılan hakların kullanılmasından ibaret durumların bu suçtan mahkumiyetlerde delil olarak kullanılması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'ne göre, terör denen her türden zor ve şiddet eylemlerinin, silahlı ayaklanma ve hükümet darbesi gibi girişimlerin olağan ve meşru kabul edilmesi asla düşünülemez. Ancak terör suçlarına bağlanan ağır hukuksal yaptırımlar gözetildiğinde kamu makamlarının bu konudaki değerlendirmelerinde son derece özenli olmaları beklenmektedir.¹⁴⁹

Ülkemizde yüzbinlerce soruşturma açılmasının altında yatan asıl neden, soruşturmaların temelinin bir takım anayasal hakların kullanımına ilişkin ve tek başına suç teşkil etmeyen davranışlardan oluşmasıdır. Soruşturma makamları; legal bir finans kurumu olan Bank Asya'ya ve örgütün diğer şirketlerine parasal katkıda bulunmak, örgütle bağlantılı yasal bir sendika veya derneğin yöneticisi ya da üyesi olmak, ByLock mesajlaşma uygulamasını ve bu gibi şifreli mesajlaşma programlarını kullanmak, emniyet veya gizli servis raporları, sosyal medya bağlantıları, bağışları, ziyaret edilen web sitelerinin analizi, örgütün yapılarına ait olan öğrenci yurtlarında kalmış olma veya çocuklarını Fethullah Gülen'le bağlantılı okullara göndermiş olmak, çalıştığı kurumda arkadaşlarından veya komşularından alınan bilgiler, örgüt yayınlarına abonelik, çalıştığı kurumdaki KHK ile işine son verilmesi gibi çeşitli ölçütlerden oluşan bir kombinasyonun değerlendirilmesine göre hareket etmiş ve sayısı yüz binleri bulan kişi ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmıştır.

¹⁴⁸ Eren, s. 13.

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 19.07.2018 Tarih ve 2014/13117 sayılı Yılmaz Çelik Başvurusu, RG, 26.10.2018, Sayı 30577, §57.

Peki darbe girişiminden evvel gerçekleşen bu davranışlar, kişilerin silahlı terör örgütü üyeliği ile ilişkilendirilmesi, kişiler hakkında soruşturma açılması ve hatta yargılanıp cezalandırılması yoluna gidilmesi için delil niteliğine haiz midir?

1. Yasal Bir Bankadaki Hesap Hareketleri

Soruşturma makamları ve yerel mahkemeler; örgütle irtibatlı olduğu kabul edilen, yasal olarak faaliyet gösteren bankaya hesap açmayı ya da belli tarih aralığında para yatırmayı silahlı terör örgütü üyeliği ya da silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme suçu kapsamında delil olarak kabul etmişlerdir.¹⁵⁰ Bu kapsamda bahsi geçen tarihte, söz konusu bankayla müşteri ilişkisine giren sayısız kişi terör örgütüne üyelik ya da yardım suçundan soruşturulmuştur.¹⁵¹ Öyle ki aile fertlerinden başka birisinin söz konusu bankada hesabı olması dahi soruşturmalara konu edilmektedir. Örneğin Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı 09.01.2017 tarih ve 2017/14 sayılı iddianamesinde *"Şüphelinin açığa alınma gerekçesine dayanak istihbari bilgiler, şüphelinin eşi üzerinden Bank Asya ile irtibatlı oluşu bir bütün olarak değerlendirildiğinde"* silahlı terör örgütü üyeliği suçunun oluştuğundan bahisle cezalandırılma talep etmiştir.¹⁵²

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 58 yaşındaki Bayan S.C hakkında bahsi geçen tarihlerde bankaya 4.600,00 TL para yatırdığından bahisle silahlı terör örgütüne

¹⁵⁰ Örneğin; "...saniğin Bank Asya'daki hesabına para yatırdığının sabit olduğu, bu hususun ayrıntılı olarak Bank Asya'ya para yatırma ile ilgili bölümde izah edildiği, tüm bu açıklamalar bağlamında; saniğin eyleminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme suçunun yasal unsurlarını bünyesinde taşıdığı, böylece saniğin üzerine atılı silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme suçunu işlediğinin sabit olduğu" gerekçesiyle saniğin silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) yardım ettiği gerekçesiyle ...cezalandırılmasına karar verilmiş olup..." Gaziantep 10. Ağır Ceza Mahkemesi, Esas No: 2017/259, Karar No: 2017/142, Tarih: 26.12.2017.

"...Sanık A. S.'nin Uşak Üniversitesinde Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığında şube müdürü olarak görev yaparken 667 sayılı KHK ile ihraç edildiği, aynı KHK ile FETÖ/PDY adına faaliyet gösterdiği tespit edildiğinden kapatılan Aktif Eğitim Sendikası ve Uşak Teknik Elemanlar Derneğine üyelik kaydının bulunduğu, Bank Asya'da mevcut 2014-2015 yıllarında TL. Cinsinden para hareketliği görünen hesabının olduğu, çocuklarını örgütle iltisaklı 667 sayılı KHK ile kapatılan G. A.Ş'ye bağlı Ü. Koleji'ne gönderdiği, bu kolejin ödemelerinde indirim uyguladığı için Bank Asya'dan taksitli ödemeye imkan tanıyan kart çıkarıp kredi kullandığına dair anlatımına yansıyan maddi ve sosyal durumuyla uyum arz etmeyecek şekilde ve dolayısıyla örgütsel tavır niteliğinde OHAL'de alınan tedbirler kapsamında kapatılan Kimse Yok mu Derneğine 2013-2014 yıllarında bağlı-yardımda bulunduğu, daha öncesinde (1998- 1999 yılları) örgütle iltisaklı Z. Özel Eğitim Yurt İşletmeleri Ticaret A.Ş'ye bağlı Özel B. Öğrenci yurdunda çalıştığı belirlenmiştir... Birlikte değerlendirildiğinde, değinilen süreklilik, yoğunluk ve çeşitlilik arz eden örgütsel tavır, eylem ve davranışlarının silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturduğu..." Uşak 2. Ağır Ceza Mahkemesi, Esas No: 2017/332, Karar No: 2017/178, Tarih: 20.09.2017.

¹⁵¹ Bu konuda resmi bir rakam açıklanmamıştır ancak basına yansıyan haber içeriklerine göre haber tarihine kadar, Bank Asya da 1 milyon 600 bin hesabın incelendiği, 700 bin kişinin de sorgulandığı belirtilmiştir, Hürriyet.com.tr, Haber tarihi: 21.09.2016, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/700-bin-kisis-orgulaniyor-40228664>, Erişim Tarihi: 10.08.2021.

¹⁵² "Şüphelinin açığa alınma gerekçesine dayanak istihbari bilgiler, FETÖ silahlı terör örgütünün lideri olan Fetullah GÜLEN isimli şahsın sosyal medya üzerinden terör örgütünün himmet ayağını finanse edip para akışını sağlayana Bank Asya'ya sahip çıkılması, bu bankaya para yatırılması, bankadan işlem yapılması talimatı da nazara alındığında, şüphelinin örgüt liderinin talimat verdiği dönemleri kapsayacak şekilde Bankasya ile irtibatlı olduğu, bu bankadan işlemlerini yürüttüğü", **Başka bir şüpheli hakkında** "Şüphelinin açığa alınma gerekçesine dayanak istihbari bilgiler, aramada ele geçen örgüt lideri Fetullah GÜLEN'e ilişkin kitaplar, FETÖ silahlı terör örgütünün lideri olan Fetullah GÜLEN isimli şahsın sosyal medya üzerinden terör örgütünün himmet ayağını finanse edip para akışını sağlayana Bank Asya'ya sahip çıkılması, bu bankaya para yatırılması, bankadan işlem yapılması talimatı da nazara alındığında, şüphelinin örgüt liderinin talimat verdiği dönemleri kapsayacak şekilde Bank asya ile irtibatlı olduğu, bu bankadan işlemlerini yürüttüğü şüphelinin FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün emniyet yapılanması içerisinde örgüt üyesi konumunda aktif şekilde görev yaptığı" Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı 09.01.2017 tarih ve 2017/14 sayılı iddianamesi.

üye olmak suçundan soruşturma başlatmıştır. Yerel mahkeme kararından anlaşıldığı üzere, sanık hakkında örgüt üyeliğine ilişkin başkaca bir delil bulunmamaktadır. Söz konusu soruşturma kapsamında 58 yaşındaki S.C tutuklanarak ceza evine konulmuştur. 20 gün tutuklu kalan S. C. adli kontrol şartıyla serbest bırakılmış ve nihayetinde 13 ay sonra yerel mahkemeye hakkında beraat kararı verilmiştir.¹⁵³

Bazı yerel mahkemeler ise verdikleri kararlarda sanıklar hakkında silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan bahisle mahkûmiyet hükmü kurmaktadır. Örneğin maaşından arta kalan 1.300,00 TL'yi bahsi geçen bankadaki kendi hesabına yatıran, bu sebeple de hakkında dava açılan öğretmen sanık, terör örgütüne yardım kapsamında 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır.¹⁵⁴

Yargıtay içtihatlarında örgütle irtibatlı olarak kabul edilen bankaya para yatırmanın örgütle organik bağ kurmada tek başına yeterli olmadığını ancak bu eylemin FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁵ Yargılamalarda örgüt liderinin 2013 yılı Aralık ayı sonlarına doğru yaptığı çağrıya binaen bankaya para yatırma ve hesap açma işlemlerinin başladığı, söz konusu bu hesapların açılış ve para yatırmanın TMSF'ye devir tarihi olan 29.05.2015 tarihine kadar devam ettiği belirtilmiş, bu tarih aralığında yeni katılım hesabı açan ya da rutin işlemler dışında hesabına yüklü miktarda para yatırılanların fiilleri terör örgütüne yardım kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁵⁶

Anayasa Mahkemesi de Bank Asya konusunda Yargıtay'ın içtihatlarını benimsemiştir.

¹⁵³ Ankara 20.Ağır Ceza Mahkemesi, Esas No: 2019/107, Karar No: 20129/475, Tarih: 26.12.2019.

¹⁵⁴ "...sanığın, silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme suçundan TCK'nın 220/7. maddesi delaletiyle TCK'nın 314/2. TCK'nın 220/7-son cümle, 3713 sayılı Kanunun 5/1. TCK'nın 62/1 maddeleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılması...", Gaziantep 10. Ağır Ceza Mahkemesi, Esas No: 2017/329, Karar No: 2018/8, Tarih: 11.01.2018.

¹⁵⁵ "25.09.2014 ve 13.10.2014 tarihlerinde örgüt liderinin talimatı doğrultusunda anılan örgütle irtibatlı Bank Asya'ya eşi adına para yatıran sanığın faaliyetlerinin, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olarak bulunmadığından, konusu suç oluşturmayan ancak örgüt liderinin talimatı doğrultusunda amaca hizmet eden faaliyetlerin yardım suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yargıtay 16. CD, Esas No: 2017/1862, Karar No: 2017/5796, Tarih: 20.12.2017.

"Devlet okulunda öğretmen olarak görev yapan, ByLock iletişim sistemini kullanmayan ancak 05.09.2014 tarihinde örgüt lideri talimatı doğrultusunda Bank Asya'ya para yatırmak, örgüt liderini öven şiir ve mektupları bulundurmak, örgütle irtibatlı olduğu için kapatılmasına karar verilen sendika üyeliği faaliyetlerinin, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olarak bulunmadığı, konusu suç oluşturmayan ancak örgüt liderinin talimatı doğrultusunda amaca hizmet eden faaliyetlerin yardım suçunu oluşturacağı, gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2017/1864, Karar No: 2017/5865, Tarih:01.11.2017.

¹⁵⁶ "BDDK'nın 29.05.2015 tarihli kararı ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen ve 22 Temmuz 2016 tarihli kararı ile de 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 107. maddesinin son fıkrası gereğince faaliyet izni kaldırılıncaya kadar yasal bankacılık faaliyetlerine devam eden, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile ilişkili Asya Katılım Bankası AŞ de gerçekleştirilen rutin hesap hareketlerinin örgütsel faaliyet ya da örgüte yardım etmek kapsamında değerlendirilemeyeceği gözetilerek, örgüt liderinin talimatı üzerine örgütün amacına hizmet eden ve bankanın yararına yapılan ödeme ve sair işlemlerin, örgüte üye olmak suçu bakımından örgütsel faaliyet, tek başına ise örgüte yardım etmek olarak kabul edilebileceği nazara alındığında; Sanığın Bank Asya hesap hareketlerine ilişkin dökümanın 01.01.2014 tarihinden önceki hareketleri içermemesi dikkate alındığında, sanığın bu tarihten önceki Bank Asya hesap hareketleri dökümünde dosyaya getirilip örgüt liderinin talimatı üzerine katılım hesabı açma ve mevduat artışı gibi rutin dışına çıkan hesap hareketi bulunup bulunmadığı belirlenmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/1603, Karar No: 2018/4170, Tarih: 13.11.2018.

Anayasa Mahkemesi; FETÖ/PDY liderinin veya yöneticilerinin çağruları üzerine Bank Asya'ya para yatırmanın tutuklama için yeterli ölçüde kuvvetli belirti olduğunu ifade etmiştir.¹⁵⁷ Buna karşılık, FETÖ liderinin destek çağrısından önce Bank Asya'da hesap açılması ve bu bankanın rutin bankacılık faaliyetleri kapsamında kullanılması sanık aleyhine delil niteliğinde değildir. Rutin bankacılık faaliyetlerinde Bank Asya'yı kullanan saniğe, Anayasa Mahkemesi'ne göre örgüt üyeliğinden ceza verilemeyeceği gibi örgüte yardım suçundan da ceza verilemez.¹⁵⁸

Söz konusu banka, yasal olarak kurulduğu 1994 tarihinden BDDK'nın 29.05.2015 tarihli kararı ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilip 22.07.2016 tarihli kararı ile de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 107. maddesinin son fıkrası gereğince faaliyet izni kaldırılıncaya kadar yasal bankacılık faaliyetlerine devam etmiştir.

Peki, faaliyetlerine yasal olarak devam eden bir bankaya hesap açtırmak ya da kendi hesabına para yatırmak eylemi silahlı terör örgütüne üye olma suçu için delil niteliğine haiz midir? Özgenç'e göre, ilgili bankadaki hesap hareketleri bağlamında ceza sorumluluğu ile ilgili olarak iki temel husus üzerinde durulmalıdır: İlki, söz konusu bankadaki hesap hareketlerine konu edilen paraların suçtan kaynaklanmış olmasıdır. Yani bu paraların bir suçun işlenmesi suretiyle veya bir suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş para olması gerekir. Oysa söz konusu bankaya para yatıran kişilerin "terör örgütü üyeliği" suçlamasına maruz bırakılmasıyla bağlantılı olarak söz konusu paraların kaynağının meşru olup olmadığı tartışılmamaktadır. İkincisi ise meşru bir yolla elde edilmiş olsa bile, söz konusu bankadaki hesap hareketlerine konu edilen paralarla somut bir suçun finanse edilmesidir. Yani bir suçun işlenmesine katkı sağlamak amacıyla bu para transferlerinin yapılmış olması gerekir ki ceza sorumluluğu yoluna gidilebilsin. Oysa söz konusu bankaya para yatıran kişiler bakımından herhangi bir suç vakiasının finansmanı iddiası mevcut değildir.

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, Metin Evcecen, B. No: 2017/744, 04.04.2018, § 59; Ali Biray Erdoğan, B. No: 2016/16189, 18.04.2018, § 40; Mehmet Fatih Süzer [GK], B. No: 2016/68269, 18.07.2018, § 49; Aziz Mahmut İstegün, B. No: 2017/32195, 06.02.2019, §§ 59, 62; İsmail Şahan, B. No: 2016/54509, 28.11.2019, §§62, 63; Muammer Koçan, B. No: 2016/56282, 26.09.2019, § 81; Resul Darama, B. No: 2018/251, 18.07.2019, § 48; Cengiz Türkmen, B. No: 2016/43843, 03.07.2019, §§ 18, 55.

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, İhsan Yalçın Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/8171, Karar Tarihi:09.01.2020; "(...) Bu bağlamda söz konusu dönemde hesaba yatan kira bedelleri (yaklaşık 600-650 TL) de başvuru tarafından birkaç gün içinde çekilmiştir. Buna göre başvurunun hesap hareketleri incelendiğinde bu para yatırma/çekme eylemlerinin örgütsel bir talimat uyarınca gerçekleştirildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Bir başka ifadeyle başvurunun hesap hareketleri FETÖ/PDY'nin liderinin veya yöneticilerinin Bank Asyaya destek olunması şeklindeki talimatı üzerine bu örgüte bağlantılı kişilerce gerçekleştirilen tasarruflarla uyumlu değildir. Soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından başvurunun söz konusu talimat sonrasında bu talimattan önceki dönemle uyumlu olmayan veya olağan dışı bir hesap hareketliliğinin olduğu ortaya konulamamıştır.

54. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurunun Bank Asyada bulunan hesap hareketlerinin FETÖ/PDY ile örgütsel bir ilişki içinde veya örgüte yardım amacıyla hareket edildiği hususunda kuvvetli bir belirti olarak değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Nitekim Yargıtay da FETÖ/PDY liderinin talimatı doğrultusunda anılan örgüte irtibatlı olan Bank Asya'ya para yatırmanın örgüte yardım suçunu oluşturacağını (bkz. § 28) belirtmiş ancak Bankadaki rutin hesap hareketlerinin ise örgütsel faaliyete ya da örgüte yardım etmek kapsamında değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır (bkz. §§ 30-33).(...)"

Bu nedenle BDDK'nın gözetim ve denetimi altında faaliyet icra eden bir bankada hesap sahibi olmak, bu hesapta para bulundurmak, bu banka üzerinden çeşitli para hareketlerinde bulunmak, bu işlemler başlı başına bir suç oluşturmadığı takdirde, ilgili kişi ceza hukuku sorumluluğu bağlamında hiçbir surette değerlendirmeye tabi tutulamaz, başka herhangi bir suçtan dolayı sorumluluğun dayanağını oluşturmaz.¹⁵⁹ Şen-Eryıldız ise meselenin zorluğunun adı geçen bankaya para yatırmakla ilgili olmadığını, FETÖ/PDY'nin gayrimeşru varlığının anlaşılması ve buna bağlı olarak ilgili bankanın bu illegal yapıya müzahir olduğunun tespiti ile bunun 3. kişiler tarafından fark edilmesi ve öğrenilmesi zamanı ile ilgili olduğunun altını çizmektedir.¹⁶⁰

Esas itibarıyla bankanın yasal olmayan ve kapatılmasını gerektiren durumun ortaya çıktığı tarihte bankacılık faaliyetlerinin durdurulması ve bankaya para yatırılmasının önünün kesilmesi gerekirdi. Öyle ki Yargıtay ilgili dairesi içtihatlarında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre, kesilen idari para cezasında dahi hukuk devletinin gereği olarak idari faaliyetlerinin belirliliği ve önceden bilinebilirliğinin zorunlu olduğuna, hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin idare edilenler tarafından önceden tahmin edilebilir olması gerektiğine işaret etmiş ve şu tespitlerde bulunmuştur:

"Devletin, esasen ve öncelikle bu kuralların ihlalini önleme görevi bulunduğu kabulü gerekir. Başka bir deyişle, hukuk devletinin bir erki olan idarenin görevi, öncelikle bireylerin kuralları ihlal etmesini bekleyip cezalandırma yoluna gitmesi değil, kurallara uygun davranma düzeyini ve alışkanlığını geliştirmek olmalıdır. Bu husus "iyi idare ilkelerinin" de bir gereğidir. Keza idarenin (Yürütmenin) iyi idare ilkeleriyle bağlı olması da hukuk devletinin bir gereğidir."¹⁶¹

Söz konusu idari para cezalarında dahi bilinebilirlik ve öngörülebilirlik hukuk devletinin gereği olarak vurgulanırken, "belli bir tarihin" söz konusu yapı ile illegal vaziyetinin ortaya çıktığından bahisle yargı makamlarının dışındaki makamlarca "milat" olarak nitelendirilerek, yasal bir bankaya para yatırmaktan ibaret olan eylemin cezai yaptırımı çok daha ağır olan silahlı terör örgütüne üyelik ya da yardım kapsamında değerlendirilmesinin kabulünün hukuk devletinin mantığı ile asla bağdaşmayacağı ortadadır.

"Burada sorun bankanın bir bütün olarak pozisyonudur ki esas itibarı ile banka son ana kadar yasal olarak faaliyetlerini sürdürmüştür. Bir tarihi (17/25 Aralık 2013) milat almak sureti ile bankaya çeşitli saiklerle para yatırılmasını terör örgütüne bilerek ve

¹⁵⁹ İzzet Özgenç, <https://twitter.com/izzetoezgencc/status/965438664175177729>, Erişim Tarihi: 09.08.2021.

¹⁶⁰ Şen-Eryıldız, s. 289.

¹⁶¹ Yargıtay 19. CD, Esas No: 2015/10701, Karar No: 2016/326, Tarih: 14.01.2016.

*isteyerek yardım kabul etmek için somut olayın özelliklerine göre temkinli hareket edilmeli ve failin suç işleme kastına bakılmalıdır. Yasal izni ve faaliyeti devam eden bir bankaya muhtelif saikler ile yatırılan paralar milat alınan tarih itibari ile suç konumuna sokulabilir mi? Bir tarihin milat alınarak bankaya yatırılan her paranın veya işlemin suç kapsamında kabul edilmesi suçun maddi ve manevi unsurları açısından isabetli olmayacaktır.*¹⁶²

Suçun oluşabilmesi için maddi ve manevi unsurların tamamlanması gerekliliği karşısında bir kişi söz konusu tarihler arasında örgüt liderinin talimatı ile yasal bir bankada hesap açmış ve para yatırmış olsa dahi bu eyleminde manevi unsurun da tamamlanması gerekir. Yani kişi *silahlı terör örgütü olduğunu bildiği bir örgüte maddi ya da manevi somut bir katkı sağlamak saiki ile bu eylemi gerçekleştirmelidir. Suç yalnızca doğrudan kast ile işlenebildiğinden bunun yerel mahkemelerce varsayıma dayalı olarak değil, şüpheden uzak bir biçimde ispat edilmesi gerekir.*

2. Sendika, Dernek, Vakıf Üyeliği

Uygulamada yerel mahkemelerin örgütle irtibatlı olduğunu değerlendirdiği dernek, vakıf ve sendikalara üyeliklerin silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturan delil olarak değerlendirildiğini,¹⁶³ Yargıtay'ın ise sendika ya da dernek üyeliğinin örgütün hiyerarşisine dahil olduğunu gösteren çeşitlilik, yoğunluk, devamlılık unsurlarını içermediğini ancak silahlı terör örgütüne yardım etme suçunda tamamlayıcı delil olarak kullanıldığını görüyoruz.¹⁶⁴

Her birey barışçıl bir şekilde örgütlenebilir. Bireylere tanınan bu hak gerek iç

¹⁶² Şen-Eryıldız, s. 290, 291.

¹⁶³ Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 02.06.2017 tarih, 2017/32 Esas-2017/104 Karar sayılı kararında örgüte müzahir FETÖ ile iltisaklı "... İşadamları ve Turizmci Derneği" üyesi olmak dışında başkaca örgütsel faaliyeti bulunmayan sanığın örgüt üyesi olduğundan bahisle cezalandırılmasına" ilişkin kararı Yargıtay 16. CD'nin 02.07.2019 tarihi ve 2018/7312 esas, 2019/4638 sayılı kararı ile kaldırılmıştır. Yine Isparta 3. Ağır Ceza Mahkemesince silahlı örgüte üye olmaktan dolayı verilen mahkumiyet karar: " gizli tanık "Kitap" tarafından verilen ifadenin başka delillerle desteklenmediği takdirde hükme esas alınamayacağı cihetle, örgüte müzahir derneğe üye olmak, sosyal medya hesabında takip ve beğenilerde bulunmak, protesto gösterilerine katılmaktan ibaret eylemlerinin, sanığın konum ve kişisel özellikleri de dikkate alındığında sempati ve iltisak boyutunu aşar nitelikte, silahlı terör örgütü üyesi olduğunu ispat etmeye yeterli örgütsel faaliyetler olarak değerlendirilemeyeceği gözetilerek, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde hüküm kurulması..." gerekçeleri ile Yargıtay 16. CD tarafından 09.07.2019 tarihli 2019/2233, esas, 2019/4810 sayılı kararı ile kaldırılmıştır.

¹⁶⁴ "Sanığın eylemlerinin örgüt hiyerarşisine dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olanak bulunmadığı ancak örgüte iltisaklı sendikaya üye olan ve bir dönem sendikanın işyeri temsilciliğini yapan, kendisinden ele geçen dijital materyallerin incelemesinde FETÖ elebaşısıyla ilgili videolar bulunduğu tespit edilen sanığın örgüt liderinin talimatı doğrultusunda örgütle irtibatlı Bank Asya' daki hesabına para yatırması da nazara alındığında eyleminin örgüte yardım etme suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/4678, Karar No: 2019/2059, Tarih: 26.03.2019.

"Mevcut delil durumuna göre Aktif-Sen üyesi olan, 2014 yılı Ağustos-Eylül aylarında örgüt liderinin talimatı doğrultusunda anılan örgütle irtibatlı Bank Asya'da altın hesabı açtıran ve kendisine ait facebook hesabında paylaşımlarda bulunan sanığın faaliyetlerinin, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olanak bulunmadığından, konusu suç oluşturmayan ancak örgüt liderinin talimatı doğrultusunda amaca hizmet eden söz konusu faaliyetlerinin örgüte yardım etme suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin de suç vasfında yanılığa düşülmesi suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/1118, Karar No: 2018/1935, Tarih: 19.06.2018.

hukukumuzda gerekse taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde koruma altına alınmıştır. "Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum içinde bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmekte olup bu özgürlük, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlamaktadır.¹⁶⁵ Örgütlenme özgürlüğünün temeli, hiç kuşkusuz ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü düşünceyi korkmadan, engellenmeden açıklama ve yayma özgürlüğünün yanı sıra bu düşünceler çerçevesinde örgütlenme, kişi toplulukları oluşturma hakkını da kapsamaktadır. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bileşenidir."¹⁶⁶

Anayasa Mahkemesi Ahmet Urhan Başvurusunda verdiği kararda kişinin "yasal olarak kurulan, mensubu olduğu bir örgütün gerçekleştirdiği faaliyetlere katılmış olmasının" terör örgütü üyeliği suçundan mahkûmiyetinde delil olarak kullanılması için aşağıda yazılı şartların gerçekleşmesini aramaktadır;¹⁶⁷

1. Ortada kişinin üye olduğu yasal olarak kurulmuş bir dernek, sendika, vakıf gibi örgütlenme özgürlüğü kapsamında faaliyet gösteren bir kuruluş olacak,
2. Yasal dernek, vakıf ya da sendikanın silahlı terör örgütünün yasal zeminde faaliyet yürüten örgütü olduğu ve doğrudan örgütün amaçları doğrultusunda faaliyet yürüttüğü gerekçede tatminkar bir şekilde anlatılacak, (Sadece polis raporu yeterli olmayacak)
3. Yasal örgüt üyesi kişi tarafından, örgütün terör örgütüne müzahir bir örgüt olduğu bilinecek,
4. Kişinin söz konusu yasal örgütlenme içinde yer alma şeklindeki rolünün onun terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğuna dair bilgileri doğrular ve tamamlar nitelikte olduğu ikna edici biçimde ortaya koyulacak,
5. Ve tüm bu bağlamda mahkeme kişinin yasal eylemlerinin mahkûmiyet hükmünde delil olarak kullanılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterecek.

¹⁶⁵ Örgütlenme özgürlüğü Anayasa'nın 33. maddesinde; "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde "Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir." şeklinde düzenlenerek koruma altına alınmıştır.

¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, 09.10.2019 Tarih ve 2014/13961 sayılı Ahmet Urhan Başvurusu, RG, 08.11.2019, Sayı 30942, Aynı hususta diğer kararlar; Tayfun Cengiz, B.No: 2013/8463, 18.09.2014 §§ 30-32; Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğüç, B.No: 2014/4711, 22.02.2017, § 41, 42; Ahmet Parmaksız [GK], B. No: 2017/29263, 22.05.2019, § 70, 72.

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, 09.10.2019 Tarih ve 2014/13961 sayılı Ahmet Urhan Başvurusu, RG, 08.11.2019, Sayı 30942, § 38, 43, 48, 49, 51.

Anayasa Mahkemesi bu kararında "başvurucunun örgütlenme özgürlüğü kapsamında kalan eylemlerinin terör örgütü üyeliğinin delili olarak kabul edilmesiyle başvurucunun söz konusu hakkına bir müdahalede bulunulduğunun açık olduğunu, bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları¹⁶⁸ yerine getirmedeği müddetçe örgütlenme özgürlüğünü ihlal edeceğini" ifade etmiştir.¹⁶⁹ Görüldüğü üzere karar, örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahale kapsamında değerlendirilmiştir. Gerçekten de devletin bireyleri terör örgütüne karşı koruma pozitif yükümlülüğü karşısında, bir takım anayasal hakların kullanılmasından ibaret eylemlerin terör kapsamında değerlendirilmesi için, daha yüksek meşruluğu bulunan bir amaca hizmet edip etmediği ortaya konulmalıdır.¹⁷⁰

Bu kapsamda, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi'nin aşağıdaki kararı sendika üyeliğini, silahlı terör örgütü üyeliğini doğrulamaya yönelik müspet bir karine kabul ederkenki tespitleri Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadına aykırı hatalı bir kürsü örneği teşkil etmektedir. "...Devlet tarafından söz konusu terör örgütünün 2014 Mayıs ayı itibarıyla MGK tarafından legal görünümlü illegal bir yapı olarak kabul edilmesi karşısında belirtilen bu tarihten sonra ısrarla üyeliğini devam ettirenler, yeni üye olanlar ve darbe tarihine karar kesintisiz üyeliklerini sürdürenler söz konusu sendikanın özellikle yönetiminde yer alanlar ve devamlılık arz etmek suretiyle sendikal faaliyetlere katılanlar ve icra edenler mahkememizce kati bir şekilde terör örgütü üyesi olarak kabul edilmemekle birlikte diğer delillerinde desteklemesi halinde mevcut üyelik durumu mahkememizce suçlamayı doğrulamaya yönelik müspet bir karine olarak kabul edilmiştir."¹⁷¹ Kararda bahsi geçen sendika, yasal olarak kurulmuş ve faaliyetlerini 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra OHAL kapsamında çıkarılan kararname ile kapatılana kadar sürdürmüştür. Söz konusu kararla alakalı şu hususlar göze çarpmaktadır:

1. Kararda Milli Güvenlik Kurulunca örgütsel bir yapının illegal yapı olarak nitelendirilmesi ile silahlı terör örgütü niteliğini kazanması arasındaki ilişki hukuki olarak ortaya konulmamıştır.
2. MGK'nın kararının hukuki anlamda bağlayıcılığının ne olduğu kararda açıklanmamıştır.
3. MGK'nın bu kararı yasal olarak faaliyetini sürdüren sendika hakkında herhangi

¹⁶⁸ Anayasa'nın 13. maddesi: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

¹⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, 09.10.2019 Tarih ve 2014/13961 sayılı Ahmet Urhan Başvurusu, RG, 08.11.2019, Sayı 30942.

¹⁷⁰ Eren, s. 29.

¹⁷¹ Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 2. Ceza Dairesi, Esas No: 2018/59, Karar No: 2018/934, Tarih: 09.07.2018.

yaptırıma sebebiyet verip vermediği bahse konu sendika hakkında idari bir tedbir alınıp alınmadığı hususu açıklığı kavuşturulmamıştır.

4. Sendikanın silahlı terör örgütünün yasal zeminde faaliyet yürüten örgütü olduğu ve doğrudan örgütün amaçları doğrultusunda faaliyet yürüttüğüne ilişkin yeterli gerekçe sunulmamıştır.
5. Kişinin sendikaya üye olma, yönetici olma, sendikal faaliyetlere katılma fiillerinin onun terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğuna dair bilgileri doğrular ve tamamlar nitelikte olduğunu ikna edici biçimde ortaya konulmamıştır.¹⁷²
6. Sendika üyesi kişi tarafından, örgütün terör örgütüne müzahir bir örgüt olduğunun bilindiği yeterli gerekçelerle açıklanmamıştır.
7. Ve tüm bu bağlamda kişinin yasal eylemlerinin mahkûmiyet hükmünde delil olarak kullanılmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığına ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe gösterilmemiştir.

Yasal bir dernek, vakıf ya da sendika üyeliğinin silahlı terör örgütüne üyelik suçunun ispatı olarak kullanılabilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin Ahmet Urhan kararında belirttiği hususların her biri yerel mahkeme kararlarında gerekçelendirilmelidir. Yukarıda hatalı kürsü örneği olarak verdiğimiz tarzdaki kararlar, örgütlenme özgürlüğü üzerinde haksız caydırıcı bir etki oluşturmakta ve Anayasa'nın 33. maddesi ile AIHS 11. maddesi kapsamında hak ihlallerine sebebiyet vermektedir.

Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) isimli, üyeleri hakim ve savcılardan oluşan derneğın yönetiminin 16.03.2011 tarihinden itibaren Fethullah Gülen örgütüne geçtiği iddia edilmiş ve bu dernek 22.07.2016 tarihli 667 sayılı OHAL Kararnamesi'yle kapatılmıştır. İlk derece mahkemelerinde YARSAV üyeliğinin terör örgütü üyeliği için tek başına veya başlıca aleyhe delil yapılması üzerine Yargıtay konu hakkında karar vermiştir. Yargıtay'a göre; doğrudan örgütten alınan talimat üzerine, örgütsel bir faaliyet olarak üye olunduğuna/görev yapıldığına dair somut delil bulunmadıkça YARSAV Derneği üyesi olmak örgütsel faaliyet olarak değerlendirilemez ve terör

¹⁷² "Suçlamaya esas alınan olgular arasında başvurusunun YARSAV üyesi olmasının yer aldığını, anılan Derneğın hâkim ve savcılara yönelik bir sivil toplum örgütü olarak 2006 yılında kurulduğunu olağanüstü hâl döneminde alınan tedbirler kapsamında 667 sayılı KHK'nın 2. maddesi ile YARSAV "FETÖ/DPDY'ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatının belirlendiği" gerekçesiyle kapatılmıştır. Bununla birlikte YARSAV üyeliğinin örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmesi ancak bunun terör örgütünden alınan bir talimat uyarınca gerçekteştiğinin ortaya konulması hâlinde mümkün olabileceğini, aksi durumda farazi bir kabulden hareket edilerek kuvvetli suç belirtisi değerlendirmesi yapılması söz konusu olabileceği..." (Anayasa Mahkemesi, 31.10.2019 Tarih ve 2016/14597 sayılı Mustafa Özerzi Başvurusu, RG, 29.01.2020, Sayı 31023), Aynı doğrultuda Bkz. Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/4907, Karar No: 2019/1777, Tarih: 14.03.2019, Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/3946, Karar No: 2018/4654, Tarih: 28.11.2018.

örgütü üyeliğine mahkumiyetin tek veya başlıca delili olamaz.¹⁷³ YARSAV Derneği yıllık kurulu üyesi olarak kısmen aktif görev yapmak da tek başına örgütsel faaliyet olarak değerlendirilemez.¹⁷⁴

Anayasa Mahkemesi'ne göre; YARSAV üyeliğinin örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmesi ancak bunun terör örgütünden alınan bir talimat uyarınca gerçekleştiğinin ortaya konulması hâlinde mümkündür.¹⁷⁵

3. Örgütün Düzenlediği "Sohbet"e (Toplantıya) Katılmak

Soruşturma ve yargılama makamları uygulamalarında kişilerin özellikle 17/25 Aralık 2013 tarihinden sonra örgütün dini amaçlı yaptığı toplantılara katılması, terör örgütü üyeliğini gösterir delil olarak kabul edilmektedir. Bu tarihten önceki sohbet ve toplantılara katılmak ise tek başına örgüt üyeliğini gösterir bir delil olarak kabul edilmemektedir.¹⁷⁶ Örneğin İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesi, 16.05.2018 tarihli vermiş olduğu bir kararında;¹⁷⁷ etkin pişmanlıktan faydalanmak isteyen bir sanığın beyanlarını esas alarak şüpheli hakkında 17/25 Aralık 2013 sonrasında da örgütün sohbet adı altında düzenlediği toplantılara katıldığından bahisle silahlı terör örgütüne üye olduğunun kabulü ile cezalandırılması yoluna gitmiş, söz konusu karar İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi kararı ile de onanmıştır.¹⁷⁸ Söz konusu kararda sanığın silahlı terör örgütüne üye olduğuna ilişkin dayanak oluşturan tek delil, etkin pişmanlıktan faydalanmak isteyen başka bir sanığın beyanlarıdır.

¹⁷³ Yargıtay 16. CD, E.2018/3946, K.2018/4654, T. 28.11.2018; "(...)Doğrudan örgütten alınan talimat üzerine, örgütsel bir faaliyet olarak üye olduğuna/görev yapıldığına dair somut delil bulunmadıkça Yarsav Derneği üyesi olmanın ve Adalet Akademisinde staj yapılan döneme ilişkin albüm kurulunda yer almanın örgütsel faaliyet olarak kabul edilemeyeceğinin gözlemlenmesi(...)".

¹⁷⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2018/4907, K.2019/1777, T. 14.03.2019; "(...)Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre ve sanığın Yarsav ve yıllık kurulu üyeliğinin örgütsel faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği belirlenerek yapılan incelemede(...)".

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, Mustafa Özterzi Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/14597, Karar Tarihi: 31.10.2019; "(...)105. Diğer taraftan soruşturma mercilerince suçlamaya esas alınan olgular arasında başvuruçunun YARSAV üyesi olmasının yer aldığı görülmektedir. Anılan Derneğin hâkim ve savcılara yönelik bir sivil toplum örgütü olarak 2006 yılında kurulduğu bilinmektedir. Ancak kuruluşundan bir süre sonra FETÖ/PDY ile bağlantılı bazı yargı mensuplarının bu Derneğe üye olduğu FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak yürütülen birçok soruşturma ve kovuşturma belgesinde ifade edilmiştir. Öte yandan darbe teşebbüsünden sonra ilan edilen olağanüstü hâl döneminde alınan tedbirler kapsamında 667 sayılı KHK'nin 2. maddesi ile YARSAV "FETÖ/PDY"ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatının belirlendiği" gerekçesiyle kapatılmıştır. Bununla birlikte YARSAV üyeliğinin örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmesi ancak bunun terör örgütünden alınan bir talimat uyarınca gerçekleştiğinin ortaya konulması hâlinde mümkündür. Aksi durumda farazi bir kabulden hareket edilerek kuvvetli suç belirtisi değerlendirmesi yapılması söz konusu olabilir. Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadı da bu doğrultudadır (bkz. §§ 47, 48). Bu bağlamda somut olay incelendiğinde 2010 yılında YARSAV'a üye olduğu anlaşılan başvuruçucu için bu yönde bir tespit olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir(...)".

¹⁷⁶ Yargıtay, 16. Ceza Dairesi, Esas No: 2018/106, Karar No: 2018/1709, Karar Tarihi: 29.05.2018; "(...)Tanıklar ... ve ...'in sanığın örgütsel faaliyete ilişkin anlatımlarının 17/25 Aralık 2013 tarihi ve öncesine ilişkin olması karşısında; ...yetersiz araştırma yapılarak sanık müdafinin temiz başvuruları yerinde görülmele hükmün bozulmasına..."

¹⁷⁷ İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesi, Esas No:2017/18, Karar No: 2018/92, Tarih: 16.05.2018.

¹⁷⁸ İstanbul 3. Ceza Dairesi, Esas No:2018/1618, Karar No:2019/58, Tarih:17.01.2019.

Bu kararda ilk olarak değerlendirilmesi gereken husus, "itirafçı sanıkların" beyanlarının hükme tek başına esas alınıp alınamayacağıdır. Yargıtay bir kararında "İtirafçı sanık olup tanık sıfatı ile dinlenen, etkin pişmanlıktan yararlanmak için sanık aleyhine beyanda bulunma hususunda hukuki menfaati bulunan.... isimli kişinin anlatımı tek başına hükme esas alınamayacağından"¹⁷⁹ bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Gerçekten de henüz soruşturma ve kovuşturma tehdidi altında bulunan bir sanığın verdiği bilgiler kendini bu tehditte kurtarmaya yönelik olabileceğinden sırf bu delilin hükme esas alınması hukuki olarak nitelendirilemez. AİHM bir kararında "tanıkların dokunulmazlığı ve diğer avantajlar karşılığında vermiş olduğu ifadelerin kullanımı, sanık aleyhindeki yargılamanın hakkaniyeti sorusunu gündeme getirebilmekte olup aynı zamanda mahiyeti gereği söz konusu ifadelerin kötüye kullanılabileceği ve tamamen karşılığında vaat edilen avantajları elde etmek veya kişisel bir intikam almak için verebileceği gibi hassas mevzuları ortaya koyabilmektedir. Bu nedenle bazı ifadelerin belirsiz mahiyeti ve bir kişinin ön yargılı ve doğruluğu ispatlanmamış iddialara dayanılarak suçlanabileceği ve yargılanabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu tür ifadelerin kullanımı yargılamaların hakkaniyetine hanel için tek başına yeterli değildir." diyerek aynı hususa dikkat çekmiştir.¹⁸⁰

Beyan delili niteliği taşıyan tanık, yargılamaya konu eylemle alakalı bildiğini, gördüğünü ve duyduğunu tarafsız ve yorumsuz bir şekilde anlatmakla yükümlüdür. Tanık yorum yapamaz, sadece maddi gerçeğe ulaşmasında beş duyu organı ile temas edip öğrendiğini anlatır.¹⁸¹ Bu anlatım mahkeme huzurunda ve davaya konu edilen suçla alakalı olmalıdır.

Özgenç, itirafçı sanıkların "FETÖ/PDY davalarında etkin pişmanlık hükmünden faydalanmak amacı ile verilen bilgilerin öğrenim gördüğü sırada ilişki içinde bulunduğu çevrelere, katıldıkları dini amaçlı sohbetlere ve özellikle kamuda görev alma sürecine görevde yükselme sürecine bu süreçlerde kendilerine referans olan kişilere ilişkin bilgiler olduğunu, bu kişilerden itiraf çerçevesinde alınan bilgilerin somut bir suç vakasına ilişkin olması gerektiğini, aksi takdirde itirafların TCK 221 hükümleri çerçevesinde etkin pişmanlık olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacağını" ifade etmektedir.¹⁸²

¹⁷⁹ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/2944, Karar No: 2018/2741, Tarih: 12.09.2018.

¹⁸⁰ AİHM'in Conelio/Hollanda No:994/03 AİHM 2004-V.

¹⁸¹ Şen-Eryıldız, s. 695.

¹⁸² Özgenç, Suç Örgütleri, s. 92.

Yukarıda yerel mahkemece verilen kararda davaya konu olan suç silahlı terör örgütü üyeliğidir. Tanığın verdiği bilgi ise kişinin dini amaçla katıldığı “*cemaat sohbeti*”ne ilişkindir. Bu toplantılara katılmayı tek başına mahkûmiyete esas alan mahkemece gerekçeli kararda söz konusu toplantıların içeriği ile ilgili hiçbir araştırma yapılmadığı, itirafçı sanığın da toplantının içeriği ile alakalı silahlı terör örgütünün faaliyeti kapsamında olduğunu gösterir herhangi bir bilgi vermediği anlaşılmaktadır. Kararı veren mahkeme gerekçesinde toplantının niteliği, sanığın bu toplantılara katılmasının hiyerarşik bağı nasıl sağladığı, sadece toplantıya katılma eyleminin örgütle organik bağ kurmaya yeterli olup olmadığı, fiilin sürekli, çeşitli ve yoğunluk unsurunu karşılayıp karşılamadığı, sanığın toplantılara silahlı terör örgütü üyesi olduğunun bilinci ile katılıp örgüte maddi ve manevi katkı sağlamak amacı güdüp gütmeyeceği hususlarını açıklar bilgilere yer vermediği görülmektedir. Yine bahsi geçen İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesi 16.05.2018 tarihli bu kararında sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurarken 17/25 Aralık 2013 tarihini suçun oluşması açısından belirleyici olarak kabul etmiştir. Ancak mahkemenin gerekçeli kararına bir bütün olarak bakıldığında 17/25 Aralık 2013 tarihi ile alakalı hiçbir bilgi verilmediği, mahkemenin hangi nedenlerle bu tarihi esas aldığı, sanığın bu tarihten sonraki fiillerinin terör örgütüne üye olmak ile nasıl ilişkili olduğu gerekçelendirilmemiştir.¹⁸³

Anayasa Mahkemesi 09.10.2019 tarihli kararında, “*ilk derece mahkemesinin başvurusunun bahsi geçen örgütlerin düzenlemiş olduğu toplantılara katılmasını mahkûmiyet kararına dayanak olarak gösterdiğinin buna karşın mahkemenin bu toplantılar hakkında herhangi bir açıklamada bulunmadığını; söz konusu toplantıların barışçıl niteliğini kaybettiğini ya da örgüt talimatı doğrultusunda ve örgüt propagandası yapmak amacıyla düzenlendiğine ilişkin açıklama yapılmadığı*” gerekçesi ile hak ihlali kararı vermiştir.¹⁸⁴ Yargıtay ise bir kararında “*diğer sanıkların bireysel hak ve özgürlük kapsamında olan dernek kurma, toplanma ve ibadet hürriyeti çerçevesindeki faaliyetlerin bir suç oluşturduğu ispat edilmediği sürece, örgütsel faaliyet olarak kabul edilemeyeceği...*”¹⁸⁵ tespitinde bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi’ne göre örgütün sohbetlerine katılmak, başka delillerin yanında

¹⁸³ Nitekim Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi verdiği bir kararda MGK’nın örgütle alakalı ilk basın duyurusunun yapıldığı Mayıs 2014 tarihini kişilerin fiillerinin örgütle ilişkilendirilmesi anlamında esas almıştır. Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 2. Ceza Dairesi, Esas: 2018/59, Karar: 2018/934, Tarih: 09.07.2018. Görüldüğü üzere terör örgütünün bidayetinin belirsizliğinin sonucu olarak yerel mahkemelerin kararları arasında da yeknesaklık sağlanamamaktadır.

¹⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 09.10.2019 Tarih ve 2014/13961 sayılı Ahmet Urhan Başvurusu, RG, 08.11.2019, Sayı 30942, §50.

¹⁸⁵ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/6022, Karar No: 2019/4230, Tarih: 17.06.2019.

dikkate alınabilecek bir işaret veya belirti olarak değerlendirilebilir.¹⁸⁶ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'ne göre; sanık aleyhine tek delilin barışçıl niteliğini kaybettiğine ya da örgüt talimatı doğrultusunda ve örgüt propagandası yapmak amacıyla düzenlendiğine ilişkin delil olmayan sohbet ve toplantılara katılmak olduğu durumlarda mahkumiyet kararı verilmesi hak ihlali niteliğindedir.¹⁸⁷

Örgüt üyesinin örgüte bağlılığını dış dünyaya yansıtan, eylemleridir. Bu eylemlerin tek başına suç teşkil etmesi gerekmez ancak örgüte organik bağ kuracak kadar yoğun, çeşitli ve sürekli olması gerekir. Bu suçun maddi unsurunu karşılar. Örgütsel toplantıya dini saiklerle katılan bir kişinin bu hareketi, toplantının barışçıl niteliğini yitirdiği, silahlı terör örgütünün emir ve talimatı ile gerçekleştirildiği ispat edilmedikçe, silahlı terör örgütü üyesi olduğuna dair delil teşkil edemez. Kişi, bağ kurduğu örgütün silahlı bir terör örgütü olduğunu bilmeli ve örgütün amaçlarını benimsemelidir. Bu da suçun manevi unsurunu karşılar. Katıldığı toplantının silahlı terör örgütünün toplantısı olduğunu bilmeyen ve benimsemeyen bir kişi, bu fiilinden sorumlu tutulamaz.¹⁸⁸

4. Yayın Yasağı Bulunmayan Kitap ve Dokümanları Bulundurmak, Yasal İnternet Sitelerini Ziyaret Etmek

Özellikle soruşturma makamları düzenledikleri iddianamelerde silahlı terör örgütü üyeliği kapsamında değerlendirdikleri yasal internet sitelerinin takibi, yayın yasağı bulunmayan kitap ve dokümanların ele geçirilmesini, örgütsel faaliyet olarak nitelendirip kamu davası açmaktadır. Örneğin Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı, düzenlediği 15.05.2017 tarihli iddianamede "*şüphelinin dijital materyallerinden terör örgütü ile iltisaklı haber sitelerini takip etmesi, sakladığı örgütsel tavır içeren resimler bir bütün olarak değerlendirildiğinde şüphelinin FETÖ/DPY Silahlı Terör Örgütü ile organik bağ oluşturacak şekilde hiyerarşik yapılanması içerisinde bilerek ve benimseyerek yer aldığı yukarıda açıklandığı üzere bütün halindeki ve süreklilik*

¹⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, İsmail Acar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/14081, Karar Tarihi: 01.07.2020; "(.)38. Tanık A.A'nın soruşturma aşamasında alınan beyanında 2001 yılında atandığı polis meslek yüksek okulunda göreve başladığında kendisini başvuru grubunun karşıladığını ve cemaat yapılanmasına ait bir gruba dâhil ettiğini, bu kapsamda birkaç yıl boyunca katıldığı toplantı ve sohbetlerde başvuru grubu da gördüğünü ifade etmiştir. Tanığın kovuşturma aşamasında alınan ifadesinde başvuru grubunun sohbet grubunun sorumlusu (abisi) olduğu, sivil kişilerin sohbet verdiği, onlar gelmediğinde başvuru grubunun sohbet yaptığı, sohbet grubunda himmeti toplayan kişinin de başvuru grubu olduğu ve himmeti topladıktan sonra sorumlu abiye verdiği yönünde anlatımda bulunduğu görülmektedir. Tanık B.Ö.nün ise 17/25 Aralık soruşturmalardan sonraki süreçte yaşanan emniyet teşkilatı içindeki görev değişiklikleri kapsamında müdür yardımcısı olarak görev yaptığı personel şube müdürlüğünden ilk gönderdiği kişinin FETÖ/DPY mensubu olduğunu düşünmesi dolayısıyla başvuru grubu olduğu yönünde ifade verdiği anlaşılmaktadır.

39. Somut olayda tanık A.A'nın anlatımlarının uzun yıllar öncesine ilişkin olmakla birlikte polis memuru olan başvuru grubunun FETÖ/DPY içinde sorumlu düzeyde yer aldığına işaret ettiği göz ardı edilmemelidir. Öte yandan tanık B.Ö.nün ifadelerinin de başvuru grubunun FETÖ/DPY ile irtibatının sonrasında da devam ettiği yönündeki kanaati destekler nitelikte olduğu görülmektedir. (...)

¹⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, 09.10.2019 Tarih ve 2014/13961 sayılı Ahmet Urhan Başvurusu, RG, 08.11.2019, Sayı 30942, §50.

¹⁸⁸ Ayrıca yukarıda Anayasal bir hak olan örgütlenme özgürlüğü için yaptığımız açıklamalar bu kısım bakımından da geçerlidir.

arz eden eylemleri ile silahlı FETÖ/PDY terör örgütü üyesi olduğunun anlaşıldığından bahisle..." cezalandırılmasını talep etmiştir.¹⁸⁹Bahsi geçen örnekte Cumhuriyet Başsavcılığı hazırlattığı bilirkişi raporuna göre, şüphelinin bilgisayarında yasal haber sitelerini takip ettiğine ilişkin tespit edilen internet kalıntılarının, silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturduğundan bahisle kamu davası açmıştır. Aynı Cumhuriyet Başsavcılığı'nın düzenlediği 09.01.2017 tarih ve 2017/14 sayılı başka bir iddianamede ise "Şüphelinin açığa alınma gerekçesine dayanak istihbari bilgiler, imajlara ilişkin rapor, aramada ele geçen terör örgütüyle iktisaplı yayınları içeren SIZINTI isimli dergi CD'leri, sanığa ait dijital materyaller üzerinde yapılan incelemede sanığın Samanyolu Tv'yi takip ettiğinin tespit edildiği." bir başka şüpheli hakkında ise "Şüphelinin açığa alınma gerekçesine dayanak istihbari bilgiler, aramada ele geçen terör örgütü liderine ait imzalı mektup bir bütün olarak değerlendirildiğinde şüphelinin FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün emniyet yapılanması içerisinde örgüt üyesi konumunda aktif şekilde görev yaptığı." gerekçeleri ile şüphelilerin silahlı terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmalarının istendiği görülmektedir.

Örgütün gazeteler, dergiler, kitaplar, televizyon ve radyo kanalları, internet siteleri gibi basın ve yayın alanında önemli bir etkinliğe ulaştığının kabul edilmesi karşısında sırf söz konusu fiillerden oluşan davranışların silahlı terör örgütüne üyelik suçu kapsamında değerlendirilmesi bu siteleri takip eden herkesin sınırsız cezai sorumluluğunun doğmasına neden olur ki bu da hukuk devletinde kabul edilemez bir durumdur. Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili bir kararında terör suçlarına bağlanan ağır hukuksal yaptırımlar gözetildiğinde, kamu makamlarının bu konudaki değerlendirmelerinde son derece özenli olmalarının beklendiğinin altını çizmiştir.¹⁹⁰

Ayrıca Anayasa Mahkemesi 31.10.2019 tarihli kararında, örgütle ilgili internet sitelerinin takip edilmesi ile alakalı şu tespitte bulunmuştur; "... bir kimsenin örgütün propagandasını yapan internet sitelerine ve sosyal medya hesaplarına girmesinin ve bunları takip etmesinin örgütsel amaçla yapıldığını gösteren somut olguları ortaya koyamadığı sürece, bunların suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle başvurusunun örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ile internet sitelerini takip etmiş olmasının başvuru ile FETÖ/PDY arasındaki mensubiyet ilişkisini ortaya koyan bir olgu olarak değerlendirilmesi

¹⁸⁹ Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı, Soruşturma No: 2017/2037, Esas: 2017/4348.

¹⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, 19.07.2018 Tarih ve 2014/13117 sayılı Yılmaz Çelik Başvurusu, RG, 26.10.2018, Sayı 30577, §57.

mümkün görülmemiştir.¹⁹¹

Bunun dışında örgütle ilişkilendirilen bir takım kitap, dergi, doküman gibi argümanların örgüt üyeliğinin delili olarak yerel mahkemelerin kararlarında yer aldığı görülmektedir.¹⁹² Oysa kişinin sadece örgütün benimsediği siyasal ideolojiye ve görüşe sahip olması, yakınlık duyması, soyut olarak örgüte ve ideolojisine ait eserleri okuması ve bulundurması onun silahlı terör örgütü üyesi olduğunu göstermez.¹⁹³ Yargıtay 16. CD 26.10.2017 tarihli kararında özetle; *“Örgüte yalnızca sempati duymak (Türk Dil Kurumu’na göre birisini sevimli, cana yakın bulmak) veya örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmamak, örgüt liderine saygı duymak gibi fillerin örgüt üyeliği için yeterli olmayacağı”* ifade etmiştir.¹⁹⁴

¹⁹¹ Anayasa Mahkemesi, 31.10.2019 Tarih ve 2016/14597 sayılı Mustafa Özerzi Başvurusu, RG, 29.01.2020, Sayı 31023, § 114.; *(...) Ayrıca yine dijitaler içerisinde; bazı kısımlarının özel renklerle işaretlediği ve içeriğinde örgüt ele başı Fethullah Gülen ve cemaat olarak bahsedilen örgüte ilgili dokümanların, örgütün 17/25 Aralık operasyonunda propaganda amaçlı hazırlanmış olduğu videoların, örgüt lideri Fethullah Gülen’in röportajını içeren ve örgütün yurt dışı okulları için propaganda ve tanıtım amaçlı hazırlandığı değerlendirilen videoların, örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ve internet sitelerine ait izlerin, MyLibraray Lite uygulamasının veri tabanında örgüt ele başı Fethullah Gülen’e ait kitaplara ve yine Fethullah GÜLEN’in yayınladığı ‘Basın açıklamaları, Görüşleri, Mesajları, Röportajları, Hayatı vb.’ yazıların bulunduğu E-kitap izlerinin bulunduğuunun bilirkişi raporu ile tespit edildiği (...)*

114. Başvurucunun konutunda ve işyerinde ele geçirilen dijital materyallerin internet geçmişi çıkarımlarından, örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ve internet sitelerini takip ettiği, buralarda paylaşılan bazı ses ya da video kayıtlarını izlediği, haber ve yorumları okuduğu belirtilmiştir. Kişilerin örgütün propagandasını yapan sosyal medya hesaplarını ve internet sitelerini çok farklı amaçlarla takip edebildikleri bilinen bir gerçektir. Kamu makamlarının, bir kimsenin örgütün propagandasını yapan internet sitelerine ve sosyal medya hesaplarına girmesinin ve bunları takip etmesinin örgütsel amaçla yapıldığını gösteren somut olgular ortaya koymadığı sürece bunların suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Somut olayda soruşturma ve kovuşturma makamları başvurusunun örgütsel bir amaçla bu siteleri ve sosyal medya hesaplarını takip ettiğini ortaya koyabilmiş değillerdir. Bu nedenle başvurusunun örgütün propagandasını yaptığı bilinen sosyal medya hesapları ile internet sitelerini takip etmiş olmasının başvuru ile FETÖ/PDY arasındaki mensubiyet ilişkisini ortaya koyan bir olgu olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. Yargıtay’ın benzer nitelikteki verilere ilişkin olarak yaptığı değerlendirmelerin de aynı özellikte olduğu görülmektedir (bkz. § 45)(...)”

¹⁹² “Sanıkların savunmaları, ev arama ve el koyma tutanakları, fiziki, teknik araçlarla izleme tutanakları, iletişimin tespiti tutanakları, internet siteleri yayınlarına dair tutanaklar ve tüm dosya kapsamına göre; sanıkların ... Değişim dergisi çalışanı oldukları, üzerine atılı eylemlerinin cebir ve şiddeti öngörmeyen soyut nitelikte olması, tutanağa bağlanan tespit, takip ve araştırma sonuçlarının somut suç unsuru içermediğinden suçun işlendiğini göstermeye yeterli olmaması, yapılan aramalarda ele geçirilen bir kısmı yasaklı çeşitli dergi ve dokümanların tek başına hüküm kurmaya elverişli olmaması karşısında, sanıkların terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil üyesi olduklarına ve örgütsel konularına ilişkin mahkumiyetlerine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından, mevcut suçun derin ve sanıklar lehine değerlendirilemeyeceği gözetilerek, beraatları yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...” Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/2149, Karar No : 2017/5074, Tarih: 21.09.2017.

¹⁹³ Bodur-Özkul, s. 91.

¹⁹⁴ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2017/1809, Karar No: 2017/5155, Tarih: 26.10.2017, “Hakkında silahlı terör örgütüne üye olmaktan mahkumiyet hükmü kurulan sanığın örgütün üst düzey yöneticilerinin şoförlüğünü yapmak ve ikametinden hakkında toplatma kararı bulunmayan bir adet ‘Dua mecmuası’ adlı kitap ile örgütsel irtibatı saptanamayan 1 adet F serisi Amerikan Dolarının ele geçirilmesinden ibaret eylemlerinin sanığın konum ve kişisel özellikleri de nazara alındığında sempati ve iltisak boyutunu aşan, örgüt üyesi olduğunu ispat etmeye yeterli örgütsel faaliyetler kapsamında değerlendirilemeyeceği gözetilerek, beraatı yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi gerekçesi ile bozmuştur.” Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/65, Karar No: 2019/2580, Tarih: 15.04.2019.

5. Örgütün Yapılarına Ait Olan Öğrenci Yurtlarında Kalmış Olmak veya Çocuklarını Fethullah Gülen'le Bağlantılı Okullara Göndermiş Olmak

FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunduğu ve bu faaliyetler dolayısıyla sahip olduğu dershaneler, okullar, üniversiteler ile çok geniş insan kitlesine ulaştığı bir gerçektir. Özellikle ailelerinden uzak eğitim gören öğrenci kitlesinin devletçe barınma ihtiyacının yeterli ölçüde karşılanamamasını fırsata çeviren örgüt, bu kapsamda öğrencilere ekonomik ve kaliteli olanaklar sunmuştur.¹⁹⁵ Temel amacı daha çok insan kaynağına ulaşip sempati kazanmak olan örgütün açtığı Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı yurtlarda ya da barınma ihtiyacı temin edilen öğrenci evlerinde kalan kişilerin bu davranışları soruşturma makamlarınca silahlı terör örgütü üyeliği gösterir delil olarak iddianemelerde yerini almaktadır. Örneğin Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı'nın düzenlediği 09.01.2017 tarih ve 2017/14 sayılı iddianamede sanığın çocuğunu 2015-2016 döneminde Feza Berk Anaokulu'na göndermesi terör örgütü ile iltisaklı okullara sahip çıkılması olarak değerlendirilmiş, bu kapsamda kişinin silahlı terör örgütüne üyelik suçundan cezalandırılması talep edilmiştir.

Aynı şekilde insan kaynağına ulaşmak için eğitim alanına yatırım yapan örgüt bu kapsamda sayısız okulun dershane açmıştır. Soruşturma ve yargılama makamları silahlı terör örgütüne üyelik suçuna delil oluşturduğu kabulü ile söz konusu okul ya da dershanelere çocuklarını eğitim amaçlı kaydettiren kişilerin bu eylemlerini iddianame ya da hükümlerine dahil etmişlerdir. Devletin gözetim ve denetimi altındaki, yasal olarak faaliyet gösteren bir okula kayıt yaptırmamanın ya da veli sıfatı ile çocuğunu kaydettirme eyleminin, yasadışı örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmesi başta Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan "Eğitim ve Öğrenim" hakkını ihlal etmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da bu kriterlerin örgüt üyeliği suçunun oluşması bakımından dikkate alınamayacağına ilişkin kararları bulunmaktadır. Örneğin; "2013 yılı öncesinde olmak üzere birkaç kez de bu tarihten sonra örgütün dini sohbet toplantılarına katılmak, örgüt tarafından çıkarılan gazetelere gerçek isimle abone

¹⁹⁵ "FETÖ'nün bünyesinde yer almaya başlayan bireylere "gruba nasıl katıldınız?" sorusu sorulduğunda hemen hemen hepsinin verdiği cevap bu terör örgütünün kişiye hem araçsal hem duygusal hem de maddi sosyal destek sağladığına yöneliktir. Özellikle ailelerinin yanından başka şehre gitmiş olan gençlere verilen bu desteğin sağlanmasında önemli olan bir başka nokta, öğrencilerin belirli bir talebi bulunmadan bu iyiliklerin ve bolluğun onların önüne serilmesidir. ...Türk Kültürü'nün de içinde bulunduğu toplulukçu kültürlerde bireylerin diğer bireylere "borçlu kalması", iyilik karşısında "minnet duyması" yapılan iyiliğin uzun vadeli bir söze dönüşmesine sebeptir. Dolayısıyla, bu terör örgütü kültürel bu özelliği sonuna kadar kullanarak, öğrencileri ve ailelerini baştan kendilerine borçlu bırakmayı seçmişlerdir". Ayrıntılı bilgi için Bkz. Yasemin Abayhan, "Bir "Cemaat" Terör Örgütüne Nasıl Dönüştü? Gülen Cemaati'nin Eski Grup Üyelerinin Anlatımına Dayalı Değerlendirilmesi" s. 12, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/790386> , Erişim Tarihi: 18.08.2021.

olmak ve çocuğunu örgüte müzahir olması nedeniyle kapatılan Altınbaşak isimli okula göndermekten ibaret eylemlerinin, sanığın konum ve kişisel özellikleri de nazara alındığında sempati ve iltisak boyutunu aşan, örgüt üyesi olduğunu ispat etmeye yeterli örgütsel faaliyetler kapsamında değerlendirilemeyeceği gözetilerek..¹⁹⁶

"Sanığın çocuğunu örgütle iltisaklı okula göndermesinin örgütsel faaliyet kabul edilemeyeceği tespit edilip..."¹⁹⁷

Anayasa Mahkemesi kararına göre de örgütle bağlantılı bir okula gitmiş olmak FETÖ/PDY üyeliğine tek başına delil olmayacaktır. Karara göre; "başvurucunun FETÖ/PDY ile bağlantılı bir okulda bir süre öğrenim görmüş olmasına değinilmişse de örgütsel bir ilişki çerçevesinde gerçekleştirildiğine dair olgular ortaya konulmadan salt bu nitelikteki bir okula gitmenin kuvvetli suç belirtisi olarak kabulü mümkün değildir. FETÖ/PDY ile bağlantılı okul veya dershanelerde öğrenim görme ancak bunun örgüte yardım etme, finansal destek sağlama ya da örgütsel eğitiminden yararlanma gibi örgütsel gayelerle gerçekleşmesi hâlinde örgütsel bir davranış olarak değerlendirilebilir. Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı da bu doğrultudadır."¹⁹⁸

6. Ankesörlü ve Sabit Hatlar Üzerinden Aranma

İçişleri Bakanlığı'nın yapmış olduğu çalışmaya göre; Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde örgütlenen Fethullah Gülen örgütünün TSK'da çalışan mensuplarının deşifre olmaması için asker üyelerini örgütle bağlantılı dernek, vakıf, okul, yurt ve dershanelerde kaydı bulunmayan öğrencilerden seçmekte ve bu kişilerin gazete veya dergi aboneliği de bulunmamaktadır. FETÖ; TSK'da hücre tipi örgütlenmiştir.¹⁹⁹ Hücre tipi örgütlenildiği için örgüt üyelerinin örgütle bağı kendi hücreleriyle

¹⁹⁶ Yargıtay 16. CD, Esas: 2017/1809, Karar: 2017/515, Tarih:26.10.2017.

¹⁹⁷ Yargıtay 16. CD, Esas: 2017/3480, Karar: 2018/2806, Tarih: 25.09.2018.

¹⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, İhsan Yalçın Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/8171, Karar Tarihi: 09.01.2020.

¹⁹⁹ <https://kriterdergi.com/dosya-feto-ve-15-temmuz/feto-yapilanmasi>, Erişim Tarihi: 13.08.2021; "04. Hücre yapılanmasındaki örgüt üyeleri küçük yaşlardan itibaren örgüte alınıyorlar. Kimisi "uyuyan" ya da "ölü hücre" kategorisinde değerlendirilen bir "abi"ye bağlılar.

05. Gizli yöntemlerle haberleşiyorlar. Çoğunlukla yüz yüze görüşüyorlar. Buna imkan bulunmadığında ByLock gibi gizli yazışma programlarını kullanıyorlar.

06. Mülki idare, Emniyet, TSK ve yargı gibi stratejik kurumlara alınacak öğrencilere hücre tipi yapılanma modeli uygulanıyor. Bunlara sınav soruları önceden veriliyor.

07. Hangi hücrede kimin olacağını, kimin kiminle görüşeceğini/ görüşebileceğini o hücreden sorumlu olan "abi" belirliyor. Bu nedenle bir hücrenin diğerinden haberi yok.

08. Örgüt hücresinin "abi" ile bu buluşmaları kimi zaman "abi'nin güvenli kabul edilen evinde kimi zaman da örgüt mensubu bir askerinin evinde gerçekleşiyor.

09. "Abi'nin ilgilendiği birden fazla hücre var ise abi bu farklı hücrelerde bulunan askerlerin birbirleriyle karşılaşmalarını için özen gösteriyor."

ilgilenen mahrem imam olmaktadır.²⁰⁰ Mahrem imam; kendi hücrelerinde yer alan Gülen örgütünün üyeleriyle takip edilmesi mümkün olan mektup, telefon, mail gibi iletişim araçlarıyla görüşmez. Hatta örgütün geneline açılan Bylock dahi hücre yapılanmasında kullanılmaz. Mahrem imamların, hücre üyelerinin telefon numaralarını kendi telefonuna kaydetmesi yasaktır ve bu numaraları kağıtlara şifreli bir şekilde yazarlar.²⁰¹ Mahrem imamlar, hücre üyeleriyle iletişim kuracakları zaman kontrollü büfe telefonlarından veya ankesörlü telefonlardan hücre üyelerinin cep telefonunu çaldırıp, kapatırlar fakat telefonda görüşmezler. Bu telefonu çaldırma önceden belirlenmiş olan toplantı yerine belirlenmiş olan toplantı saatinde gelmeyi ifade eder. Bir mahrem imam aynı ankesörlü veya sabit telefonda art arda birkaç örgüt üyesini ardışık olarak aradığı için ve bu aramalar da genellikle belli aralıklarla periyodik arama niteliğinde olduğu için örgütün hücre tipi örgütlenen kısmına üyelik için delil olarak gösterilmiştir.²⁰² Yürütülen soruşturmalarda şüphelilerin hatları ile kamuya açık ve birbirinden bağımsız market, büfe, kırtasiye, lokanta vb. gibi sair işletmelerde kurulu bulunan, ücret karşılığı kullanılan sabit hat ve ankesörlü hatların HTS kayıtlarının incelenmesinde; yakın zaman diliminde birbirini takip eden peşi sıra ardışık aramalar, farklı tarih ve zaman diliminde belirli gün aralığı dahilinde periyodik arama ve tek arama şekillerinde iletişimlerin gerçekleştirildiği ve irtibat sağlandığı tespit edilmiştir.²⁰³

Yargıtay 16. Ceza Dairesi 06.11.2019 tarihli kararında; kamuya açık ve birbirinden bağımsız market, büfe, kırtasiye, lokanta ve sair işletmelerde kurulu bulunan, ücret karşılığı kullanılan *sabit hat ve ankesörlü hatlar* üzerinden asker şahıslarla *gezerek* ya da *ardışık* şeklinde yapılan aramaların, örgütün "gizlilik" ve "deşifre olmama"

²⁰⁰ <https://www.aa.com.tr/tr/15-temmuz-darbe-girisimi/fe-tonun-emniyet-mahrem-yapilanmasinin-bilinmeyenleri-desifre-edildi/1558845>, Erişim Tarihi: 12.08.2021.

²⁰¹ <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/fe-tonun-ankesoru-telefon-sifresi/1456617>, Erişim Tarihi: 12.08.2021; "On (10) Rakamına Tamamlama: Öğrencilerin telefon numaralarını telefona kaydetmek yasak olduğu için normal bir esnafın kartvizitinin arkasına veya herhangi bir kağıda telefon numarasının son dört rakamının her biri, 10'a tamamlanarak kaydedilir.

Sondan İkili Rakam Bloklarını Çapraz Yer Değiştirme: Telefon numarasının sonundaki ikili rakam bloklarının yerlerinin, çapraz olarak değiştirilmesi yöntemidir.

Rakam Bloklarını Ters Yazma: Telefon numarasının operatöre ait ilk 3 rakamları sabit kalmak şartıyla geri kalan rakamları ise rakam bloklarının kendi arasında ters yazılarak kaydedilmesidir.

Sondan 4'üncü Rakamı Dört (4) Arttırma: Telefon numarasının sondan dördüncü rakamına dört eklenerek kaydedilmesi yöntemidir.

Sondan 2'nci ve 4'üncü Rakamı Yer Değiştirme: Telefon numarasının sondan ikinci ve dördüncü rakamlarının yerlerinin değiştirilerek kaydedilmesidir."

²⁰² <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yargitay-ankesoru-telefonla-ardisik-aramaya-iliskin-8-suc-kriteri-tespit-etti/1645403> ; "Örgütte mahrem imam konumunda bulunan kişilerin, sabit telefon üzerinden kendilerine bağlı kripto TSK mensuplarını sırayla araması "ardışık", mahrem imamin kendisine bağlı kripto TSK mensubunu her ayın belli günlerinde araması da "periyodik" arama şeklinde tanımlanmıştır.

Soruşturmaların genişletilmesiyle örgütün, "ankesörlü telefon"la görüşme yöntemini, sadece askerler için değil, aralarında yüksek yargı üyelerinin de bulunduğu önemli kurumlardaki FETÖ mensupları için de kullandığı tespit edilmiştir." Erişim Tarihi: 12.08.2021.

²⁰³ Şen-Eryıldız, Suç Örgütü, s. 189.

kuralına uygun olarak *askeri mahrem yapılanmasının irtibat kurma yöntemlerinden biri olduğu* kabul edilmiş ve FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün mahrem imamları tarafından örgütsel amaçlı, örgütsel haberleşmeyi sağlamak amacıyla gerçekleştirildiği sonucuna varmıştır.²⁰⁴

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 13.11.2019 tarihli ve E.2018/5526, K.2019/6842 sayılı kararının ilgili kısmı ise şöyledir: "(...) Yukarıda açıklanan özellikler doğrultusunda, bir asker şahsın; örgütün gizlilik ve deşifre olmamak kuralına riayetle, örgütün talimatı ile ve örgütsel irtibatı sağlamak maksadıyla kamuya açık ve birbirinden bağımsız market, büfe, kırtasiye, lokanta vb. gibi sair işletmelerde kurulu bulunan, ücret karşılığı kullanılan sabit hat veya ankesörlü hatlar ile mahrem imam tarafından arandığı, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaata ulaştıracak somut olgu ve teknik verilerle tespit edilmesi ve yargılama yapan mahkemenin de tam bir vicdani kanaate ulaşması halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren hukuka uygun delil olacağına kuşku yoktur."

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin, 19.12.2019 tarihli kararında ise iletişimin tespiti/HTS kayıtları ile sanığın ardışık ve tekil olarak arandığının tespit edildiği, bu tespitin, yargılanan kişinin FETÖ/PDY terör örgütüne üye olduğuna dair *tek/yegane delil* kabul edildiği görülmektedir.²⁰⁵

Anayasa Mahkemesi de soruşturma makamlarınca ankesörlü telefon veya kontrollü sabit telefonlardan aranan asker kişilerin, bu aramaların çağrı olarak kalması ve görüşme gerçekleşmemesi, başka askerlerce ardışık aranmış olma, belirli dönemlerle periyodik arama ve diğer belirli koşullar altında aranmış olmayı kuvvetli suç şüphesi olarak değerlendirmektedir.²⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, sonraki kararlarında da bu görüşünü devam ettirmiştir. Anayasa Mahkemesi; FETÖ/PDY imamlarının mahrem hizmetler sınıfındaki kişilerle -özellikle askerlerle- olan iletişimlerini ankesörlü veya kontrollü telefonlar üzerinden arama veya çağrı bırakma şeklinde sürdürdüklerini kabul etmiştir. Bu kapsamda sanıkların da böyle aranmış olmasına yönelik suçlamayı

²⁰⁴ Yargıtay 16. CD, Esas: 2019/1582, Karar: 2019/6838, Tarih: 06.11.2019.

²⁰⁵ Yargıtay 16. CD, Esas: 2019/9296, Karar: 2019/8316, Tarih: 19.12.2019.

²⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, Abdurrahman Yemiş Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/29347, Karar Tarihi: 28.11.2019; "(...) Buradaki suçlamaya esas alınan olgu ise FETÖ/PDY imamlarının mahrem hizmetler sınıfındaki kişilerle -özellikle askerle- olan iletişimlerini ankesörlü veya kontrollü telefonlar üzerinden arama veya çağrı bırakma şeklinde sürdürdükleri ve bu kapsamda başvurusunun da bir kez aranmış olmasıdır. İddianamede de bu olgunun önceki davada yöneltilen aynı suçlamaya ilişkin bir delil olduğu ifade edilmiştir. Buna göre başvurusunun 19/4/2014 tarihinde Yalova'da bulunan İstanbul Deniz Otobüsleri çıkışındaki bir büfeden arandığı (görüşme yapılmamıştır), başvurusunun aranmasından hemen sonra da R.Ş. isimli bir başka askerî personelin arandığı tespit edilmiştir. Soruşturma mercileri, bu tür çağrı bırakma şeklindeki aramaların görüşme gün ve saatini belirleme veya teyit etme amacıyla yapıldığını değerlendirmiştir. Bu yönde alınan itirafçı (şüpheli veya sanık) beyanlarının olduğu bilinmektedir. Nitekim Yargıtay da; FETÖ/PDY imamlarının, mahrem hizmetler sınıfındaki kişilerle ankesörlü veya sabit telefon hatları üzerinden iletişim kurduğuna yönelik yapılan tespitin -belirli koşullar altında- kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olarak kabul edilebileceğini işaret etmiştir (bkz. § 29). Bu koşullarda anılan olgunun -yukarıda yer alan tanık beyanı ile birlikte değerlendirildiğinde- kuvvetli suç belirtisi olarak kabulü gerekir."

kuvvetli belirti olarak kabul etmiştir.²⁰⁷

Burada değerlendirilmesi gereken ilk husus, bir baz istasyonu veya hat üzerinden bütün kayıtların elde edilmesi yöntemine başvurulması, arama ve aranma kayıtlarından şüpheliye veya sanığa ulaşılması CMK 135. maddeye uygun olup olmadığıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.11.2011 tarihli kararında, *"İletişim tespiti ancak, şüpheli ve sanık hakkında uygulanabilir. Haklarında iletişimin tespiti tedbiri talep edilen kişiler, baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişiler olup, şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmadıklarından haklarında iletişimin tespiti tedbirine başvurulması olanağı yoktur."* diyerek toptancı bir bakış açısı ile yapılacak delil toplama ve değerlendirme sonucunda suçun ve failinin belirlenmesi yönteminin hukuka uygun olmayacağını ifade etmiştir.²⁰⁸ Gerçekten de "Trol ağı" metodu denilen, toptancı bir bakış açısı ile yapılacak delil toplama ve değerlendirme sonucunda suçun ve failinin belirlenmesi yöntemi hukuka uygun değildir zira CMK'da da "trol ağı" metodu bir delil elde etme usulü olarak öngörülmemiştir.²⁰⁹ CMK 135.maddeye göre delil elde etme, işlendiği iddia edilen bir suç ve/veya kendisine bir suçlama yöneltilen şüpheli ile sanık hakkında yapılır. Aksinin kabulü Anayasa'nın haberleşme özgürlüğünü güvence altına alan 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Bir an için delil elde etme yöntemini hukuka uygun kabul edecek olsak dahi HTS kayıtları ile tespit edilen görüşmelerin içeriklerinin örgütsel faaliyete yönelik olduğuna ilişkin destekleyici deliller ve bu kayıtların örgütsel faaliyet kapsamında yapıldığının yan delillerle desteklenmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Ardışık aramanın sonrasında yapıldığı kabul edilen toplantı içeriklerinin belirlenmesi, örgütsel faaliyet bakımından aranan süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk kriterlerinin sağlandığının ispat edilmesi gerekir.

Sırf sanığın içeriği belirlenemeyen ve başka somut delillerle de desteklenmeyen "ardışık", "periyodik" ve "tekil" aranması, hiyerarşik yapıya dahil olduğu anlamına gelmeyecektir, aksinin kabulünün "şüpheden sanık yararlanır" ilkesini ihlal edeceği

²⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, Sezen Özlem Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/32437, Karar Tarihi: 24.06.2020; *"(...) Anayasa Mahkemesi Abdurrahman Yemiş (B. No: 2017/29347, § 48) kararında -soruşturma mercilerince belirtilen- FETÖ/PDY imamlarının mahrem hizmetler sınıfındaki kişilerle -özellikle askerlerle- olan iletişimlerini ankesörlü veya kontörlü telefonlar üzerinden arama veya çağı bırakma şeklinde sürdürdükleri ve bu kapsamda başvuru Abdurrahman Yemiş'in de böyle aranmış olmasına yönelik suçlamayı kuvvetli belirti olarak kabul etmiştir. Nitekim Yargıtay da FETÖ/PDY imamlarının mahrem hizmetler sınıfındaki kişilerle ankesörlü veya sabit telefon hatları üzerinden iletişim kurduğuna yönelik yapılan tespit -belirli koşullar altında- kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olarak kabul edilebileceğine işaret etmiştir (bkz. § 27). Somut olayda da başvuru albay rütbesiyle görev yapan bir askerdir. Bu çerçevede başvuru telefonunun büfe, iddia bayisi ve market gibi yerlerden 2013 yılı içinde birçok kez arandığı, ayrıca 16/10/2013 tarihinde başvuru bir büfeden aranmasından hemen sonra aynı yerden S.B. isimli bir askerî öğrencinin ardışık olarak arandığı, 20/10/2013 tarihinde başvuru aynı büfeden aranmasından hemen sonra bu kez M.Ç. isimli askerî personelin ardışık olarak arandığı tespit edilmiştir. Somut başvuruda, aynı mahiyetteki iddialara ilişkin olarak anılan kararda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. (...)"*

²⁰⁸ YCGK, Esas: 2011/6-140, Karar: 2011/222, Tarih: 15.11.2011.

²⁰⁹ Ersan Şen, Hukukihaber.net "Ardışık Arama İkinci Karar Değerlendirmesi" 14.05.2020, <https://www.hukukihaber.net/ardisik-arama-ikinci-karar-degerlendirmesi-makale.7866.html>, Erişim Tarihi:10.08.2021.

de aşıkardır.²¹⁰

7. Telefonuna "ByLock" Programı İndirmek

ByLock bir şifreli iletişim programı olup, bu iletişim programı silahlı örgüt üyeliği suçundan hakkında soruşturma açılan bir kısım şüpheli ya da sanıklarca yoğun bir şekilde kullanılmıştır. Bu program 03.12.2013 tarihinde kullanıma sunulup 03.04.2016 tarihine kadar Google Play'den ve 07.09.2014 tarihinde kadar da Apple Store'dan herkesin indirebildiği bir iletişim ağı olmuştur.

Yargıtay 16. CD'nin 24.04.2017 tarihli kararında²¹¹ açıklandığı üzere, Milli İstihbarat Teşkilatınca ByLock uygulamasına ait sunucular üzerindeki veriler ile uygulama sunucusunun ve IP adreslerinin satın alındığı e-posta adreslerinin içerikleri başta olmak üzere muhtelif veriler elde edildiği, düzenlenen teknik analiz raporu ve dijital materyallerin Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na ve Emniyet Genel Müdürlüğü'ne ulaştırıldığı, bununla birlikte adli sürecin başlatıldığı anlaşılmaktadır.

MİT elde ettiği verileri dijital olarak Cumhuriyet Başsavcılığına sunmuş Başsavcılık da Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinden talepte bulunmuş, 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi uyarınca mahkemece talep kabul edilmiş ve "dijital materyaller üzerinde inceleme yapılması, kopya çıkarılması ve kopya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak metin haline getirilmesi için bir kopyasının Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine" karar verilmiştir. Anılan karar doğrultusunda, görevlendirilen iki uzman bilirkişi tarafından hâkim huzurunda kamera kaydı da yapılmak suretiyle söz konusu hard disk ve flash bellek üzerinde imaj alma-kopyalama işlemi yapılmıştır.²¹²

ByLock adli haberleşme programına ait sunucunun MİT tarafından kendine has yöntemlerle elde edilmesinin hukuki boyutu, bu cihaza CMK 134. maddede öngörülen usule göre el konulup konulmadığı, 2937 sayılı MİT

²¹⁰ Ersan Şen, Hukukihaber .net "Ardışık Arama İkinci Karar Değerlendirmesi" 14.05.2020, <https://www.hukukihaber.net/ardisik-arama-ikinci-karar-degerlendirmesi-makale,7866.html>, Erişim Tarihi:10.08.2021.

²¹¹ Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

²¹² "MİT'in yasal olarak elde ettiği dijital materyaller ve teknik analiz raporunun Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına ulaştırılması ile birlikte artık adli sürecin başlatılması ve bu noktadan sonra CMK hükümlerine göre soruşturma işlemlerinin yapılması zorunludur. Nitekim Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının, yürütülen soruşturmalar kapsamında Mili İstihbarat Teşkilatı tarafından FETÖ/PDY silahlı terör örgüt üyeleri tarafından kullanılan kapalı devre iletişim programı olan ByLock ile ilgili dijital materyallerin teslim edilmesi üzerine adli süreci başlattığı, 2016/104109 sor. ve 2016/180056 numara üzerinden CMK 134.maddesine göre gönderilen dijital materyallerle ilgili inceleme, kopyalama, çözümlenme işlemini yapmaya karar vererek 09.12.2016 tarih ve 2016/104109 soruşturma sayılı yazısı ile Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğine, Milli İstihbarat Teşkilatınca gönderilen;1-1 adet Sony marka HD-B1 model, üzerinde bBW3DEK69121056 seri numaralı ve ön yüzünde 1173d7a09195cf0274ce24f0d69ede96 yazılı harddisk,2-1 adet Kingston marka Data Traveler, uç kısmında DTIG4/BGB 04570-700.A00LF5V 057455704 yazılı flash bellek üzerinde, CMK 134.maddesi gereğince inceleme yapılmasına, 2 adet kopya çıkartılmasına, kopya üzerinde kayıtların çözülerek M. haline getirilmesine karar verilmesini istendiği, Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği talebi kabul ederek 09.12.2016 tarih 2016/6774 D.İş nolu kararı ile; dijital materyaller üzerinde inceleme yapılması, kopya çıkarılması ve kopya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak M. haline getirilmesi için bir kopyasının Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verildiği tespit edilmiştir." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

Kanunu'nun 4., 6. ve EK 1. maddelerine göre elde edilen bilgilerin söz konusu soruşturmalarda delil niteliği taşıyıp taşımadığı konuları önem arz etmektedir.

Dijital delillere müdahale kolay olacağı için kanun koyucu elde edilen verilerin delil değeri taşıyabilmesi için sıkı şartlar öngörmüştür. CMK 134. madde, devam eden bir soruşturmada başka türlü delil elde edilemiyor ise bilgisayar kütüklerinde hakim izni ile kopyalama ve inceleme izni verilmesini öngörmüştür. İmaj çıkarma olarak adlandırılan kopyalama işleminde cihazın aslına el konulacağı, imaj alınsa da incelemenin muhakkak el konulan cihaz üzerinde yapılacağı, hem el koyma hem kopyalama işlemlerinin adli kolluk tarafından yapılması gerektiği açıktır.²¹³ ByLock sunucusunun Litvanya' da bulunması sebebi ile arama ve el koyma işlemlerinin ulusal ve uluslararası sözleşmeler gereği adli istinabe kurallarına riayet edilerek yapılması, bunun sonucunda elde edilen bilgilerin usulüne uygun imajının alınması, bir örneğinin de şüpheliye verilmesi gerekirken söz konusu soruşturmalarda bu usullerin gerçekleştirildiğine ilişkin hiçbir bilgi yer almamaktadır.²¹⁴

MİT'in hazırladığı teknik raporda "*Devletin teknik istihbarat faaliyetlerine ilişkin imkân ve kabiliyetlerin açığa çıkarılmaması ve istihbarata karşı koyma amacıyla, verilerin temin edilmesine ilişkin hassas yöntem, usul ve araçlara yer verilmediği*" belirtilmiştir.²¹⁵ Yani MİT bu bilgileri istihbari çalışmalar sonucu elde etmiştir. Peki MİT'in 2937 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerine göre elde ettiği bu istihbari bilgilerin delil değeri nedir? Bunun için aynı kanunun Ek-1. maddesine bakmak gereklidir. Zira bu maddenin birinci fıkrasına göre MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyecektir. Yani *casusluk suçları* dışında adli merciler MİT'ten bilgi ve belge talep edemeyeceklerdir. Çünkü MİT tarafından diğer suçlara ilişkin elde edilen bilgilerin delil değeri

²¹³ "CMK 134, 160, 161, ve 668 sayılı KHK 3/1-j maddeleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu işlemlerin adli kolluk tarafından yapılması gerektiği açıktır." Şen-Eryıldız, s. 739.

²¹⁴ 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununun 7. maddesinde adli yardım talebine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak Türk yargı mercilerince bu prosedürün uygulandığına ilişkin hiçbir veri bulunmamaktadır. Litvanyada bulunan Bylock bilgilerinin erişimine ancak iki ülke arasında 6706 sayılı Kanun ve uluslararası sözleşmelerde öngörülen usule uygun adli yardımlaşma ile gerçekleştirilmez. Ufuk Yeşil, *Bylock Bilgilerinin Delil Değeri*, İstanbul: Alternatif Düşünce ve Medya Yayıncılık, 2019, s. 84.

²¹⁵ Yine işbu rapor bünyesinde, kendi imkânlarının ifşa olmaması adına, eğer açık kaynaklı bir veri, veri tabanı ve araçlar üzerinden izah/teyit imkanı varsa, doğrulama amacıyla kullanılabilir bir takım hususlara Teşkilatın kendi imkânlarına atıfta bulunulmadan yer verilmiştir. Devletin teknik istihbarat faaliyetlerine ilişkin imkân ve kabiliyetlerin açığa çıkarılmaması ve istihbarata karşı koyma amacıyla, verilerin temin edilmesine ilişkin hassas yöntem, usul ve araçlara yer verilmemiştir. Bu amaçla, sadece raporun kapsamına girmesi gerektiği değerlendirilen hususlara değinilmiştir. https://www.dijitalmagdurlar.com/wp-content/uploads/2018/07/Bylock_Uygulama_Teknik_Raporu.pdf, Erişim Tarihi:13.08.2021.

yoktur.²¹⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi 24.04.2017 tarihli kararında ise bu kurala aykırı olarak "Nitekim yargılama aşamasında Dairemiz de ByLock sistemi ile ilgili MİT'ten bilgi istemiştir." ifadelerini kullanmıştır.²¹⁷ Casusluk suçlaması dışında paylaşılması gereken veriler bu kanuna aykırı olarak talep edilmiş ve paylaşılmıştır.

Usulüne uygun bir soruşturmanın yürütülmesi için MİT'in bu bilgiye ulaştıktan sonra CMK 158/4 ve 2937 sayılı Kanun'un 4/1-i maddesi uyarınca durumu derhal TCK 314. madde kapsamında gerekli soruşturmanın yapılması için adli makamlarla paylaşması gerekirdi. Adli makamların ise hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş somut delilleri toplama yetkisi bulunmaktadır. Oysa CMK 164. maddede MİT adli kolluk olarak sayılmamıştır.²¹⁸ Yani adli kolluk işlevi olmayan MİT'in kendi "hassas" yöntemleri ile delil toplama işlevi gerçekleştirerek aslında usulüne uygun elde edilebilecek bir delili de sakatlamıştır.²¹⁹ Ancak kanunun açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi 04.06.2020 tarihli kararında, MİT'in kendi görev alanındaki bir konuyla (terörle mücadele) bağlantılı ve bir yasal temele dayalı olarak öğrenilen somut bir verinin yetkili adli makamlara bildirilmesinden ibaret olduğunu, eylemin bir istihbarat organı olan MİT tarafından adli kolluk faaliyeti yürütüldüğü şeklinde yorumlanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.²²⁰

Ayrıca Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu (BM KTÇG) Mestan Yayman (Türkiye) Kararı'nın²²¹ değerlendirmesinde bir şüpheli veya sanığın ByLock kullanıcısı olup olmadığı iddiasını çürütebilmesi için, öncelikle MİT tarafından hazırlanıp Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına ve Emniyet Genel Müdürlüğüne gönderilen ve içeriğinde tüm ByLock verilerinin yüklendiği hard disk ve flaş belleğin bir örneğinin şüpheli ve sanıklara verilmesi gerektiğini, bu gerekliliğin, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin birer gereği olduğu gibi, CMK'nın 134. maddesinin de emri

²¹⁶ Erkan Karabacak, İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değeri; *Bylock Örneği*, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2020, s. 79.

²¹⁷ Yargıtay 16. CD, T. Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

²¹⁸ Madde 164 – (1) Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

²¹⁹ Ufuk Yeşil, *Bylock Bilgilerinin Delil Değeri*, İstanbul: Alternatif Düşünce ve Medya Yayıncılık, 2019, s. 304.

²²⁰ Anayasa Mahkemesi, 04.06.2020 Tarih ve 2018/15231 sayılı Ferhat Kara Başvurusu, RG, 26.06.2020, Sayı 31167.

²²¹ (Opinion No.42/2018–21.08.2018), <https://docplayer.biz.tr/111823102-Birlesmis-milletler-keyfi-tutuklamalar-calisma-grubu-bm-ktcg.html>, Erişim Tarihi: 10.08.2021.

olduğunu belirtmiştir.²²² Talep edilmeden bu hard disk ve flash belleğin birer örneğinin tüm sanıklara verilmesi zorunlu olmasına ve talebe rağmen bu materyallerin bugüne kadar hiçbir sanığa veya avukata verilmediğini, **şayet** bu materyallerin verilmemesi halinde sanıkların ByLock kullanıcısı olmadıklarını ispat etme hakları ellerinden alınmış olacağını ifade etmiştir. Ayrıca mahkemelerin, absürt bir şekilde, suçlamaları çürütme haklarını ellerinden aldıkları sanıklara, "*Sanık Excel dosyasında yazılı ByLock kullanıcısı olduğuna dair delili çürütemediği için ByLock kullanıcısıdır.*" şeklinde bir sonuca vararak kişileri ağır hapis cezalarına mahkûm ettiğinin altını çizmiştir. BM KTÇG, CMK m. 134'e aykırı yargılama yapıldığı, bir mahkemenin olmazsa olmaz özelliklerinden olan "çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin" de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

MİT'in şifre kırma, satın alma gibi yöntemlerle CMK'da belirtilmeyen usullerle elde ettiği ancak yasal olarak elde etmediği dijital materyallerin tek başına delil olarak kullanılması hukuka aykırı olacaktır. Birçok mahkeme kararında Bylock verileri için belirtilen "MİT tarafından yasal olarak elde edildiği kabul edilen dijital materyaller" ifadesi Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine, AİHM, AYM ve Yargıtay içtihatlarına ve meri kanunlarımıza aykırı olacaktır.²²³

Bir an için ByLock delilinin usulüne uygun elde edildiğini kabul edecek olursak, programı indirme ve kullanma eyleminin silahlı terör örgütü üyeliği suçu için mahkumiyet kararlarında tek veya belirleyici delil olarak kullanılabilmesi mümkün müdür?

Yargıtay'ın uygulamasına göre tespit ve değerlendirme raporu ile cep telefonuna ByLock haberleşme programı indirip kullandığı belirlenen kişi, FETÖ/PDY üyesi sayılmaktadır.²²⁴ Buna göre; ByLock kullanıcılığını gösteren tespit ve değerlendirme raporu çürütülmedikçe; kişinin örgütün hiyerarşik yapısında yer aldığı ve özel suç

²²² Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun 09.01.2015 tarihli Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri (Başvuru Numarası: 2014/253) kararında, Devlet sırrı olduğu gerekçesiyle savunma makamına kopyası verilmeyen ve bilirkişi incelemesi talepleri reddedilen dijital delillerin mahkumiyete esas alınmasının "silahların eşitliği" ilkesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

²²³ Erkan Karabacak, İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değeri; *Bylock Örneği*, s. 83.

²²⁴ Yargıtay 16. CD'nin 24.04.2017 tarihli kararını onayarak kesinleştiren YCGK, 19.07.2017 tarihli kararında ByLock ile alakalı şu tespitlerde bulunmuştur; "*ByLock iletişim sisteminin FETÖ üyeleri tarafından kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım üyelerince kullanılan bir ağ olması nedeniyle, örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştırılacak teknik verilerle tespit halinde kişinin örgüte bağlantısını gösteren delil olacaktır.*" YCGK'ya göre söz konusu ağın kişinin örgütte bağlantısını gösterir delil olduğunun kabulü için iki şart gereklidir; ilki örgütün talimatı ile bu ağa dahil olması, ikincisi ise gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanmasıdır. YCGK, Esas No: 2017/1800, Karar No: 2017/4837, Tarih: 19.07.2017.

işleme kastına sahip olduğu kabul edilecektir.²²⁵ Nitekim uygulamada; örgütün gizli haberleşme vasıtası sayılan ByLock programını cep telefonuna indirip kullanan sanığın örgüt üyesi olduğu, haberleşme içeriğinin tespit edilemediği durumda da bu programın cep telefonuna örgütsel faaliyet maksatlı indirilip kullanıldığı kabul edildiği görülmektedir.²²⁶ Yargıtay 16. CD'nin kararlarından anlaşılacağı üzere, ByLock sisteminde haberleşmenin kimlerle yapıldığı ve içeriğinin tespiti mümkündür. Ancak silahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşabilmesi için söz konusu ağa dahil olunması yeterli kabul edilmekte, ayrıca mesaj içeriklerinin tespitine gerek duyulmamaktadır. Daire, mesaj içeriklerinin tespitinin yalnızca sanığın örgütteki konumunu (yönetici, üye) belirlemek amaçlı önem arz ettiğini kabul etmektedir.²²⁷ Yine Daireye göre bu ağa dahil olan sanıkların ağ içinde başka bir kişi ile görüşme yapmış olması da gerekmez.²²⁸

Bylock için iki kriterin belirlendiği; birincisinin sanığın örgütün talimatı ile ağa dahil olduğunun tespit edilmesi ve ikincisinin de sanığın Bylock'u gizliliği sağlamak için haberleşme yöntemi olarak kullandığının teknik verilerle ortaya çıkarılması olduğu Yargıtay'ın 16. Ceza Dairesi'nin 19.09.2017 ve 11.12.2017 tarihli kararlarından anlaşılmaktadır.²²⁹

Anayasa Mahkemesi 20.06.2017 tarihli kararında tutukluluk tedbirini değerlendirirken; *"FETÖ/PDY ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda, soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce, "ByLock"un kullanılmasının ve/veya kullanılmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklenmesinin somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfi bir tutum olarak değerlendirilemez."*²³⁰ ifadelerini kullanmıştır. Mahkeme sanıkların IP numarası, kullanıcı adı ve görüşme yaptığı kişilerin tespit edilerek örgüt içi haberleşmede Bylock programının kullanılmış

²²⁵ "ByLock kullanıcısı olduğunu kabul etmeyen sanığın, ByLock uygulamasını kullandığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde teknik verilerle tespiti halinde, ByLock kullanıcısı olduğuna dair delilin atılı suçun vasfının tayini açısından belirleyici nitelikte olması karşısında, ilgili birimlerden ayrıntılı ByLock tespit ve değerlendirme raporu getirilip değerlendirilerek..." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/2069, Karar No: 2018/3808, Tarih: 01.11.2018.

²²⁶ Ersan Şen, "Yeni Bylock Kararı", 30.11.2019, <https://www.hukukihaber.net/yeni-bylock-karari-makale,8427>, Erişim Tarihi: 11.08.2021.

²²⁷ "ByLock iletişim sisteminde bağlantı tarihi, bağlantıyı yapan IP adresi, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığı, haberleşmelerin kimlerle yapıldığı ve haberleşmenin içeriğinin tespiti mümkündür. Bağlantı tarihi, bağlantıyı yapan IP adresinin tespit edilmesi ve hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının belirlenmesi kişinin özel bir iletişim sisteminin bir parçası olduğunun tespiti için yeterlidir. Haberleşmelerin kimlerle yapıldığı ve içeriğinin tespit edilmesi kişinin yapının (terör örgütü) içindeki konumunu tespit etmeye yarayacak bilgilerdir. Diğer bir deyişle kişinin örgüt hiyerarşisi içerisindeki konumunu (örgüt yöneticisi/örgüt üyesi) tespit etmeye yarayacak bilgilerdir." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

²²⁸ "ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanılması amacıyla oluşturulmuş ve münhasıran bu suç örgütünün mensupları tarafından kullanılmakta olan bir ağ olduğunun somut delillere dayanması nedeniyle, bu ağa dahil olan sanıkların ağ içinde başka bir kişi ile görüşme yapmış olması da gerekmez." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2015/3, Karar No: 2017/3, Tarih: 24.04.2017.

²²⁹ Şen-Eryıldız, Suç Örgütü, s. 157.

²³⁰ Anayasa Mahkemesi, 20.06.2017 Tarih ve 2016/22169 sayılı Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, RG: 03.06.2017, Sayı: 30110.

olduğunun teknik verilerle kesin olarak tespit edilmiş olmasını kuvvetli suç şüphesi olarak kabul etmiştir.²³¹

Ayrıca Anayasa Mahkemesi 04.06.2020 tarihli Ferhat Kara kararında, ByLock iletişim sisteminin global bir uygulama görüntüsü altında FETÖ/PDY mensuplarının kendi aralarındaki örgütsel iletişimi sağlamak amacıyla oluşturulan bir program olduğu ve örgütsel iletişimin bu program üzerinden büyük bir gizlilik içinde sağlandığı yönünde yargı organlarınca yapılan değerlendirmelerin çok güçlü olgusal temellere ve maddi/teknik verilere dayalı olduğunun anlaşıldığı ve bu durumda ByLock kullanımının örgütsel bir faaliyet olarak kabulünün temelsiz veya keyfi bir yaklaşım olarak değerlendirilmesi mümkün görünmediğini değerlendirmiştir.²³²

Yine Anayasa Mahkemesi 15.04.2021 tarihli *Adnan Şen* kararında adli makamların ByLock ile ilgili dijital materyallerin gerçekliği veya güvenilirliği ile ilgili olarak gerekli araştırma, inceleme ve değerlendirmelerde bulunduğu, Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edilmediğine, yapısı, kullanım şekli ve teknik özellikleri itibarıyla sadece FETÖ/PDY mensuplarınca -örgütsel iletişimde gizliliği sağlama amacıyla- kullanılan kriptolu iletişim ağının başvurucu tarafından kullanılmasının terör örgütüne üye olma suçu açısından mahkûmiyete dayanak alınmasının, adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemelerinin

²³¹ Anayasa Mahkemesi, Murat Aslan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/15422, Karar Tarihi: 22.07.2020; "(...) -57. Dolayısıyla soruşturma makamlarınca başvurunun illegal yönünün kamuoyunca bilinmeye başladığı süreçte örgüt ile bağlantısının olduğuna dair anlatımlar içeren tanık ifadelerinin tutuklamanın hukukluluğu bağlamında başvurunun FETÖ/PDY ile bağlantılı bir suç işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi mümkündür.

58. Kaldı ki başvuru hakkında düzenlenen iddianamede, tutuklama kararında değerlendirme konusu yapılan tanık beyanlarının yanı sıra başka bir kısım tanığın beyanları dayanak gösterilerek başvurunun -IP numarası, kullanıcı adı ve görüşme yaptığı kişilerin tespit edildiği belirtilerek- FETÖ/PDY'nin örgüt içi haberleşmede kullandığı belirtilen ByLock programını kullandığı da ileri sürülmüştür (bkz. § 18).

59. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında ByLock uygulamasının özellikleri göz önüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir (Ayдын Yavuz ve diğ.leri, §§ 106, 267). Buna göre soruşturma makamlarınca ve tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerde FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan başvurunun ByLock uygulamasını kullanmasının somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfi bir tutum olarak değerlendirilemez (Selçuk Özdemir, § 74).

60. Sonuç olarak soruşturma makamlarınca soruşturma sürecinde ByLock programını kullandığı da anlaşılan başvuru hakkındaki tanık ifadelerinin tutuklamanın hukukluluğu bağlamında başvurunun FETÖ/PDY ile bağlantılı bir suç işlediğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi olduğu söylenemez.(...)"

²³² Anayasa Mahkemesi, 04.06.2020 Tarih ve 2018/15231 sayılı Ferhat Kara Başvurusu, RG, 26.06.2020, Sayı 31167. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi Bylock delilinin elde edilmesine ilişkin ulusal ve uluslararası hukuku göz ardı etmiş yalnızca MİT raporuna dayanan Adli kolluk raporları ile hüküm kuran Yargıtay'ın kararlarını tekrarlamakla yetinmiştir. 6706 sayılı Adli İşbirliği Kanunu 7. maddesi, Siber Suçlar Sözleşmesi ilgili maddelerine, CİKAYAS 3. ve 15. Maddesine aykırılık hususu tartışılmamıştır. Bylock verilerinin istihbari veriler sonucu elde edildiğini kabul etmesine rağmen daha evvel verdiği kararlara ve MİT kanununa aykırı olarak söz konusu verilerin yargılamada kullanılmasını hukuki olarak değerlendirmiştir. Kararda Anayasa'nın 13. ve 38/6 maddesi, CMK'nın 206/2-a, 217/2. maddeleri inceleme kapsamına alınmamış Yargıtay kararlarına atıf yapmakla yetinilmiştir. Yine söz konusu kararda Mahkeme belli bir prosedüre ve sıkı şartlara bağlanan bilgisayar ve kütüphanelerde arama yapılmasına ilişkin CMK 134. maddenin açıkça ihlal edildiği gerçeğini tartışma gereği duymamış, 2937 sayılı Kanunun 4, 6, ve Ek-1 maddelerine dayanılarak elde edilen verilerin delil niteliği taşımadığı ve adli makamlarca yapılan bir çalışma olmadan elde edildiği gerçeği göz ardı edilmmiştir.

ve Yargıtay'ın ByLock ile alakalı tespitlerinin herhangi bir hak ihlaline sebebiyet vermediğine karar vermiştir.²³³

AİHM ise 20.07.2021 tarihli *Akgün v. Türkiye* kararında, iç hukuktaki bu değerlendirmelerin aksine, tutuklama kararına dayanak olan yalnızca başvuru sahibinin ByLock kullanıcısı olduğunu belirten söz konusu belgenin, mesaj içeriği gibi farklı delillerle desteklenmedikçe, ByLock'u gerçekten de iddia edilen suçlara karşılık gelebilecek şekilde kullandığına kanıt olamayacağından bahisle Sözleşmenin 5/1, 5/2 ve 5/3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²³⁴

Mahkemeye göre şifreli bir iletişim aracı indirme veya kullanma ya da karşılıklı gönderilen mesajların özel niteliğini korumak için başka bir yöntemin kullanılması, başlı başına bir yasa dışı veya suç teşkil eden bir faaliyette bulunulduğuna dair objektif bir gözlemciyi tatmin etmekten uzaktır.

Tüm bu belirlemeler evelinde ve sonrasında MİT tarafından tespit edilen listelerde ByLock kullanıcısı olduğundan bahisle 80.000'den fazla kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır.²³⁵ ByLock programını adeta örgütün üye kimliği olarak kabul eden ve "şekli suç" kabulü ile hareket eden çoğu yerel mahkeme birçok kişi hakkında savunmalara itibar etmeyerek, sırf ByLock kullandığı iddiası ile silahlı terör örgütü üyeliğinden sayısız mahkûmiyet hükmü kurmuştur.²³⁶ 27.12.2017 tarihinde ise Ankara Başsavcılığı yaptığı açıklamada, bağlantı veri parametreleri bakımından benzer özellikler taşıyan 11.480 GSM numarasının kullanıcılarının, iradeleri dışında ByLock IP'lerine yönlendirilmiş olduklarının tespit edildiğini kamuoyu ile paylaşmıştır.²³⁷ Bu tespitten sonra savunmalarına itibar edilmeyerek, silahlı terör örgütü üyeliğinden cezalandırılan sanıklar hakkında verilen mahkûmiyet kararları, İstinaf Mahkemeleri'nce kaldırılmıştır. Örneğin Ankara 15. Ağır Ceza Mahkemesi 23.11.2017 tarihli kararı ile ByLock programını kullandığından bahisle mülkiye müfettişi olan sanığın silahlı terör örgütü üyeliği suçundan 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.²³⁸ Ancak sanığın iradesi dışında ByLock IP'sine

²³³ Anayasa Mahkemesi, 15.04.2021 Tarih ve 2018/8903 sayılı Adnan Şen Başvurusu, RG, 30.06.2021, Sayı:31527.

²³⁴ *Akgün v. Türkiye*, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#\(22itemid%22:%22002-13343%22\)](https://hudoc.echr.coe.int/tur#(22itemid%22:%22002-13343%22)), E.T 18.08.2021.

²³⁵ "FETÖ'nün örgüt içi haberleşme yöntemi ByLock soruşturmalarında bugüne kadar 97 bin kişinin uygulamayı kullandığı tespit edildi. 82 bin 894 kullanıcı hakkında adli işlem yapıldı." <https://www.milliyet.com.tr/gundem/82-bin-bylockkucuya-adli-islem-yapildi-6092223>, Erişim Tarihi: 04.08.2021.

²³⁶ Örnek mahkûmiyet kararları için Bkz. Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.07.2017 gün ve 2017/185 esas, 2017/356 sayılı kararı, Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.06.2017 gün ve 2017/71 esas, 2017/89 sayılı kararı, Kayseri 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.11.2017 gün, 2017/332 esas ve 2017/161 sayılı kararı, Kayseri 4. Ağır Ceza Mahkemesi 09.11.2017 tarih 2017/320 esas ve 2017/158 sayılı kararı, Ankara 15. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.11.2017 gün ve 2017/88 esas, 2017/121 sayılı kararı.

²³⁷ "Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın açıklamasına göre 'Mor Beyin' uygulamasıyla 11 bin 480 kişinin telefonu iradesi dışında ByLock'a yönlendirildi. FETÖ bu yöntemi gerçek kullanıcıları gizlemek için kullandı.", <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/savciliktan-cok-onemli-bylock-aciklamasi-40691613>, Erişim Tarihi: 04.08.2021.

²³⁸ Ankara 15. Ağır Ceza Mahkemesi, Esas No: 2017/88, Karar No: 2017/121, Tarih: 23.11.2017.

yönlendirildiğinin anlaşılması üzerine İstinaf Mahkemesi'nce cezası kaldırılmıştır.²³⁹

Yaşanan bu gelişmeden sonra Yargıtay sanıkların ByLock programını indirmesinden ayrı olarak, bu sisteme girdiğinin ve bu programı kullandığının, User-ID, şifre ve grup elemanlarını içeren "ByLock tespit ve değerlendirme" tutanağının²⁴⁰ ve CGNAT²⁴¹ kayıtlarını gösteren belgeler ile kesin olarak kanıtlanması şartını aramaya başlamıştır.²⁴²

Mahkemelerce Yargıtay'ın yıllar içerisinde üyelik üzerine geliştirdiği içtihatların göz ardı edilmesi, söz konusu mağduriyetlerin yaşanmasında önemli bir yer

²³⁹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, Esas No: 2017/1670, Karar No: 2018/563, Tarih: 07.11.2018.

²⁴⁰ Yargıtay, 16. Ceza Dairesi, E. 2018/187, K. 2018/1462, T. 27.3.2018; "(...)ByLock iletişim sistemi, FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştırılacak teknik verilerle tespiti halinde, kişinin örgütte bağlantısını gösteren bir delil olacaktır.

ByLock uygulaması programını indirmek, mesajlaşmak/haberleşmek için yeterli değildir. Öncelikle kayıt esnasında kullanıcının bir kullanıcı adıyla parola üretmesi, mesajlaşma için ise kayıt olan kullanıcılara sistem tarafından otomatik olarak atanan ve kullanıcıya özel olan ID (kimlik) numarasının bilinmesi ve karşı tarafça onaylanması gerekmektedir. Karşılıklı ekleme olmaksızın iletişime geçilme imkanı bulunmamaktadır.

ByLock iletişim sisteminde bağlantı tarihi, bağlantıyı yapan IP adresi, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığı, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiği ve içeriğinin ne olduğu tespit edilebilmektedir. Bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin tespit edilmesi ve hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının belirlenmesi, kişinin özel bir iletişim sisteminin bir parçası olduğunun tespiti için yeterlidir. Haberleşmelerin kimlerle yapıldığı ve içeriğinin ne olduğunun saptanması ise kişinin örgüt içindeki konumunu tespit etmeye yarayacak bilgilerdir.

ByLock kullanıcı tespitleri ByLock sunucusunda kayıtlı IP adresleri üzerinden tespit edilebilmektedir. ByLock sunucusunda kaydı olan kullanıcıların User-ID (Kullanıcı No) tespiti yapılabilmekte ve mesaj içeriklerinin çözümü gerçekleştirilebilmektedir. Bu sebeple ByLock tespit değerlendirme tutanağında yer alan User-ID (Kullanıcı No), şifre ve gruba kayıtlı kişilerin tespiti bu kişilerin birbirleriyle olan ilişkisi ve itibatların ortaya konulması sanığın hukuki durumunun belirlenmesi bakımından önemlidir.

ByLock kullanıcılarının tespitleri açısından operatörler tarafından tutulan CGNAT (HIS) kayıtları bir çeşit üst veridir. CGNAT kayıtları özet veri olması sebebiyle bir iz ve emare niteliğinde olduğundan tek başına kişinin gerçek ByLock kullanıcısı olduğunu göstermez. Kişiler iradeleri dışında ByLock sunucularına yönlendirilmiş olabilirler. Nitekim, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde yürütülen ve BTK tarafından yapılan teknik çalışmalar sonucunda iradeleri dışında ByLock sunucularına yönlendirildikleri saptanan 11.480 kişinin tamamının CGNAT kayıtlarının olduğu ve tespit edilen CGNAT kayıtlarına göre ByLock uygulamalarının IP'lerine bağlantıya yönlendirildikleri belirtilmektedir.

Kişinin User-ID ve şifrelerinin belirlenememesi ve fakat CGNAT kayıtlarıyla ByLock sunucusuna bağlantı yapıldığını tespit edilmesi halinde, kişinin gerçek ByLock kullanıcısı olduğu ancak henüz User-ID ve şifresinin tespit edilmediği anlaşılacağı gibi; ByLock sunucularına tuzak yöntemlerle (Morbeyin vb.) yönlendirilmiş olabileceği sonucuna da ulaşılabilir.

Bu sebeple ancak operatör kayıtları ve User-ID eşleştirmesi doğru yapılabilen kişilerin gerçek ByLock kullanıcısı olduklarının kabulü gerekeceğinden, kişinin örgütsel gizliliği sağlamak ve haberleşmek amacıyla ByLock sistemine girdiğinin ve bu sistemi kullandığının, User-ID, şifre ve grup elemanlarını içerir ByLock tespit değerlendirme tutanağı ve CGNAT kayıtlarını içeren belgeler ile kesin olarak kanıtlanması zorunludur.(...)"

²⁴¹ ByLock kullanıcı tespitleri açısından operatörler tarafından tutulan CGNAT (HIS) kayıtları bir çeşit veridir. CGNAT kayıtları özet veri olması nedeniyle bir iz ve emaredir. Tek başına kişinin gerçek ByLock kullanıcısı olduğunu göstermez. Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/2687, Karar No: 2019/4885, Tarih: 9.07.2019.

²⁴² "Sanığın ByLock kullanıcısı olup olmadığının atılı suçun sübutu açısından belirleyici nitelikte olması karşısında; ByLock 'Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nın (ByLock kullanıcısının ad soyad, T.C. kimlik numarası, ID, şifresi ve gruba kayıtlı kişilerin ve zaman zaman görüşme içerikleri bulunan rapor) getirilip okunması gerekmektedir. ByLock tespit ve değerlendirme raporu olmadığı durumlarda sanığın teknik olarak bu programı kullandığının tespiti açısından HIS (CGNAT) ve HTS kayıtları üzerinden uzman bilirkişi incelemesi yaptırılarak rapor alınması gerekirken ByLock kullanıcısı olduğuna dair yetersiz belgeye dayanılarak eksik araştırmayla hüküm kurulması..." (Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/2687, Karar No: 2019/4885, Tarih: 09.07.2019), "Sanığın ByLock kullanıcısı olduğuna dair Burdur İl Emniyet Müdürlüğü tarafından düzenlenen yetersiz ve eksik araştırma tutanağına dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesi..." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/943, Karar No: 2018/1806, Tarih: 30.05.2018, Ayrıca Bkz. Yargıtay 16. CD, Esas No: 2018/2608, Karar No: 2018/2629, Tarih: 17.09.2018, Yargıtay 16. CD, Esas No: 2019/6993, Karar No: 2019/5031, Tarih: 18.07.2019, Yargıtay 16. CD Esas No: 2018/2069, Karar No: 2018/3808, Tarih: 01.11.2018.

edinmektedir. Söz konusu mağduriyetler ağa hiç dahil olmadığı tespit edilen kişilerle ilgili olsa da programa kendi isteği ile dahil olan ancak suç örgütü üyeliği saiki ile hareket etmeyen kişiler için de durum farklı değildir. Şen-Eryıldız'a göre; "Suç işleme kastının yokluğu sırf haberleşme programını yükleyip kullandığı için kişinin örgüte üyelik suçunu işlediğini gösteremez. Suç işlemek kastı suçun manevi unsuru ile ilgilidir ve suçun fiil kısmını kapsayan maddi unsurdan ayrılır. Eğer programı yükleyip kullanmak görüşmelerin içeriği ya da kiminle görüşme yaptığı bilinmese dahi suçun delili sayılacaksa bu durumda failin suç örgütü üyeliği suçunu işleme kastı ile hareket edip gizli haberleşme programını kullandığının kanıtlanması gerekir."

"Programı suç işlemek kastı ile yüklediği tespit edilen kişinin örgüt üyeliğinden suçlanması söz konusu olabilir ancak "Şekli suç" mantığı ile savunmaya hiç itibar edilmeksizin kişilerin cezalandırılması yoluna gidilmesi ceza hukukunda yalnızca maddi unsura itibar edilip manevi unsurun göz ardı edilmesi sonucuna yol açabilecektir Böylece ByLock yükleyip kullandığı iddia edilen herkesin cezalandırılması yoluna gidilebilecektir. Böyle sınırsız bir ceza sorumluluğunun kabulü ise mümkün değildir."

"ByLock veya benzeri bir programın yalnızca cep telefonuna indirilmesi veya kullanılması örgüt üyeliğinin tek başına delili sayılmamalı, bu durumun somut yan deliller ile desteklenmesi ve özellikle de kullanıcı tarafından programın hangi amaçla kullanıldığına ve örgüt mensupları ile iletişimde kullanılıp kullanılmadığının tespiti yapılmalı, yani haberleşme programının örgüt amaçlı kullanılıp kullanılmadığına bakılmalıdır."²⁴³

Anlaşılabacağı üzere söz konusu fiil, telefona bahsi geçen programı indirmek ve kullanmaktır. Terör örgütü üyeliği suçunun maddi unsurlarından en önemlisi kişinin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olması ve bu bağlamda eylemlerinde süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk bulunmasıdır. Sırf bu fiili gerçekleştiren kişilerin örgüt üyesi olduğunun kabulü Yargıtay'ın üyelikle alakalı oluşturduğu içtihatlarına aykırılık teşkil edeceği gibi suçun manevi unsurunun da somut olayda değerlendirme dışı bırakılmasına sebebiyet verecektir. Öte yandan, içerikleri tespit edilmediği sürece tek başına programı kullanma eylemi kişinin örgüt hiyerarşisine dahil olduğunun, örgütle canlı, geçişken ve etkin organik bağ kurduğunu göstergesi olamaz.²⁴⁴ Bu fiil

²⁴³ Şen-Eryıldız, s. 740, 743.

²⁴⁴ Nitekim Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi kararında "...ByLock uygulamasını hangi tarihler arasında kaç kez kullandığı, ByLock uygulaması üzerinden sesli görüşme yapıp yapmadığı, yapmışsa kimlerle yaptığı, elektronik posta ve yazılı mesaj sistemini kullanarak örgütsel haberleşme yapıp yapmadığı, (Yazılı mesaj ve e-mâil gönderip göndermediği, alıp almadığı) örgütsel haberleşme yapmış ise kimlerle haberleştiği, içerikleri ve örgütsel yazışma yapmış olduğu kişilere ilişkin FETÖ/PDY terör örgütü kapsamında soruşturma olup olmadığının araştırılmaması" tespitleri bozma sebebi olarak göstermiştir. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 2. CD, Esas No: 2017/9221, Karar No: 2017/784, Tarih: 04.04.2017.

tek başına çeşitlilik ve yoğunluk da içermemektedir.²⁴⁵ Ayrıca yalnızca uygulamayı indirip kullanmayan ya da çok kısa süre kullanan kişilerde süreklilik şartı da bulunmamaktadır.

Şimdiye kadar ki Yargıtay kararlarında ByLock programının indirilip kullanıldığının tespiti üye kimlik kartı gibi kabul edilmektedir. Bu durum, ceza sorumluluğunu aşırı genişleterek şekli suç kabulüne yol açmıştır.²⁴⁶ Ancak Yargıtay 16. Ceza Dairesi 25.06.2020 tarihli kararında; yargılanan bir sanığın diğer sanığın cep telefonuna "ByLock" programı yüklediğini ve her iki sanığın kendi isteğiyle bu programı aralarında haberleşme için kullandığını ancak elde edilen haberleşme içeriklerine göre sanıklardan birisinin bu programı *sırf özel maksatlı görüşme yapmak için kullandığını*, yani örgütsel faaliyette kullanmadığını, haberleşme içerikleriyle tespit edilmediği durumda sanığın örgüt üyeliğinden cezalandırılmaması gerektiğini belirterek, önceki içtihatlarının aksine bir karar vermiştir.²⁴⁷ Daire'nin bu kararı, suçun manevi unsurunun da göz önünde bulundurulması gerektiğinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Öyle ki örgüt üyeliği suçunun oluşması için örgüt üyesinin; örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, suç işleme amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak için de failde saikin "*suç işleme amacı*" olmasının aranması gerekir. ByLock programını telefonuna indiren ve kullanan bir kişinin eylemlerini yukarıdaki saikle gerçekleştiriyor olması gereklidir. Kişinin bu saikleri taşıdığının ispatı ise ancak ByLock yazışmalarının içeriğinin tespiti ile mümkün olacaktır. Ancak Yargıtay üyelerinin AİHM'in Akgün kararı sonrasında yaptıkları bir açıklamada²⁴⁸ her ne kadar "*Biz, bylock kullandığı kesin olarak ortaya çıkan kişinin yapmış olduğu görüşmelerin içeriğini ve yan delillerini birlikte değerlendirmeden karar vermiyoruz. Kişi, bylock'u örgütsel amaçlı kullanmamışsa, örgüt üyeliği iddialarına ilişkin yan delil de arıyoruz.*" minvalindeki ifadelerle yer verilse

²⁴⁵ Yargıtay 16. CD, 18.07.2017 tarihli kararında eylemin yoğunluk içermesi gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: "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." Yargıtay 16. CD, Esas No: 2016/7162, Karar No: 2017/4786, Tarih: 18.07.2017.

²⁴⁶ Şen-Eryıldız, s. 743.

²⁴⁷ "Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından onanarak kesinleşen dairemizin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 24.04.2017 tarih, 2015/3 esas, 2017/3 karar sayılı kararında, "... iletişim sisteminin ... silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaşılacak teknik verilerle tespiti halinde, kişinin örgütte bağlantısını gösteren delil olacağı"nın kabul edildiği dikkate alınarak, somut dosyada sanık ...'in kullandığını kabul ettiği 168979 ID numaralı ...'ta sadece diğer sanık ...'in ekli olması ve yazışma içeriklerinin örgütsel nitelikte olmadığına anlaşılmasına rağmen hatalı değerlendirmeye sanığın, örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının kabul edilerek yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı CMK'nın 302/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA" Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Esas: 2019/11650, Karar: 2020/3039, Tarih: 25.06.2020.

²⁴⁸ <https://www.haberturk.com/yazarlar/yasemin-guner/3141273-feto-culer-aih-m-kararına-bosuna-sevindi>, Erişim Tarihi: 25.08.2021

de belirtilen karar dışında bugüne kadar kamuoyuna yansıyan başka bir karar da olmamıştır.

Özgenç; Bylock ve terör örgütü üyeliğine ilişkin şunu ileri sürmektedir: *"Söz konusu gerekçeli kararda, sanıkların alelittlak Bylock isimli özel iletişim programını kullanmış olmaları, terör örgütü üyeliği suçundan mahkûm edilmeleri için yeterli delil olarak kabul edilmiştir.*

Kişi, kapalı devre bir iletişim ağı olduğunu bilerek bu sisteme dahil olmuş olabilir. Ancak, salt bu bilgi ceza hukuku sorumluluğu için yeterli değildir.

*şayet kişi, bu programın bir suç örgütünün üyelerine münhasır kapalı devre bir iletişim aracı olduğu ve bu program üzerinden suç işlenmesine yönelik bir faaliyet icra edildiği bilgisine sahip ise, en azından suç örgütü üyeliğinden dolayı sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir."*²⁴⁹ Özgenç, ortada bir silahlı terör örgütü bulunsa ve bu silahlı terör örgütünün herhangi bir birimine üye bir kişi bulunsa bile bu kişinin sorumluluğunun kişinin kastına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Kişi bu programın, yalnızca suç örgütünün üyelerinin kullandığı bir iletişim aracı olduğu ve bu program üzerinden suç işlenmesine yönelik bir faaliyet icra edildiği bilgisine sahip ise, bu takdirde eyleminin silahlı terör örgütü üyeliğinden değil TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç örgütü üyeliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir.²⁵⁰ Dolayısıyla Bylock kullanımına ilişkin ceza sorumluluğunun kullanıcının bu programı kullanmaktaki kastı ve kullanım şekline bağlı olarak belirlenmesi gerekir. Örgütün silahlı terör örgütü niteliğini bilen ve bu kapsamda kapalı devre bir program olan Bylock'u kullanan kişilerle örgütün bu vasfını bilmeyen ancak örgütün TMK kapsamında olmayan suçları işlediğini bilen ve gizlilik için bu programları kullanan kişiler ve bu programı yalnızca dini sohbet ve arkadaşlarıyla iletişim için kullanan kişilerin sorumluluklarının Anayasa'nın ölçülülük ilkesi açısından farklı değerlendirilmesi gerekir.

²⁴⁹ Özgenç, *Suç Örgütü*, s. 117.

²⁵⁰ Özgenç, *Suç Örgütü*, s. 1.

SONUÇ

Mevzuatımıza göre bir örgütün silahlı terör örgütü sayılabilmesi için silah unsurunu taşımasının yanında cebir ve şiddet kullanması gerekliliği TMK'da 2003 ve 2006 yılında yapılan değişikliklerle bir şart olarak kabul edilmiştir. FETÖ/PDY'nin ise mevzuatımıza göre bir silah ile cebir ve şiddet kullanma unsurlarına haiz olması, 15 Temmuz 2016 itibari ile söz konusu olmuştur. Bu kapsamda, darbe teşebbüsünden sonra örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan kişilerin işledikleri filler bağımsız bir suç oluşturmaya dahi silahlı terör örgütüne üyelikten dolayı sorumlu tutulacakları açıktır.

Ancak bilindiği üzere örgüt, bu tarihe kadar açıkça cebir ve şiddete başvurmamıştır. Söz konusu örgüt hakkında 15 Temmuz'dan evvel "*manevi cebir kullanarak*" terör örgütü vasfını kazandığına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı da bulunmamaktadır. Yıllarca "*sövene dilsiz, vurana elsiz*" politikasını benimsediği izlenimi veren örgüt, mensuplarını da "hoşgörü, sevgi, diyalog, muhabbet" tellalı olarak tanımlamıştır. Kamu gücüyle hareket edenlerin teşviki ve yönlendirmesi ile birlikte örgütün; dini ve milli hassasiyetleri sonuna kadar kullanan, fikri veya dini hizmet hareketi olarak bilinmesi ve toplumun büyük bir kesimi tarafından da bu şekilde kabul edilmesi gerçeği karşısında, toplumda terörün olmazsa olmazı "*cebir ve şiddet*" kavramı ile örgütü örtüştüren bir algı oluşmamıştır.

Öte yandan yargılamalardaki hukuksuzlukların sıradanlaşmasının temelinde; örgütün terör örgütü olduğunu kesinleştiren ilgili Yargıtay kararında cebir ve şiddete başvurduğu 15 Temmuz 2016 tarihi öncesinde de herhangi bir somut suçun icrasına iştirak etmemiş bulunan kişilerin, suç teşkil etmeyen eylemlerinden dolayı sorumluluğuna gidilmesi yatmaktadır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına aykırı olarak, yoğunluk, süreklilik, çeşitlilik içermeyen, organik bağ kavramını karşılamayan, birtakım Anayasal hakların kullanılmasından ibaret eylemlerin, hiçbir hukuki dayanağı olmayan "*milat*" adı altında belirlenen tarihlerden sonra "örgütün hiyerarşisine dahil olmak" kapsamında değerlendirilmesi, suçun maddi unsurlarının göz ardı edilmesi sonucunu doğurmuştur. Oysa devlet kurumlarında dahi örgüt hakkında terör örgütü olduğu yönünde bir tespit ve değerlendirme yapılmadığı ve faaliyetlerinin yasaklanmadığı dönemlerde, vatandaşlardan geleceği öngörerek hareket etmelerini beklemek akla, vicdana ve hukuka uygundur.

15 Temmuz 2016 tarihine kadar toplumda açıkça cebir ve şiddet yanlısı bir politika izlediğine ilişkin algı oluşturmayan örgüte dini saiklerle bağlı olan kesimin, örgütün "*silahlı bir terör örgütü olduğunu bildiği varsayılarak*" cezalandırılması yoluna gidilmesi suçun manevi unsurunun da göz ardı edildiğini göstermektedir. Nitekim söz konusu suç, olası kastla işlenemeyeceğinden, kişinin doğrudan kastının şüpheden uzak

bir şekilde ispat edilmesi hatta Yargıtay'ın benimsediği içtihatlarla göre kişide "suç işleme amacının" olduğunun da tespiti gereklidir.

Diğer taraftan YCGK'nın da vurguladığı üzere, önceden varlığı bilinen ancak hakkında bir mahkeme kararı bulunmayan örgütün kurucusu, yöneticileri yahut da üyeleri, gerçekleşen sonucu bilmeleri ve istemeleri şartıyla sorumlu tutulabilirler. Elbette FETÖ/PDY kalkıştığı "darbe girişimini" tek günde planlayıp icraya koymamıştır. Bu sebeple örgütün amaçlarından ve 15 Temmuz 2016 tarihinden evvel cebir ve şiddet kullanacağından haberdar olarak söz konusu örgütün hedefleri doğrultusunda örgüte katılan, bağlanan, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine giren, örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılıp böylece somut bir suçun icrasına iştirak eden bir kişi bu fiilleri sebebi ile soruşturulacak, mahkeme bu suçun örgütlü olarak işlendiğine karar verirse ilk önce ilgili mevzuata göre silahlı terör örgütünün tespitini yapacak, daha sonra kişinin eylemlerinin silahlı terör örgütüne üyelik suçunu oluşturup oluşturmadığına karar verecektir.

Ancak bu tarihten önce somut bir suça karışmamış; sadece dini toplantılara, derneklere yahut sosyal etkinliklere katılmış; maddi-manevi yardımda bulunmuş; şirket, dernek ya da okullarında görev almış kişiler, örgüte üye olmaktan veya bu örgütü yönetmekten sorumlu tutulamazlar.

Yargıtay'ın yıllardır üyelik üzerine geliştirdiği eski içtihatlarının sadece teoride kalması, bazı Anayasal hakların kullanılmasının örgüt üyeliğine delil olarak kabul edilmesi, suçun maddi ve manevi unsurlarının göz ardı edilmesi şüphesiz hukuk devletinin altından kalkamayacağı büyüklükte problemlere sebebiyet vermektedir. Yargıtay'ın manevi unsura dair geliştirdiği içtihadın ise yeknesak olarak bütün davalarda uygulanmaması ve kişilerin söz konusu yapılanmanın silahlı terör örgütüne dönüşmediği dönemde yalnızca sempatizanı olduğunu ortaya koyan delil ve emarelerin daha sonra örgütün illegal hiyerarşisinde yer alındığına dair delil olarak kabul edilmesi, açıkça adil yargılanma hakkının da ihlal edilmesine sebep olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarının gerekçelerinde yer aldığı üzere;

1. Fethullah Gülen örgütünün, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki amaçlarına ulaşması için faaliyet gösteren üyeleri elbette silahlı terör örgütü üyeliğinden sorumlu tutulmalıdır.
2. FETÖ'nün silahlı terör örgütü niteliğini bilmeyen ve bu kapsamda da silahlı terör örgütüne üye olma kastı olmayan kişiler silahlı terör örgütü üyeliğinden yargılanamazlar.

Bu kişilerden; sınav sorularının çalınması, devlet kadrolarına haksız şekilde yerleşilmesi, yargı kararlarının etkilenmesi, vergi denetimlerinin art niyetli yapılması, hukuksuz dinlemeler, şantaj, tehdit gibi TCK'daki terör suçu sayılmayan suçların işlenişine katılmış olanlar örgüt hiyerarşisi içerisindeki yerlerine ve yargılamalar sırasında ortaya çıkarılan kast ve saiklerine göre suç örgütü üyeliğinden cezalandırılmalıdır.

3. Bunlara karşılık; FETÖ'nün silahlı terör örgütü niteliğini bilmeyen ve bu kapsamda da silahlı terör örgütüne üye olma kastı olmayan, TCK'daki herhangi bir suçu işlememiş kişiler ise örgüt hiyerarşisi içerisindeki yerlerine ve yargılamalar sırasında ortaya çıkarılan kast ve saiklerine göre beraat ettirilmelidir.

Raporda detaylı olarak yer verilen Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarından görüleceği üzere; hukukun gereğini yerine getiren, suçu maddi ve manevi unsurları yönünden uygun bir şekilde inceleyen mahkeme kararları ne yazık ki aynı kapsamdaki bütün yargılamalarda kendine uygulama alanı bulamamıştır. Yargılamalar raporda izah ettiğimiz şekilde hukuka uygun bir şekilde yürütülmüş olsaydı, hem mahkûmiyetler ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde verilmiş olacak ve FETÖ yapısı hukuka uygun bir şekilde tasfiye edilecek hem de süren soruşturma ve kovuşturmalar adeta bir cadı avına dönüşmeyecekti. Böylece Türkiye'de 1 milyondan fazla kişinin terör örgütü şüpheli veya mahkûmu olması gibi garabet bir durum ortaya çıkmış olmayacaktı.

Son söz, adalet zulmetmemek ve kişinin hukuksuzca bir dakika dahi özgürlüğünden mahrum bırakılmamasıdır. Her şartta ve koşulda hukuku savunup, adalet için mücadele etmedikçe adaletten söz etmek mümkün olamaz. Bu yüzden büyük mağduriyetler doğuran terör örgütü yargılamaları üzerine düşünmek, tartışmak ve hataları telafi etmek zorundayız. Çünkü bu yükümlülük, ülkenin siyasetçileri ve hukukçuları olarak hukuksuzluklara karşı susan bizlere aittir.

Mesele merhamet değil, sadece ve sadece adalettir.

KAYNAKÇA

- Artuç, M. (2019), *Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Belaslatinas P. (2021), *Kurbağa Manastırı*, ev. Kemal Gözler, İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi.
- Bodur, N./Özkul, E. (2019), *Terör Örgütü ve Terör Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dönmezer, S./Erman, S. (2019), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 2, İstanbul: Der Yayınları.
- Dönmezer, S./Erman, S. (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 1, İstanbul: Beta Basın Yayım.
- Eren, C. (2020), *İfade Özgürlüğü Bağlamında Terör Örgütü Üyeliği Suçu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ersan, A. (2013), *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, İÜHFİM, C. LXXI, Sa. 1.
- Gerçeker, H. (2020), *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt-2*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Güleç, S. (2008), "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10, Sayı 1.
- Hafizoğulları, Z./Özen M. (2016), *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, Ankara: U-S-A.
- Hafizoğulları, Z. /Kurşun, G. (2007), "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 71.
- Karabacak, E. (2020), *İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değeri; Bylock Örneği*, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi.
- Koca, M./Üzülmöz İ. (2019), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Lyngbo, M./Yenisey, F./Kemal, N./Tozman, Ö./Şahin, K. (2014) "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi, Örgütlü Suçlar Ve Terör Suçları Eğitim Modülü".
- Önder, A. (1994), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul: Filiz Kitapevi
- Özbek,V./Doğan,K./Bacaksız,P. (2019), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin.
- Özek, . (1998) "Organize Suç", Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Özgenç, İ. (2020), *Suç Örgütleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2019), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sonay Evik, V. (2013), "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sa. 2.
- Şen, E./Eryıldız, S. (2020) *Suç Örgütü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Toroslu N. (2019), *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara: Savaş Yayınevi.
- Turinay, F. (2018), *Türk Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yaşar, O./Gökcan, H./Artuç, M. (2014), *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.5, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yayla, A. "Terörizm: Kavramsal Bir ereve", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XLV, Sa. 1-4.
- Yenidünya, C./İçer, Z. (2014), *Suç İşlemek Amacı ile Örgüt Kurma*, İstanbul: Digesta Yayınevi.
- Yeşil U. (2019), *Bylock Bilgilerinin Delil Değeri*, İstanbul: Alternatif Düşünce ve Medya Yayıncılık.

İnternet Kaynakları

- Abayhan,Y. "Bir "Cemaat" Terör Örgütüne Nasıl Dönüştü? Gülen Cemaati'nin Eski Grup Üyelerinin Anlatımına Dayalı Değerlendirilmesi", <https://dergipark.org.tr/download/article-file/790386>, Erişim Tarihi: 07.08.2021.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160723-8.htm>. Erişim Tarihi: 17.08.2021.
- OHAL İnceleme Komisyonu Faaliyet Raporu, <https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/#collapse-54>, Erişim Tarihi: 09.08.2021.<https://tr.euronews.com/2019/07/12/verilerle-15-temmuz-sonras-ve-ohal-sureci>, Erişim Tarihi: 14.08.2021.
- <https://www.hukukihaber.net/esasli-hata-ve-kacinilmaz-hata-makale,6699.html>, Erişim Tarihi: 14.08.2021.
- <https://www.hukukihaber.net/yargitay-16-ceza-dairesinin-son-kararina-gore-orgut-uyeligi-makale,5508.html>, Erişim Tarihi: 14.08.2021.
- <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2372237-ongorulebilirlik-ve-kanunilik>, Erişim Tarihi: 14.08.2021.
- <https://www.ntv.com.tr/turkiye/tsk-darbe-girisimine-katilan-personel-sayisini-acikladi,ns92udU75k2vw-1OIEK4gQ>, Erişim Tarihi: 14.08.2021.
- <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/adalet-bakanligindan-feto-bilancosu-tutuklu-hukumlu-sayisi-29-bin-487-41266307>, Erişim Tarihi: 18.08.2021.
- <https://tr.euronews.com/2020/07/15/verilerle-15-temmuz-sonras-ve-ohal-sureci>; <https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/bakan-soylu-feto-bilancosunu-acikladi-99-bin-066-operasyon-5931900/>, Erişim Tarihi: 18.08.2021.
- <http://tdkterim.gov.tr>, Erişim Tarihi: 18.08.2021.
- https://meclishaber.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=138719, Erişim Tarihi: 11.08.2021.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/11/20191108-16.pdf>. Erişim Tarihi: 03.08.2021.
- https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/10/26/AK_Insan_Haklari_Komiseri_Memorandum_TR.pdf, Erişim tarihi: 03.08.2021.
- <https://www.mgk.gov.tr/index.php/2011-2018-yillari-arasi-basin-aciklamalari>, Erişim Tarihi: 10.08.2021.
- <http://cas.adalet.gov.tr/haberler/egitimmodulleri/orgutlusuarveterorsuarlegitimmodulu.pdf>, Erişim Tarihi:14.08.2021.
- <https://www.hukukihaber.net/esasli-hata-ve-kacinilmaz-hata-makale,6699.html>, Erişim Tarihi: 13.08.2021.
- <https://www.cnnturk.com/2012/turkiye/02/19/secilmisleri.atanmislara.kul.etmeyiz/649800.0/index.html>, Erişim Tarihi: 23.08.2021.
- <https://www.takvim.com.tr/guncel/2018/11/21/baskan-erdogandan-osman-kavala-aciklamasi>, Erişim Tarihi: 13.08.2021.
- <https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/bakan-soylu-feto-bilancosunu-acikladi-99-bin-066-operasyon-5931900/>, Erişim Tarihi: 18.08.2021.
- <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/700-bin-kisis-orgulaniyor-40228664>, Erişim Tarihi: 10.08.2021.
- <https://twitter.com/izzetoezgen/status/965438664175177729>, Erişim Tarihi: 15.08.2021.
- <https://kriterdergi.com/dosya-feto-ve-15-temmuz/feto-yapilanmasi> Erişim Tarihi: 13.08.2021.
- <https://www.aa.com.tr/tr/15-temmuz-darbe-girisimi/fetonun-emniyet-mahrem-yapilanmasinin-bilinmeyenleri-desifre-edildi/1558845>; Erişim Tarihi: 12.08.2021.
- <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/fetonun-ankesorlu-telefon-sifresi/1456617>, Erişim Tarihi: 12.08.2021.
- <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/yargitay-ankesorlu-telefonla-ardisik-aramaya-iliskin-8-suc-kriteri-tespit-etti/1645403> Erişim Tarihi: 12.08.2021.
- <https://www.hukukihaber.net/ardisik-arama-ikinci-karar-degerlendirmesi-makale,7866.html>, Erişim Tarihi:12.08.2021.

- Meclis Araştırma Komisyonu Tutanak Dergisi 4'üncü Toplantı 18 Ekim 2016 Salı S.12, https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=1743, Erişim Tarihi:16.08.2021.
- <https://www.hukukihaber.net/yeni-bylock-karari-makale,8427.html>, Erişim Tarihi: 11.08.2021.
- https://www.dijitalmagdurlar.com/wp-content/uploads/2018/07/Bylock_Uygulama_Teknik_Raporu.pdf, Erişim Tarihi: 13.08.2021.
- (Opinion No.42/2018–21.08.2018), <https://docplayer.biz.tr/111823102-Birlesmis-milletler-keyfi-tutuklamalar-calisma-grubu-bm-kctg.html>, Erişim Tarihi: 10.08.2021.
- <https://www.milliyet.com.tr/gundem/82-bin-bylockcuya-adli-islem-yapildi-6092223>, Erişim Tarihi: 04.08.2021.
- <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/savciliktan-cok-onemli-bylock-aciklamasi-40691613>, Erişim Tarihi: 04.08.2021.
- <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, Erişim Tarihi: 11.08.2021.
- Akgün v. Türkiye*, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22002-13343%22>}, E.T 18.08.2021.