Prof. Dr.
ZÜHTÜ ARSLAN'A ARMAĞAN

Essays in Honor of Prof. Dr. Zühtü Arslan

Cilt/Vol: 2

Prof. Dr.
ZÜHTÜ ARSLAN'A ARMAĞAN

Essays in Honor of Prof. Dr. Zühtü Arslan

Editörler
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Dr. Murat ŞEN
Dr. Ömer GEDİK

Cilt/Vol: 2

Ankara, 2024

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISBN: 978-625-6318-00-7 (2.c)
TK: 978-625-98741-8-0 (Tk)

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

© 2024, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin ve/veya yazarlarının yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Kitapta yayımlanan makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Kitapta yer alan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Anayasa Mahkemesini bağlamaz

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 73 00
Faks : (312) 463 74 00
e-posta : ayam@anayasa.gov.tr
Twitter : @AYMBASKANLIGI
Web : www.anayasa.gov.tr

Grafik Tasarım&Baskı
EPAMAT
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.
Telefon : (0312) 394 48 63
Faks : (0312) 394 48 65
Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi
Mart, 2024

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Ömer ANAYURT 1111
İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Amaca Uygun İşlemekte Midir?

Prof. Dr. Yavuz ATAR..... 1147
Anayasa Mahkemesinin Anayasa'daki (M. 104/17) "Genel Yetkiye" İstinaden Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimine İlişkin Bazı Kararları Üzerine Bir İnceleme

Prof. Dr. Nihat BULUT..... 1159
Ekonomik Sistemler ve Temel Anayasacılık Akımları Bağlamında Türkiye'nin Anayasal Ekonomik Düzeni

Prof. Dr. Osman CAN 1201
Kurucu Travma, Negatif Sosyal Sözleşme ve Barış Üretemeyen Anayasal Tercihlerin Temelleri Üzerine -Türkiye Özelinde Bir Deneme-

Prof. Dr. Ayhan DÖNER / Dr. Öğr. Üyesi Yeşim ÇELİK 1247
Kanun Yolunda Gözetilmesi Gereken Hususlarda İnceleme Yapılamaması

Prof. Dr. Selami DEMİRKOL..... 1281
Mahkemeye Erişim Hakkının, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı İle Somutlaşması

Prof. Dr. Abdurrahman EREN 1305
Bireysel Başvuruda Hak Öznesi Olarak Din veya İnanç Toplulukları

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE..... 1363
Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Başörtüsü Kararlarının Argümanlarına Kısa Bir Bakış

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU / Doç. Dr. LL. M. Eur. Kutluhan BOZKURT 1389
Yargı Kararları Ekseninde Düzensiz Göç Hareketleri ve Düzensiz Göçmen

Prof. Dr. Hikmet KIRIK..... 1419
Kurucu İrade Neyi Kurar? Türkiye'de Sistem Tartışmalarının Felsefi ve Kavramsal Çözümlemesine Dair Bir Katkı Denemesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA / Prof. Dr. Nihat BULUT 1441
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Objektif Etkisi

Prof. Dr. Yüksel METİN / Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA 1465
Anayasal Yorumun Önemi ve Etkileri: Bir Kuramsal İnceleme

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN 1499
Anayasa Yargısının Türkiye'nin Siyasal Sistemindeki Yeri

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ 1509
Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Olarak Seçme, Seçilme ve Siyasi Hakları Kullanmaktan Yasaklanma Sorunu

Prof. Dr. Bekir Berat ÖZİPEK / Av. Abdulhalim YILMAZ 1527
Anayasa Mahkemesi ve Mülteciler: Haklar İçin Akıntıya Karşı Çıpa Olabilmek

Prof. Dr. Sami SELÇUK 1569
Özbilim Felsefesi (Fenomenoloji) ve Yönteminin Hukuk Bilimine Yansıması

Prof. Dr. Yusuf TEKİN 1591
Anayasa Mahkemesinin İki Dönemi: Yasakçı Zihniyetten Özgürlükçü Paradigmaya Doğru

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ 1603
İnsan Varlığının ve Haysiyetinin Teminatı Olarak Hukukun Üstünlüğü

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ/Doç. Dr. M.Emre TULAY 1623
Önceki Tarihli Mahkûmiyet Kararının Sonraki Tarihte İşlenen Bir Başka Suça İlişkin Mahkûmiyet Hükmüne Esas Alınması — Anayasa Mahkemesi Kararı Özelinde Bir İnceleme (Anayasa Mahkemesi Umut Çongar [GK], B. No: 2017/36905, 21/10/2021)

Doç. Dr. Şeref İBA 1653
Türk Hukukunda Seçim Kanunlarının (Birleştirilmesi) Reform İhtiyacı Üzerine

Doç. Dr. A. Ersoy KONTACI 1675
Kanun Hükmünden Kaynaklanan Hak İhlalleri: Anayasa Mahkemesinin Mevcut Yaklaşımı ve Maruf Bir Alternatif Yaklaşım

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
(Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Öğretim Üyesi)

Doç. Dr. M. Emre TULAY
(Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ÖNCEKİ TARİHLİ MAHKÛMİYET KARARININ SONRAKİ TARİHTE İŞLENEN BİR BAŞKA SUÇA İLİŞKİN MAHKÛMİYET HÜKMÜNE ESAS ALINMASI — ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÖZELİNDE BİR İNCELEME

(ANAYASA MAHKEMESİ *Umut Çongar* [GK], B. No: 2017/36905, 21/10/2021)*

ÖZET

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir bireysel başvuru dosyasında, terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm olan kişi (başvurucu), almış olduğu cezaya ilişkin koşullu salıverilme evresinde aynı terör örgütünün propagandası içerikli yasa dışı bir gösteriye katılmıştır. Bu eylem, yerel mahkeme tarafından terör örgütü propagandası suçu olarak nitelendirilmiş ve kişi hakkında ilgili normlar uyarınca hapis cezasına hükmedilmiştir. Ancak temyiz merci olan Yargıtay, suç vasfındaki nitelendirmeyi yanlış bularak, isnat olunan suçun terör örgütü üyeliği olduğu görüşüyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararına uyan yerel mahkeme, aynı olayda sanık hakkında terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyet kararı vermiştir. Derece mahkemeleri, davaya konu fiili terör örgütü üyeliği olarak nitelendirirken sanık hakkında tesis edilen, kesinleşen ve infazına geçilen önceki mahkûmiyet hükmünü de kararına esas almıştır. Başvurucu, yürütülen muhakemede hak ihlaliyle karşılaştığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olan davada derece mahkemelerince önceki mahkûmiyet kararına dayanılmasını masumiyet karinesine aykırı bulmuş, oy çokluğuyla hak ihlali kararı vermiştir. Başvuru kapsamında; derece mahkemelerinin görüşü maddi ceza hukuku penceresinden, yine derece mahkemeleri ile Anayasa Mahkemesinin kararı ve karşı oy gerekçesi muhakeme hukuku ve ceza hukukuna hâkim evrensel ilkeler perspektifinden analiz edilmeye değerdir.

Anahtar kelimeler: Terör örgütüne üye olmak, örgüt adına suç işlemek, propaganda, sanığın geçmişi, masumiyet karinesi.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan

USING A PREVIOUS CONVICTION AS A BASIS FOR A CONVICTION FOR ANOTHER CRIME COMMITTED ON A LATER DATE - AN ANALYSIS BASED ON THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT (UMUT ÇONGAR [GK], B. NO: 2017/36905, 21/10/2021)

ABSTRACT

In an individual application before the Constitutional Court, a person (the applicant), who had been convicted of membership of a terrorist organization, participated in an illegal demonstration aimed at disseminating propaganda in favour of the same terrorist organization while on probation. The applicant's act was qualified as propaganda of terrorist organization by the incumbent domestic court and he was sentenced to imprisonment in accordance with the applicable statutory provisions. However, the Court of Cassation, which is the appellate authority, quashed the decision of the court of first instance on the ground that the characterization of the crime was wrong and that the imputed crime was membership of a terrorist organization. The domestic court, following the quashing decision, convicted the defendant of membership of a terrorist organization. Subordinate courts and the Court of Cassation, while characterizing the imputed act as membership of a terrorist organization, took the previous conviction of the defendant, which was finalized and executed, as a basis for their decision. The applicant applied to the Constitutional Court for the alleged violation of his rights during the relevant proceedings. In the relevant case, the Constitutional Court found the reliance on the previous conviction decision by the courts of first instance contrary to the presumption of innocence, and it held, by majority, that the applicant's right had been violated. Within the scope of the application, the opinion of the courts of first instance is worth analysing from the perspective of substantive criminal law, and the decision of the courts of first instance and the judgment of the Constitutional Court as well as the dissenting opinion are worth analysing from the perspective of the universal principles governing criminal law and procedural law.

Keywords: Membership of a terrorist organization, committing crimes on behalf of the organization, propaganda, background of the accused, presumption of innocence.

I. BAŞVURUYA KONU OLAY HAKKINDA DERECE MAHKEMELERİNDEKİ MUHAKEME VE ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU SÜRECİ

A. İLK DERECE MAHKEMESİNDEKİ MUHAKEME SÜRECİ

Başvurucu *Umut Çongar*, Tunceli Ağır Ceza Mahkemesinin 27/2/2015 tarihli nihai kararıyla *terör örgütünün propagandasını yapma* suçundan 1 yıl 8 ay, *terör örgütüne üye olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işleme* suçundan ise 5 yıl hapis cezası almıştır. Yerel mahkemenin hükmü özetle şöyledir[1]:

"*Sanığın katıldığı ve kamu davasına konu olan toplantı/gösteri, başından itibaren kanuna aykırı olarak düzenlemiş olup, kanuna uygun şekilde düzenlendiği kabul edilse dahi, daha sonra, kanuna aykırı hale gelmiş/getirilmiştir. Toplantı/gösteri sırasında; Anayasamızın sağladığı temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanması suretiyle Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yasadışı PKK terör örgütü ve sözde lideri Abdullah Öcalan'ı övücü sloganlar atılmış ve pankartlar taşınmış. Sanığın da, üzerinde teröristbaşı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu anlaşılan flamalar ile toplantının yapıldığı mahalle geldiği, elinde bulunan flamalardan bir kısmını toplantıya iştirak eden kişilere dağıttığı, kendisinin de toplantı ve gösteri yürüyüşüne bizzat üzerinde terörist başı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu flamayı taşıyarak katıldığı, anlaşılmıştır. Böylece; 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa Muhalefet ve terör örgütünün propagandasını yapmak suçlarını işleyen sanığın, bu suçları, PKK terör örgütü adına işlediği sabit olmuştur…*

Sanık Umut Çongar'ın bir eylemle, hem 3713 sayılı yasanın 7/2 maddesinde belirtilen silahlı terör örgütü PKK'nın propagandasını yapma suçunu işlediği, hem de 2911 sayılı kanunun 33. maddesinde belirtilen suçu işlediğinin sabit olduğu, 3713 sayılı Kanunun 7/2. Maddesinde belirtilen silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçu, aynı yasanın 7/4-a bendinde sayılan suçlardansa da, 2911 sayılı Kanunun 33. maddesinde belirtilen suçun örgüt adına suç işleme suçundan ceza verilemeyecek suçların belirtildiği, 3713 sayılı kanunun 7/4 maddesi kapsamında yer almadığı, her ne kadar fikri içtima hükümlerinin düzenlendiği TCK'nun 44. maddesi kapsamında ağır olan silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçundan dolayı sanığın cezalandırılması cihetine gidilmişse de; 2911 sayılı Kanuna aykırılık suçunun da sübuta erdiği ve bağımsız olarak mevcudiyetini koruduğu, nitekim bu hususa ilişkin yakın zamanda verilmiş Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 15/01/2015 tarih ve 2013/16585 esas, 2015/188 karar sayılı ilamının, 'Sanığın işlediği bir fiil ile 2911 sayılı Kanunun 33/1. maddesine aykırılık ve silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçlarını işlediği kabul edilip, TCK'nın 44. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren silahlı

1 Yerel Mahkeme kararı, Anayasa Mahkemesinin değerlendirdiğimiz karar metninden aynen alınmıştır (s. 3 vd.).

terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasına karar verildiği olayda, 2911 sayılı Kanuna aykırılık suçunun da sübuta erdiği ve bağımsız olarak mevcudiyetini koruduğu nazara alınıp bu suçun hükümden sonra yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3713 sayılı Kanunun 7. maddesine eklenen 4. fıkra kapsamında sayılan suçlardan olmadığı' şeklinde olduğu kanaatine varılmış ve sanığın TCK'nun 314/3, 220/6 delaletiyle 314/2 maddesi gereğince, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan cezalandırılması cihetine gidilmiş, sanık müdafiilerinin aksi yöndeki savunmaları yerinde görülmemiştir".

B. KANUN YOLU (TEMYİZ) AŞAMASI

İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı, başvurucu tarafından temyiz kanun yoluna taşınmıştır[2]. Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Karar tarihi: 9.9.2015), savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesinin yanı sıra, sanığın eylemlerinin *terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçu*nu değil *terör örgütüne üye olma suçu*nu oluşturacağını belirtmiştir. Yargıtay, "*Silahlı terör örgütü üyeliğinden ceza alan ve şartla tahliye edilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçerek suç tarihinde düzenlenen yasadışı toplantıya katıldığı, toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, toplantı sırasında terör örgütünü simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamak için üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrılan ve aynı montu toplantının devamında kendi giydiği anlaşılan sanığın, eyleminin TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi…*" şeklindeki görüşüyle, mahkûmiyete konu olayın hukuken hatalı değerlendirildiği kanaatine ulaşmış ve hükmü bozmuştur.

Yargıtayın 9.9.2015 tarihli bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi, sanığın *terör örgütüne üye olma* suçundan cezalandırılmasına (6 yıl 3 ay hapis cezası) ve tutukluluk hâlinin hükümle birlikte devamına hükmetmiştir. Terör örgütü propagandası fiilinden ayrıca bir hüküm kurulmamıştır.

Yerel Mahkemenin bozmadan sonraki yargılama sonucunda verdiği kararda yer alan hukuki değerlendirme özetle şu şekildedir:

"*… Bu şekilde gerçekleşen yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünün gerçekleştiği aşamada dosya kapsamında bulunan aleni faaliyetlerin tespitine yönelik görüntü inceleme ve tespit tutanakları ile bu tutanak içerikleriyle uyumlu olan ve olayın cereyan tarzını gösteren görüntü kayıtlarından da anlaşılacağı üzere sanık Umut Çongar'ın üzerinde PKK/KCK silahlı terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu ve toplantı öncesinde yanında getirdiği flamaları toplantı alanındaki kişilere dağıttığı, sonrasında yürüyüş esnasında alandakilerin açıkça görebileceği şekilde söz konusu flamalardan birini açık ve içeriği anlaşılabilecek şekilde taşıdığı, ayrıca top-*

2 Anılan tarihte istinaf kanun yolu aşaması henüz yürürlüğe girmemiştir.

lantı sırasında silahlı terör örgütü PKK/KCK'yı simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamasını sağlamak amaçlı üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrıldığı ve aynı montu toplantının devamında kendi üzerine giydiği kanaatine ulaşılmıştır. Diğer yandan dosya kapsamında bulunan sanığın sabıkasına esas Malatya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/116 esas ve 2010/130 karar sayılı ilamından da anlaşılacağı üzere suç tarihi öncesinde sanık Umut Çongar'ın PKK/KCK silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle neticeten 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle verilen iş bu mahkûmiyet hükmünün Yargıtay temyiz incelemesi sonucunda 07/12/2011 tarihinde kesinleştiği, dosya kapsamına alınan ve sanık hakkında düzenlenen müddetname içeriğine göre 25/06/2009 tarihinde PKK/KCK silahlı terör örgütü üyesi olmak suçu nedeni ile cezaevine girdiği, 26/02/2014 tarihinde ise koşullu salıverildiği anlaşılan sanığın sonrasında iş bu mahkememiz dava dosyasına esas 09/01/2015 tarihli yasa dışı toplantı ve gösteri yürüyüşünde toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde silahlı terör örgütü PKK/KCK liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, aynı içerikteki bayrağı gösteri yürüyüşü esnasında içeriği çevredeki kişiler tarafından görülebilecek şekilde ve açık vaziyette iken taşıdığı, silahlı terör örgütün simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamasını sağlamak için şahsın üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrıldığı ve toplantının devamında kendi üzerine giydiği, yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünün yukarıda saptanan şekildeki cereyan tarzı ve sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin mahiyeti de gözetildiğinde sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinden kaynaklı olacak şekilde kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı, böylelikle ve tüm dosya kapsamına göre sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 09/09/2015 tarih, 2015/4733 esas ve 2015/2397 karar sayılı mahkememizce usul ve yasaya uygun görülen ilamında da açıkça belirtildiği üzere silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturduğu, bu itibarla... sanığın tüm dosya kapsamına göre sübut bulan silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle tecziyesine karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır".[3]

İlk derece mahkemesinin özet hâlinde sunduğumuz son kararı sanık tarafından yeniden temyiz kanun yoluna taşınmış; Yargıtay 16. Ceza Dairesi (Karar tarihi: 17.5.2017), kazanılmış hak kuralı gereğince ceza miktarını 5 yıl olarak düzeltip hükmü onamıştır.

C. BİREYSEL BAŞVURU SÜRECİ

Hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi üzerine hükümlü, 27.10.2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun iddiası, derece mahkemelerindeki yargılamada terör örgütü üyeliğinden verilen ce-

3 Konuyla alakalı vurgulanmak istenilen kelime ve cümlelerin altı tarafımızca çizilmiştir. Diğer kararlarda da altı çizili ya da koyu tonda olan kısımlar aynı gerekçeyle ve tarafımızca vurgulanmıştır.

zanın *daha önceki tarihli mahkûmiyet hükmüne dayandığı*, bu sebeple *masumiyet karinesi*nin ihlal edildiğidir.

1. Anayasa Mahkemesinin Suç Örgütüne Üye Olma Fiilinin Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirmeleri

Anayasa Mahkemesi kararında yer alan hukuki değerlendirme kısmında; suç örgütü üyeliğinin kesintisiz (mütemadi) suç olduğuna işaret edilmiş, bu sonucun dayanağı olarak bazı Yargıtay kararlarına ve doktrin görüşüne atıf yapılmıştır. Bu kapsamda mesela, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.11.2020 tarih ve 2020/482 K. nolu kararında yer alan "*Doktrinde kabul edilen ortak görüş ve Yargıtay kararlarında istikrar kazanan uygulama, örgüt üyeliği suçunun mütemadi suçlardan olduğu yönündedir. Bu nedenle, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgüte katılma hâlinde suç, örgütün hiyerarşik yapısına bağlılık devam ettiği sürece işlenmeye devam edilmektedir. Dolayısıyla örgütün hiyerarşik yapısına bağlılığın sona erdiği anda temadi bitmektedir (İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2017, s. 25.). Bu bağlamda örgüte üye olma fiili, örgütün hiyerarşik bünyesine dâhil olmakla birlikte tamamlanmakta ise de suç sona ermemekte ve fail, örgüt üyesi olarak kaldığı sürece suç da devam etmektedir (Fatih Yurtlu, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu [TCK m. 220], Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara – 2013, s. 99; Erkan Sarıtaş, s. 480)*" şeklindeki tespitlere yer verilmiştir. Yine atıf yapılan içtihatlardan olan Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 25.6.2020 tarih ve 2020/3095 K. nolu kararının ilgili kısmı şöyledir: "*Öğretide ekseriyetle kabul gören ve Dairemizce de benimsenen yerleşik yargısal kararlara göre, örgütü yönetmek ya da örgüte üye olmak suçları mütemadi (kesintisiz) suçlardandır. Yani fiilin icrası süreklilik arz eder. Bu suçlarda örgüt hiyerarşisine dahil olup faaliyetlere başlanmakla suç tamamlanmıştır. Ancak fiilin icrası devam ettiği müddetçe fiilin ifade ettiği haksızlık da süreceğinden suç işlenmeye devam edecektir. Failin kendi isteğiyle ya da irade dışı olarak örgütten ayrılması halinde suç bitmiş olacaktır. Mütemadi suçların tamamlanmasıyla bitmesi aynı anlamı taşımamaktadır… Örgüt üyeliği temadi eden suçlardan olması nedeniyle hukuki ve fiili kesintiyle sona erecektir. Kesinti tarihi suç tarihidir. Örgütü yönetmek veya üye olmak suçlarında suç tarihinden önceki fiiller dava konusu edilip kesin hükümle sonuçlandığı takdirde, aynı fiilden mükerrer yargılama olmaz ilkesi doğrultusunda tekrar soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır*".

Değerlendirme kısmında anılan Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 4.10.2019 tarih ve 2019/5936 K. nolu kararının ilgili kısmı ise şöyledir: "*Mütemadi suç niteliğindeki örgüt üyeliği suçunun fiili ve hukuki kesinti tarihine kadar sona ermemesi nedeniyle yakalanma-iddianame tarihine kadar gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesinde zaruret bulunmasına ve kesinleşmiş beraat kararı ile sonuçlanan davanın dayanağını oluşturan Sivas Cumhuriyet Başsavcılığının 25.01.2017 tarihli iddianamesinin kapsadığı dönem içinde kalan örgütsel faaliyetle-*

rin/fiilin 'Ne bis in idem' kuralı gereğince yeniden yargılanmasına yasal imkan bulunmamasına nazaran hukuki dayanaktan yoksun talebin reddine karar verilmiştir".

2. Anayasa Mahkemesinin Ceza Hukuku İlkelerine İlişkin Değerlendirmeleri

Başvurucunun iddiasının temel dayanağı, masumiyet karinesini ihlal edildiğidir. Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesinin normatif dayanağı olarak Anayasa m. 36 *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" ve* Anayasa m. 38/4 *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* hükmüne işaret etmiştir. Uluslararası hukuk ekseninde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/2'de düzenlenen "Adil yargılanma hakkı" başlıklı hüküm de anılmıştır. AİHS m. 6/2'ye göre *"Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır".* AİHS m. 6/2'nin hukuki fonksiyonu, suçluluğu sabit oluncaya kadar kişinin *masum sayılma hakkı*nın güvence altına alınmasıdır. AİHM'e göre masumiyet karinesi, *ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir olması ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilere kamu görevlileri veya otoritelerince suçlu muamelesinde bulunulmamasıdır*[4]. Yine AİHM'e göre masumiyet karinesi; mahkemelerin kişinin suç işlediği varsayımından başlamamalarını, ispat yükünün iddia makamına ait olmasını ve her türlü şüpheden sanığın yararlandırılmasını, ispat yükümlülüğünün iddia makamında kalmasını gerektirir[5]. Ayrıca AİHM'e göre başvurulan araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir orantının var olması gerekir[6]. Diğer yandan AİHM, dava dosyasında bulunan delilleri temel alarak verilen mahkûmiyet kararında; ilgili mevzuatta yer alan karinelere *otomatik bir şekilde* dayanmaktan kaçınıldığı olayda masumiyet karinesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır[7].

Anayasa Mahkemesi; normatif düzenleme ve AİHM içtihatları çerçevesinde masumiyet karinesinin fonksiyonunu şu şekilde özetlemiştir: Hiç kimse, suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilemez. Ceza yargılamasında kişinin *masumiyeti asıl*dır, suçluluğu ispat külfeti iddia makamındadır. Kimse suçsuzluğunu ispat külfeti ile karşı karşıya bırakılamaz ve suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimse yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez, suçlu muamelesine tabi tutulamaz[8].

4 *Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105, 120-126.
5 *Telfner/Avusturya*, B. No: 33501/96, 20/3/2001, § 15.
6 *Janosevic/İsveç*, B. No: 34619/97, 23/7/2002, § 101.
7 *Pham Hoang/Fransa*, B. No: 13191/87, 25/9/1992, § 34 vd..
8 *Kürşat Eyol,* B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26; karar metni içinde § 43.

Suçsuzluğu ispat külfeti noktasında Anayasa Mahkemesinin şu tespiti önemlidir: "*Masumiyet karinesi kapsamında yer alan ve iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralı, Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiilî varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi masumiyet karinesine aykırılık taşımaz*[9]. İlkesel durumun gereği olarak Anayasa Mahkemesi, hukuki durumun değerlendirilmesinde öne çıkan ve suç isnadı içeren karinenin aksinin başvurucu tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi *otomatik olarak suçlu* hâline getirmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Karineler, masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmamalı ve suç isnadı altındaki kişi savunma imkânlarından yararlandırılmalıdır[10].

3. Anayasa Mahkemesinin Başvuru Hakkındaki Nihai Değerlendirmesi

a. Hak İhlali Kararı

Anayasa Mahkemesi; başvurunun esas yönünden incelenmesinde öncelikle somut olayı özetlemiş, ardından terör örgütü üyeliği suçunun kesintisiz (mütemadi) suçlardan olduğunu belirtmiş, hiyerarşik yapıya bağlılığın devam ettiği sürece suçun işlenmeye devam edeceğine dikkat çekmiş, bu bağın hukuki veya fiilî nedenlerle kesintiye uğradığı anda ise temadinin sona ereceğini ifade etmiştir (karar metninde § 46; ayrıca bkz. §§ 23-25).

İşaret edilen ölçütler ışığında Anayasa Mahkemesi; başvuruya konu olayda failin (koşullu salıverildiği) *ilk terör örgütüne üye olma eylemi* nedeniyle yakalandığını, kendisi hakkında iddianame düzenlendiğini ve yürütülen muhakeme sonucunda mahkûmiyet hükmü verildiğini, böylelikle ilk davranışın fiilî ve hukuki kesintiye uğradığını, temadinin sona erdiğine ilişkin şüphe kalmadığını tespit etmiştir. Bu nedenlerle, failin sonraki (başvuruya konu olaya ait) eylemlerinin örgüt üyeliği suçunu oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken önceki eylemlerin dikkate alınmaması gerektiği belirtilmiştir (bkz. §§ 25, 46).

Somut olayda ilk derece mahkemesi, Yargıtay bozma ilamı öncesinde başvurucunun katıldığı toplantıdaki eylemlerinin *terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme* suçunu oluşturduğu kanaatine varmış ve daha önceki tarihte verilen mahkûmiyet kararını hükme esas almamıştır (bkz. §§ 15, 47). Fakat Yargıtayın bozma gerekçesi ve bozma sonrası yargılamada, *başvuruya konu eylemin (başvurucunun) daha önce terör örgütüne üye olma suçu ne-*

9 AYM, E.2013/38, K.2014/58, 27/3/2014.

10 *Adem Hüseyinoğlu*, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 36; karar metninde § 44.

deniyle hükümlü bulunduğu ceza infaz kurumundan şartlı tahliye edildikten sonra işlendiği gerekçesine dayanıldığı tespit edilmiştir (bkz. §§ 16-18). Başvurucunun *koşullu salıverilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçtiğine vurgu yapan* bozma ilamı üzerine ilk derece mahkemesi, bozma ilamındaki gerekçelerle başvurucunun terör örgütü üyesi olduğuna hükmetmiştir (§ 47). Böylelikle ilk derece mahkemesi mahkûmiyet hükmünde yalnızca başvurucunun yasa dışı hâle dönüştüğü kabul edilen bir toplantıya katılmasını değil, aynı zamanda başvurucunun daha önce terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmiş olmasını da delil olarak değerlendirmiştir (§ 48). Başka bir deyişle derece mahkemeleri başvurucunun terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılması için gerekli unsurların oluştuğu kanaatine ulaşırken kişi hakkındaki önceki mahkûmiyet kararına dayanmıştır (§ 48).

Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın tutumu ve bozmaya uyan yerel mahkemenin yürüttüğü muhakemeye bakarak ispat yükünün sanığa (başvurucuya) devredildiği görüşündedir (§ 49). Çünkü dava konusu olaydan önce terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm olan başvurucunun, daha sonraki bir tarihte terör örgütünün propagandası mahiyetindeki bir gösteriye katılmış olması nedeniyle yeniden terör örgütüne üye olma suçunu işlediği biçimindeki kabule göre, PKK terör örgütünün çağrısı üzerine toplantıya katıldığı iddia edilen başvurucu, terör örgütüyle yeniden irtibat kurmadığını ispat etmek zorunda bırakılmıştır (§ 49). Anayasa Mahkemesi, mevcut süreç nedeniyle şu endişeyi dile getirmiştir (§ 49): *Mahkemenin bu yaklaşımı, daha önce hakkında terör örgütü üyesi olma suçundan kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerin herhangi bir yeni eyleminin önceki eylemleri ile birlikte değerlendirilip yeniden ve otomatik olarak terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır*.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda özetlemeye çalıştığımız gerekçelerle; *derece mahkemelerince başvuruya konu eylemin, başvurucu tarafından ve daha önce terör örgütüne üye olma suçu nedeniyle hükümlü bulunduğu ceza infaz kurumundan koşullu salıverildikten sonra işlenmesi dolayısıyla terör örgütüyle yeniden irtibat kurulması şeklinde değerlendirilmesi ve bu nedenle terör örgütüne üye olma suçundan cezalandırılma yoluna gidilmesini masumiyet karinesine aykırı* bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, ilgili dosyada oy çokluğuyla *Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine* karar vermiştir (§§ 50-51).

b. Kararda Yer Alan Karşı Oy Gerekçesi

Değerlendirmeye tabi tuttuğumuz başvuruda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. 21.10.2021 tarihli ihlal kararı oy çokluğuyla alınmıştır. Anaysa Mahkemesinin altı üyesi (Kadir Özkaya, Muammer Topal,

Rıdvan Güleç, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan) ortak karşı oy gerekçesiyle karara katılmamışlardır.

Hak ihlali kararına katılmayan üyelerin temel dayanak noktası, Anayasa m. 38/4'te "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" hükmüyle somutlaşan masumiyet karinesinin, özü itibarıyla *bir kişinin suçlu kabul edilip edilmeme konusuyla alakalı bir husus olduğu*; ancak incelemeye konu dosyada yatan hukuki sorunun bir suçun sübut bulmasından ziyade suçun nitelendirilmesi ile alakalı olduğu fikridir. Çünkü üyelere göre; temyiz merci (Yargıtay 16. Ceza Dairesi), "terör örgütüne üye olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işlemek" şeklinde yapılan suç nitelendirmesinin "terör örgütü üyeliği" şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatine varmış ve yerel mahkemenin, suçun nitelendirilmesinde hataya düştüğünü belirtmiştir. Buna göre Yargıtay, dava konusu olayda sanığın eylemine ilişkin hususların yanında örgüt üyeliğinden verilen önceki tarihli mahkûmiyeti de dikkate almıştır. Fakat yerel mahkeme ile temyiz merci arasındaki görüş ayrılığı suçun sübutunda değil, suçun vasıflandırılmasına ilişkindir. Yani önceki tarihli mahkûmiyet kararı hiç tesis edilmeseydi dahi hem derece mahkemesi hem de Yargıtaya göre fiilin tek başına suç oluşturduğunda bir duraksama bulunmamaktadır. Dolayısıyla önceki tarihli mahkûmiyet kararının somut olaya etkisi, suçun nitelendirilmesiyle sınırlı kalmıştır. Suça konu eylemin, daha önce örgüt üyeliğinden verilen mahkûmiyet kararının infazı tamamlanmadan, koşullu salıverilme dönemi içerisinde terör örgütünün çağrısına uyarak gerçekleşen bir gösteriye katılmak şeklinde icra edildiği anlaşılmaktadır.

Karara katılmayan altı üye; sanığa yüklenen fiile ilişkin dosya kapsamında sunulan delillerin örgüt üyeliğinin sübutu bakımından yeterliliği meselesinin, adli yargı mercilerinin görev sahası içinde kaldığına işaret etmişlerdir. Bu yetkiyi haiz olan Yargıtay, dava konusunun hukuki analizinde sanığın geçmişini de dikkate almıştır. Ceza muhakemesinde kişinin geçmişinin dikkate alınmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı gibi, TCK m. 62'ye yansıyan şekliyle kişinin geçmişi özellikle dikkate alınabilmektedir. Böylece derece mahkemelerinin olay analizi hukuki sınırları aşmamıştır.

Karşı oy gerekçesinde başvurulan diğer argüman, tatbik edilen metodun tersine bir olası uygulamanın doğuracağı durumla kıyas yapılmasıdır. Nitekim beraat hükmüyle sonuçlanan önceki yargılama sonraki fiile ilişkin muhakemede bir sübut unsuru olarak kullanılmış olsaydı, böyle bir ihtimalin masumiyet karinesiyle çelişebileceği, ifade edilmiştir.

Karşı oy gerekçesinde; örgüt üyeliğinin temadi eden bir suç özelliğini taşıdığı, kesintisiz suçlardan olduğu görüşü paylaşılmıştır. Buna göre iddianamenin kabulü ile temadinin hukuki kesintiye uğradığı belirtilmiştir. Fiilî kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediği ise iddia ve savunma makamları tarafından

ispatlanmaya müsaittir. Öyleyse kişi hakkındaki geçmiş tarihli mahkûmiyet kararının yeni olayda dikkate alınması, tek başına ispat yükünün sanığa devredildiği anlamı taşımayacaktır.

Karşı oy gerekçesi; iddia olunan suç fiilinin icra edilmediğinin sanık tarafından her türlü delille ispatlanabileceği ve bu eylem sübut bulmamış olsaydı örgüt üyeliğinden de söz edilemeyeceği, tespitiyle bitirilmiş ve sonuç olarak dosyada adil yargılanma hakkı kapsamında masumiyet karinesinin ihlali yönündeki çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

II. MAHKEME KARARLARININ ANALİZİ

A. MAHKÛMİYET KARARINA (İLK KARAR) İLİŞKİN TESPİTLERİMİZ

TCK m. 220/6'ya göre: "*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır*". TCK m. 220/6'da yer alan atıf doğrultusunda ilgili hüküm, silahlı örgütler için uygulanacaktır. Bu durumda sevk maddesi olarak TCK m. 314'e bakmak gerekir. Mahkemenin TCK m. 220/6'daki "Ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır." ibaresi sebebiyle sanığın işlenen suçun yanı sıra (terör örgütü propagandası) örgüt üyeliğinden de cezalandırılması taraftarı olduğu anlaşılmıştır. Belirtelim ki bu yorum hukuken isabetsizdir. Şayet "örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme" kapsamına, hâlihazırda suç örgütü altında öngörülen örgüte yardım ve örgüt propagandası fiillerini de dâhil edersek, TCK m. 220/7 ve TCK m. 220/8'yi anlamsızlaştırmış oluruz. Önemle vurgulamak gerekir ki örgüt propagandası suçunun faili, ancak örgüt üyesi olmayan kişidir. Yani örgüt üyesi, dâhil olduğu suç örgütünün propagandası yapsa, bu eylemi zaten üyeliğin doğal sonucu olarak görülmeli ve kişi yalnızca örgüt üyeliğinden cezalandırılmalıdır[11]. Böyleyken örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt propagandası yapması hâlinde hem propaganda hem de (TCK m. 220/6 sebebiyle) üyelikten dolayı cezalandırılması, kişinin gerçekleştirmediği bir tipik hareket sebebiyle cezalandırılması anlamı taşıyacağı gibi, cezanın amacı ve orantılı olmasına da açıkça aykırı düşecektir. Sonuç olarak yerel mahkemece tesis edilen ilk mahkûmiyet hükmü, maddi ceza hukuku yönüyle hatalıdır.

11 Bkz. Özgenç, İ. (2022). *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 256; Arslan, M. (2020). *Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri*, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 58; Demir, O. (2022). *Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 132; Dursun, İ. (2008). "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 119; Tulay, M. E. (2018). *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, Holzkirchen: Felix Yayıncılık, s. 33. Farklı görüşte Yıldırım, Z. (2014). *İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terörizmin Propagandası Suçu*, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 234.

B. YARGITAYIN BOZMA KARARI VE BOZMA SONRASI YARGILAMADA VERİLEN HÜKME İLİŞKİN TESPİTLERİMİZ

1. Genel Olarak

Temyiz merci olan Yargıtay 16. CD, 9.9.2015 tarihli kararıyla (2015/4733 E., 2015/2397 K.) Tunceli Ağır Ceza Mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme, mahkûmiyete dayanak suçun vasfının yanlış değerlendirildiği görüşündedir.

Yargıtay ile yerel mahkeme görüşlerindeki çelişki, fiilin nitelendirilmesinde kendini gösterir. Nitekim Yargıtay, suçun örgüt üyeliği şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindedir. Öyleyse çalışmamızda şu iki husus özelinde bir muhakeme yürütülmelidir: İlk olarak bozma gerekçesinde yer verilen ve bozmadan sonraki yargılamada mahkûmiyet kararının dayanağı olan *suç örgütüne üye olma* kavramı doğru anlaşılmalı, sonrasında örgüte üye olma fiilinde karşımıza çıkan *kesintisiz suç* durumu doğru yorumlanmalıdır.

2. Suç Örgütüne Üye Olma Fiili Hakkında Genel Tespitimiz

Suç örgütüne üye olma, hukukumuzda esas olarak TCK m. 220/2'de cezalandırılmıştır. Silahlı örgüte üye olma ile terör örgütüne üye olma fiilleri için TCK m. 314 ile TMK m. 7/1'de ayrı bir düzenleme ve daha ağır cezai yaptırım öngörülse de fiilin anlamlandırılması bakımından dikkate alınacak hususlar ortaktır.

Örgüt üyesi olmak, birtakım unsurların kümülatif biçimde varlığına bağlıdır. Buna göre üyelik; kurulmuş bir örgüt iradesinin kabulü ve takibini, kişinin örgüt iradesini kendi iradesinden üstün tutmasını şart koşar[12]. Örgüte üye olabilmek için tek taraflı bir irade yeterli değildir. Örgütün kişinin katılma iradesinden bir biçimde haberdar olması ve bu iradeyi açık yahut zımni olarak onaylaması zorunludur[13]. Belirtelim ki bu şart, "örgüte üye olma"nın müşterek fail ilişkisine benzerliğinin de doğal sonucu olarak görülmelidir. Gerçekten, birden fazla kişinin ortak bir irade altına girmesi ve örgüt faaliyeti kapsamında bir suç işlenmesi için her an hazır bulunmaları, fonksiyonel hâkimiyete dayanan müşterek faillik ilişkine benzemektedir. Müşterek failliğin temini için de suç ortakları, şahsi münasebetle olmasa da birbirlerinin varlık

12 "*Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir*", Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 11.7.2023 tarihli 2021/9795 E. ve 2023/4959 K. sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 10.5.2023 tarihli 2022/26840 E. ve 2023/2922 K. sayılı kararı. Ayrıca bkz. Tozman, Ö. (2017). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 324; Boz, B. (2020). "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., s. 157; Arslan, M. (2020). s. 19; Tulay, M. E. (2018). s. 31.

13 Bkz. Sarıtaş, E. (2018). *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 470; Sonay Evik, V. (2013). "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", *MÜHF-HAD*, C. 19., S. 2., s. 685; Tulay, M. E. (2018). s. 33. Aksi kanaatte Özgenç, İ. (2022). s. 22.

ve/veya katkılarından haberdar olmak zorundadır. Aynı şekilde örgüte üye olmak da bu anlamda bir 'kabul/onay' muamelesini gerektirir.

Suç örgütüne üye olma fiilinde kanun koyucu aslında davranışın tehlikeliliğini cezalandırmıştır. Yani üyelik sebebiyle failin cezalandırılması için örgüt faaliyeti kapsamında bir suçun işlenmesine gerek yoktur. Ancak pek tabii kişi (üye), örgütün iradesi yönünde davranmaya her daim hazır pozisyondadır[14].

Hukuki niteliği itibarıyla suç örgütüne üye olmak, kesintisiz suça örnektir[15]. Örgüt üyesiyken verilen aralar, üyeliği sona erdirme amacı taşımadığı müddetçe önemsizdir[16]. Kesintinin gerçekleştiği an örgüt üyeliği sona erecek, "örgüte üye olma" suçu da bu anda işlenmiş kabul edilecektir[17].

3. Kesintisiz Suç Hakkında Genel Tespitlerimiz

Öncelikle belirtmek gerekir ki Yargıtay ve bireysel başvuru aşamasında Anayasa Mahkemesinin suç örgütüne üye olma fiilinin kesintisiz suç özelliği gösterdiğine ilişkin değerlendirmeleri doğrudur. Böyle olunca kesintisiz suça özgü özelliklerin somut olaya uyarlanması gerekir.

Kesintisiz suç, kanunda tanımlanan tipik hareketin bir süreklilik içinde gerçekleştirilmesidir[18]. Fail, suça özgü hareketi gerçekleştirmeye devam etmekte, hareket devam ettiği müddetçe fiilin haksızlığı da varlığını korumaktadır[19].

---

14 "*… örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir*", Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 11.7.2023 tarihli 2021/9795 E. ve 2023/4959 K. sayılı kararı.

15 Akbulut, B. (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 341; Demirbaş, T. (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 266; Dülger, M. V. (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 329; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 189; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 125; Özgenç, İ. (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 192; Ögenç, İ. (2022). s. 23; Yenidünya, C. ve İçer, Z. (2014). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, İstanbul: Digesta Yayıncılık, s. 39.

16 Tulay, M. E. (2018). s. 34.

17 Mahkeme kararlarında da yer alan bu sonuç, çalışmamızın takip eden hemen bir sonraki kısmında kesintisiz suçun bir özelliği olarak anlatılmıştır.

18 Fischer, T. (2019). *Strafgesetzbuch*, 66. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık, s. 49; Akbulut, B. (2023). s. 340; Dülger, M. V. (2023). s. 330; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 83 (125); Özgenç, İ. (2023). s. 192; Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2022). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 223; Zafer, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 248. Kesintisiz suçun 'neticenin hemen sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suç' şeklinde tanımı için bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 148; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 116; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022a). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 134.

19 Roxin, C. ve Greco, L. (2023). *Strafrecht Allgemeiner Teil-I*, 5. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık, s. 429; Kühl, K. (2017). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Baskı, Münih: Franz Vahlen Yayıncılık, s. 6; Schmidhäuser, E. (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Tübingen: Paul

Kesintisiz suçta kesintinin gerçekleştiği an[20], suçun işlenme anı olarak kabul edilir[21]. Ama kesintisiz suçta suçun tamamlanma ve sona erme anları farklıdır[22]. Gerçekten, kanuni tipte tanımlanan hareketin icra edilmesiyle suç tamamlanır, kesinti gerçekleştiğinde ise suç sona erer. Bu farklılık, bazı hukuki kurumlar için önem arz eder.

Failin kusurluluğu, kesintinin gerçekleştiği, yani suçun sona erdiği andaki duruma göre değerlendirilmelidir[23].

Suç tamamlandığında artık teşebbüs kurumu devre dışı kalır, kişi tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılır[24]. Mesela mağduru özgürlüğünden alıkoyan fail, mağdurun özgürlüğü hukuka aykırı biçimde sınırlandırıldığı anda suç tamamlanmıştır. Kesinti gerçekleştiği an suçun işlenme andığı olarak kabul edilir ve fail, tamamlanmış suçtan ceza alır. Keza kesinti, failin gönüllü davranışıyla gerçekleşse dahi suç tamamlandığı için gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulmaz.

Kesintisiz suçta karşılaşılan bir diğer özellik, suç sona erene dek suça müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmasıdır[25]. Çünkü suç tamamlanmış olsa da sona ermemiştir. Hareket ve harekete bağlı olarak haksızlık varlığını korumaya devam etmektedir.

Suç sona ermediği müddetçe hukuka aykırılığa bağlı olarak mevcut bir saldırıdan bahsedileceğinden, mağdur bakımından meşru savunma hükümlerine başvurulması mümkündür[26].

Siebeck Yayıncılık, s. 253; Akbulut, B. (2023). s. 341; Dülger, M. V. (2023). s. 331; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). s. 189; Soyaslan, D. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 248.

20 Bu noktada doktrinde, kesintiye konu eylemi yapma iktidarının failin elinde olması gerektiği, aksi halde kesintisiz suçtan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir, bkz. Önder, A. (1963). "Mütemadi Suç", *İÜHFM*, C. 29., S. 1-2., s. 93; ayrıca bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 268; Dülger, M. V. (2023). s. 331.

21 Krey, V. ve Esser, R. (2016). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Stuttgart: W. Kohlhammer Yayıncılık, s. 97; Akbulut, B. (2023). s. 173; Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2022). s. 223; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2020). s. 116; Demirbaş, T. (2023). s. 268; Hafızoğulları, Z. ve Özen, M. (2019). s. 189; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 83; Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022a). s. 134. Suçun tamamlanması ve sona ermesi evrelerinin ayrımı, kesintisiz suçu, harekete endeksli şekilde tasnif edilen diğer suç tiplerinden ayırmada önemli bir ölçüttür, bkz. Wessels, J., Beulke, W. ve Satzger, H. (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Yayıncılık, s. 13.

22 Krey, V. ve Esser, R. (2016). s. 97; Kühl, K. (2017). s. 490; Roxin, C. ve Greco, L. (2023). s. 429; Schmidhäuser, E. (1975). s. 253; Akbulut, B. (2023). s. 342; Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2022). s. 223; Dülger, M. V. (2023). s. 329; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 126; Özgenç, İ. (2023). s. 193; Zafer, H. (2019). s. 248; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2020). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 216.

23 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128.

24 Akbulut, B. (2023). s. 342; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 127; Özgenç, İ. (2023). s. 193.

25 Kühl, K. (2017). s. 819; Roxin, C. ve Greco, L. (2023). s. 430; Akbulut, B. (2023). s. 342; Dülger, M. V. (2023). s. 332; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2020). s. 217; Zafer, H. (2019). s. 248.

26 Fischer, T. (2019). s. 315; Akbulut, B. (2023). s. 345; Dülger, M. V. (2023). s. 332; Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128; Zafer, H. (2019). s. 248.

Kesintinin gerçekleşmesi anına dek fiilin işlenmeye devam ettiği kabul edildiğinde şikâyete ilişkin hak düşürücü sürenin de kesintinin gerçekleştiği, yani suçun sona erdiği andan itibaren başlatmak gerekir[27].

Zamanaşımına ilişkin süreler de kesintinin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlar (TCK m. 66/6). Yetkili mahkemenin tespitinde de kesintinin gerçekleştiği yer esas alınmıştır (CMK m. 12/2).

Bilinçli olarak sona bıraktığımız bir diğer özellik ise kesintinin gerçekleşmesiyle suç sona erdiği için artık aynı suçun aynı mağdura karşı icrasında yeni bir kastın varlığına duyulan gereksinimdir[28]. Mesela, mağdur B'yi özgürlüğünden alıkoyan A'nın eyleminin bir hafta sonra kesintiye uğradığını, mağdur nezdindeki hukuka aykırılığın sona erdiğini varsayalım. Fail A, bir ay sonra yine mağdur B'yi hukuka aykırı biçimde hürriyetinden yoksun kılsa, aynı suçun işlenmeye devam ettiğini iddia etmek mümkün değildir. Çünkü fiil kesilmiş, sona ermiştir. Artık diğer suç bakımından yeni bir kastın varlığını ortaya koymak gerekir. Başka bir olasılık olarak failin ilk hareketindeki kastı mağdurun değişik zamanlarda hürriyetinden yoksun bırakılıp yeniden özgürlüğüne kavuşturulması gayesine dayanıyorsa, TCK m. 43/1'in gündeme gelmesi mümkündür. Bu ikinci olasılığın, somut olayda failin sübjektif durumu ve elbette suç tipinin özelliklerine göre şekilleneceğinde şüphe yoktur.

4. Suç Örgütüne Üye Olma ve Kesintisiz Suça İlişkin Tespitlerin Somut Olaya Uyarlanması

Suç örgütüne üye olma fiilinin kesintisiz suç özelliği gösterdiğini, bu gerçeğin Yargıtay ve Anayasa Mahkemesince kabul edildiğini yukarıda ifade etmiş ve gerek suç örgütüne üye olma fiilinin gerekse kesintisiz suçun özelliklerine yer vermiştik. Şimdi bu özelliklerin somut olaya uyarlanmasının hukuken uygunluğunu inceleyeceğiz.

Yargıtay, fiilin nitelendirilmesinde yerel mahkeme ile farklı düşünmektedir. Yüksek Mahkemeye göre fiil, suç örgütüne üye olma suçu olarak yorumlanmalıdır. Bozma kararındaki gerekçe şu şekildedir: "*Silahlı terör örgütü üyeliğinden ceza alan ve şartla tahliye edilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçerek suç tarihinde düzenlenen yasadışı toplantıya katıldığı, toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, toplantı sırasında terör örgütünü simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamak için üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı*

27 Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2023). s. 128; Özgenç, İ. (2023). s. 193.

28 Doktrinde *Önder*; kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü ile birlikte artık kesintinin gerçekleştiği, bundan sonra suç işlenmeye devam ediliyorsa bunun yeni bir kasta dayandığının kabul edilmesi gerektiği, görüşündedir. Yazar, aksi kabulün, yani hükümden sonra işlenen suçun kesintisiz suça dahil görülmesinin, faile adeta açık bono verilmiş gibi tesiri olacağını düşünmektedir, bkz. Önder, A. (1963). 119. Ayrıca bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 268.

alanından ayrılan ve aynı montu toplantının devamında kendi giydiği anlaşılan sanığın, eyleminin TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi… dolayı bozulmasına karar verildi".

Meseleyi ilk önce suç tipi altında analiz etmek gerekir. Yargıtay kararındaki "*… toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, toplantı sırasında terör örgütünü simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamak için üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrılan ve aynı montu toplantının devamında kendi giydiği anlaşılan sanığın…"* şeklindeki atıf, fiilin nitelendirilmesi bakımından önemlidir. Bu tespit, yerel mahkemenin "*Sanığın katıldığı ve kamu davasına konu olan toplantı/gösteri, başından itibaren kanuna aykırı olarak düzenlemiş olup, kanuna uygun şekilde düzenlendiği kabul edilse dahi, daha sonra, kanuna aykırı hale gelmiş/getirilmiştir. Toplantı/gösteri sırasında; Anayasamızın sağladığı temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanması suretiyle Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yasadışı PKK terör örgütü ve sözde lideri Abdullah Öcalan'ı övücü sloganlar atılmış ve pankartlar taşınmış, sanığın da, üzerinde teröristbaşı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu anlaşılan flamalar ile toplantının yapıldığı mahalle geldiği, elinde bulunan flamalardan bir kısmını toplantıya iştirak eden kişilere dağıttığı, kendisinin de toplantı ve gösteri yürüyüşüne bizzat üzerinde terörist başı Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu flamayı taşıyarak katıldığı, anlaşılmıştır*" şeklindeki bulgusuyla da uyumludur.

Görülen o ki yerel mahkemenin tespit ettiği olay, Yargıtay tarafından onaylanmıştır. Ancak dereceler arasında farklılaşan nokta, olayın hukuki nitelendirilmesidir.

Başvuruya konu olay, yasa dışı tertip edilen ve terör örgütünün faaliyeti kapsamında icra edildiği anlaşılan bir gösteriye iştirak edilmesidir. Sanığa yüklenen fiil, terör örgütü liderinin resmi bulunan bayrakların dağıtılması ve terörist başının resminin bulunduğu flamanın bizzat taşınmasıdır. Anılan eylem, esasen sempati açıklamaları kapsamında yorumlanıp cezasız kalması tartışılabilecekken (bkz. TMK m. 7/2-ilk cümle), TMK m. 7/2-b'de sayılan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi sebebiyle terör örgütü propagandası altında değerlendirilmeye müsaittir[29].

29 TMK m. 7/2-b hükmü ile TMK m. 7/2-ilk cümle arasındaki ilişkiye dair hukuki değerlendirmeler için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.2.2020 tarihli 2016/16-1140 E. ve 2020/110 K. sayılı kararı. Konuyla ilgili doktrinde paylaşılan görüşler için bkz. Özgenç, İ. (2021). "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *AHBVÜ-HFD*, C. 25., S. 2., s. 401; Yurtlu, F. (2016). "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması", *GÜHFD*, C. 20., S. 3., 2016, s. 421; Yıldırım, Z. (2014), s. 233.

Temel olarak örgüt propagandası kapsamında tartışılması gereken bir fiil, Yargıtay tarafından örgüte üyeliği altında mütalaa edilmiş ve ardından yerel mahkeme de bu görüşe uyarak sanığın terör örgütüne üye olma fiilinden ötürü cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bozma ilamında yer alan "***Silahlı terör örgütü üyeliğinden ceza alan ve şartla tahliye edilmesinden sonra silahlı terör örgütü ile yeniden irtibata geçerek*** *suç tarihinde düzenlenen yasadışı toplantıya katıldığı…"* şeklindeki tespit dikkat çekicidir. Yargıtay ve sonrasında bozmaya uyan yerel mahkemeye göre, örgüt üyeliğinden hüküm giyen failin koşullu salıverilme müddeti içinde aynı örgütün 'propaganda' içerikli eylemine katılması, örgüt üyeliğinin yansımasıdır. Ancak bozma ilamı ile yerel mahkemenin sonraki kararında örgüt üyeliği için aranan koşullar değerlendirilmemiştir.

Başvuruya konu olay, özet nitelendirmeyle terör örgütü tarafından tertip edilen yasa dışı gösteriye katılmaktır. Bu eylemin örgüt üyeliğine vücut verebilmesi için hukuken iki ihtimal vardır:

1. Propaganda fiilinin örgüt üyeliği için aranan yapısal şartlarla desteklenmesi
2. Failin (sanığın) hâlihazırda ilgili terör örgütünün üyesi olması

Yargıtay ve ikinci kararında yerel mahkeme, failin davaya konu olaydaki durumunu değerlendirirken örgüt üyeliğine ilişkin isnat olunan fiille doğrudan bağlantılı bir analiz yapmamıştır. Mahkemenin referansı, koşullu salıverilmeye konu önceki mahkûmiyet kararıdır. Oysa Yargıtayın temyiz merci olarak ortaya koyduğu tespitler ve yerel mahkemece yürütülen muhakemede beklenen, hiyerarşik yapıya dâhil olma ve örgüt iradesini kendi iradesinin üzerinde görme olgusu ile bu bağlılığın devamlılık arz ettiğinin belirlenmesidir. Örgüt üyeliğinin esasları olan bu ölçütlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini ispat etme külfeti ise iddia makamındadır. Keza mahkeme bu fiilin gerçekleştiği fikrinde ise her türlü şüpheden uzak delillere dayanmalıdır. Oysa bu fikrin oluşumunda kıstas alınan ve delil olarak değerlendirilen şey, kişi hakkında verilmiş önceki tarihli mahkûmiyet kararıdır.

Gelinen noktada, dava konusu olayda sanığın davranışlarının örgüt üyeliğini ispat edecek kesinlik ve dahi yeterlilikte olduğunu söylemek güçtür. O hâlde yukarıda ikinci olasılıkta sunduğumuz durumu analiz etmek icap eder.

Yukarıda paylaştığımız üzere, derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesinin de kabulüne göre suç örgütüne üye olma, kesintisiz suç özelliği gösterir. Kişi, örgüt üyeliğini bilerek ve isteyerek sona erdirdiğinde artık suç sona erer. Suç, hukuki olarak suça ilişkin takibe başlanmasıyla sona erer. Mesela, mağdurun hürriyetini kısıtlayan failin yakalanması ve hukuka aykırılığın sona er-

mesiyle suç sona erecektir[30]. Ancak bazı suç tiplerinde suçun yapısı gereği fiilin hukuki bir işlemle kesintiye uğramasına rağmen suçun devam ettiğinden bahsedilebilir. Suç örgütünü yönetme ve suç örgütüne üye olma fiillerinde bu olasılıkla karşılaşılabilir[31]. Spesifik bir olayda hükümlü olan kişi, cezaevinde olmasına rağmen örgütle olan irtibatını devam ettirebilir ve yönetme ya da üye olma fiilini icra etmeye devam edebilir. Elbette bu olasılık, kamu otoriteleri nezdinde maruz görülemeyecek bir durumdur. Çünkü tutuklu ya da hükümlünün, suç örgütüyle olan irtibatını ve dahi yönetici yahut üye vasfını koruması, ceza infaz kurumlarından belenen fonksiyonun ifa edilemediğini, kurumların zayıflığını gösterir. Özellikle bir hukuk devletinde böyle bir ihtimalin pratikte düşünülmemesi gerekir. Ancak suç teorisi ve ceza hukuku pratiği açısından, örgüt üyeliği ve yöneticiliği ile ilgili yaptığımız tespitler, başvuruya konu olay bakımından önemlidir.

Bozma ilamında sanığın hükümlülük sürecinde örgüt ile olan bağının devam ettiğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Bozma kararına uyan yerel mahkemenin yeni hükmünde yer alan yorumu şu şekildedir: "*Diğer yandan dosya kapsamında bulunan sanığın sabıkasına esas Malatya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/116 esas ve 2010/130 karar sayılı ilamından da anlaşılacağı üzere suç tarihi öncesinde sanık Umut Çongar'ın PKK/KCK silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle neticeten 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle verilen iş bu mahkûmiyet hükmünün Yargıtay temyiz incelemesi sonucunda 07/12/2011 tarihinde kesinleştiği, dosya kapsamına alınan ve sanık hakkında düzenlenen müddetname içeriğine göre 25/06/2009 tarihinde PKK/KCK silahlı terör örgütü üyesi olmak suçu nedeni ile cezaevine girdiği, 26/02/2014 tarihinde ise koşullu salıverildiği anlaşılan sanığın sonrasında iş bu mahkememiz dava dosyasına esas 09/01/2015 tarihli yasa dışı toplantı ve gösteri yürüyüşünde toplantı öncesinde yanında getirdiği ve üzerinde silahlı terör örgütü PKK/KCK liderinin resmi bulunan bayrakları dağıttığı, aynı içerikteki bayrağı gösteri yürüyüşü esnasında içeriği çevredeki kişiler tarafından görülebilecek şekilde ve açık vaziyette iken taşıdığı, silahlı terör örgütün simgeleyen bayrağı taşıyan şahsın kimliğini gizlemek ve yakalanmamasını sağlamak için şahsın üzerinden çıkardığı montu alarak toplantı alanından ayrıldığı ve toplantının devamında kendi üzerine giydiği, yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşünün yukarıda saptanan şekildeki cereyan tarzı ve sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin mahiyeti de gözetildiğinde sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinden kaynaklı olacak şekilde kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı, böylelikle ve tüm dosya kapsamına göre sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinin Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin*

30 Doktrinde kat'i biçimde kesin mahkûmiyet hükmünün temadiyi sona erdireceği de ifade edilmekte ve bundan sonraki davranışların aynı suça vücut verse bile farklı suç olarak değerlendirileceğine işaret edilmektedir, bkz. Demirbaş, T. (2023). s. 268. Bu durumda artık yeni bir kastın varlığını kabul etmek gerektiği görüşünde Önder, A. (1963). 119.

31 Ayrıca bkz. Tulay, M. E. (2018). s. 34.

09/09/2015 tarih, 2015/4733 esas ve 2015/2397 karar sayılı mahkememizce usul ve yasaya uygun görülen ilamında da açıkça belirtildiği üzere silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturduğu, bu itibarla... sanığın tüm dosya kapsamına göre sübut bulan silahlı terör örgütü üyeliği suçu nedeniyle tecziyesine karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır". Yerel mahkemenin kararında da örgütle irtibatın ve örgüt üyeliğinin işlenmeye devam ettiğine ilişkin bir delilden bahsedilmemiş, nihai olarak bu yönde bir analize de yer verilmemiştir. Üstelik mahkeme kararında yer alan "*sanığın mahkememizce sabit görülen eylemlerinden kaynaklı olacak şekilde kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı*" şeklindeki değerlendirmenin de üyelik ile ilgili olmadığına işaret etmek gerekir. Çünkü "*kamu düzeni bakımından açık ve yakın tehlike*" kavramı, uygulamada ve bir kısım doktrin görüşünde örgüt propagandası suçu, özellikle TMK m. 7/1-b hükmü bakımından tartışılmaktadır. Anlaşılan yerel mahkeme, aslında hâlen fiilin örgüt propagandası olup olmadığını tahlil etmiş, bu suçun oluştuğuna kanaat getirmiş ve fakat bozma kararı sebebiyle sanık hakkında örgüt üyeliğinden ceza vermek durumunda kalmıştır.

Görüldüğü üzere, derece mahkemelerinin kararlarında sanığın başvuruya konu dosyada örgüt üyesi olup olmadığına ilişkin olay ile eş zamanlı hareketi değerlendirilmediği gibi daha önceki mahkûmiyet kararına dayanak olan örgüt üyeliğinin devam ettiğine ilişkin bir delil ve kanaate de yer verilmemiştir.

Kişinin önceki mahkûmiyet kararına konu örgüt üyeliğinin devam ettiği varsayımının hukuken mümkün olduğunu ve fakat bu olasılığın kamu otoriteleri nezdinde bir güç ve güven boşluğu oluşturacağını ifade etmiştik. Böyle bir olasılığın fiilin cezalandırılması bakımından da ilginç sonuçları olacağına değinmek isteriz. Şayet kişi, ilk fiilini işlemeye devam ediyor ve böylece olayımız özelinde (daha önceki mahkûmiyet hükmüne konu) ilk fiilinden itibaren örgüt üyesi sıfatını koruyorsa, kişi hakkında ikinci bir yargılama yapmak ve ceza vermek, aynı fiilden iki kez ceza vermek anlamı taşıyacaktır[32]. Elbette bu gibi durumlarda zincirleme suç kurumu öne çıkar (TCK m. 43/1). Ancak suç örgütünü yönetmek ve suç örgütüne üye olmak, "*Aynı suç örgütünü değişik zamanlarda yöneteyim/Aynı suç örgütüne değişik zamanlarda üye olayım*" kastıyla işlenebilecek suçlardan değildir. Öyleyse kişi, zaten işlemekte olduğu suç nedeniyle ceza aldığında aynı fiilinden ötürü yeniden yargılanamayacaktır (*ne*

32 "*Mütemadi suç niteliğindeki örgüt üyeliği suçunun fiili ve hukuki kesinti tarihine kadar sona ermemesi nedeniyle yakalanma-iddianame tarihine kadar gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesinde zaruret bulunmasına ve kesinleşmiş beraat kararı ile sonuçlanan davanın dayanağını oluşturan Sivas Cumhuriyet Başsavcılığının 25.01.2017 tarihli iddianamesinin kapsadığı dönem içinde kalan örgütsel faaliyetlerin/fiilin 'Ne bis in idem' kuralı gereğince yeniden yargılanmasına yasal imkan bulunmamasına nazaran hukuki dayanaktan yoksun talebin reddine karar verilmiştir*", bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 4.10.2019 tarihli 2019/8001 E. ve 2019/5936 K. sayılı kararı.

bis in idem)[33]. Elbette böyle bir ihtimal, kamu otoritelerinin zayıflığı yanında kamu düzeni bakımından da büyük bir boşluğa sebep olacaktır.

Derece mahkemelerinin kararlarında tespit ettiğimiz sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Yerel mahkemenin vermiş olduğu ilk karar, TCK m. 220/6 ile TCK m. 220/8'in yanlış yorumlanması sebebiyle sorunludur. Örgüt üyesi olmayan kişi örgütün propagandasını yaptığında, lehine propaganda ifa edilen örgütün niteliğinden bağımsız olarak suç, yalnızca örgüt propagandası suçudur. Yani kişi hakkında ayrıca TCK m. 220/6 dolayısıyla cezaya hükmedilmez.

2. Yargıtayın bozma ilamında suçun örgüt üyeliği olarak nitelendirilmesine işaret edilmesindeki temel sorun, dava konusu olayda örgüt üyeliğinin şartlarının tartışılmamış olmasıdır. Yargıtay, örgüt üyeliği için soyut ifadelerle yetinmiş, dava konusu olayda üyeliği somutlaştıracak nitelikte bir delil ya da değerlendirmeye yer vermemiştir. Böyle olunca sadece aynı örgüte üye olmaktan dolayı verilmiş olan mahkûmiyet hükmünün referans alındığı görülmekte, hükme esas delilde önceki fiil ve mahkûmiyet hükmü ön plana çıkmaktadır.

3. Bozmadan sonraki yargılamada Yüksek Mahkeme ilamına uyan yerel mahkeme de örgüt üyeliğinin şartlarını münhasıran değerlendirmemiştir. Keza önceki üyeliğin hâlen devam ettiğine ilişkin bir değerlendirme de yapılmamıştır. Bir başka sorun ise ilk derece mahkemesinin, örgüt üyeliğine hükmederken örgüt propagandasına ilişkin yasal koşulları tartışmış olmasıdır.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA İLİŞKİN TESPİTLERİMİZ

Anayasa Mahkemesinin oy çoğunluğu ile aldığı hak ihlali kararı, normatif olarak AİHS m. 6/2, Anayasa m. 36 ve m. 38'de somutlaşan masumiyet karinesine[34] dayanmaktadır.

---

33 *Ne bis in idem* ilkesinin gereği olarak, kesin hükümle sona ermiş davadan sonra aynı konu, aynı fiil ve aynı kişi hakkında ikinci bir ceza davası açılamaz, ayrıca bkz. Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2023). s. 93.

34 Doktrinde masumiyet karinesinin esasen 'suçsuzluk karinesi' olarak anılması ve anlaşılması gerektiği; çünkü 'masumiyet' sıfatının yetersiz kaldığı, kişi masum olsaydı hakkında bir ceza muhakemesi işlemi yapılamayacağı ve fakat suçsuzluğun masumiyeti de kapsaması sebebiyle mevcut kullanımın tamamen hatalı sayılıp reddedilemeyeceği yorumu dile getirilmektedir, bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 57. Yine Anayasa karşısında ve henüz hükümden önce uygulanabilen tutuklama tedbirinin uygulanmasının açıklanabilirliği noktasında suçsuzluk karinesi teriminin daha doğru olacağı kanaatinde Feyzioğlu, M. (1999). "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, C. 48., S. 1.,

Anayasa Mahkemesi, ulusal ve uluslararası mevzuat ve içtihatlar çerçevesinde masumiyet karinesini; *hüküm sonuçlanana dek masum kabul edilme düsturunun yanı sıra, karinelere dayalı olarak peşinen suçluluğun kabulü yoluna gidilmemesi ve suçsuzluğu ispat külfetinin sanık üzerinde bırakılmaması* şeklinde yorumlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olayda başvurucunun önceki tarihli örgüt üyeliğinin; bu suç isnadı sebebiyle yakalama, yine bu suç isnadını içerir biçimde düzenlenen iddianame ve sonrasında yürütülen yargılamada örgüt üyeliğinden tesis edilen mahkûmiyet hükmü gözetildiğinde ilk davranışın fiilî ve hukuki kesintiye uğradığında kesintinin gerçekleştiğinde ve hâliyle suçun sona erdiğinde herhangi bir duraksamaya yer olmadığı kanaatine varmıştır. Aslında derece mahkemelerinin hükümleriyle çelişmeyecek biçimde başvurucunun koşullu salıverilme kararına konu terör örgütüne üye olma suçunun işlenmeye devam etmediği, sona erdiği bir kez de Anayasa Mahkemesi tarafından teyit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, hakkında hüküm verilmiş ve sona ermiş suçun/suç fiilinin, sonraki tarihli bir eylemden doğan ceza sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmasının masumiyet karinesine aykırı düşeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin ilkesel olarak aykırı bulduğu husus, propaganda aracına dönüşen yasa dışı gösteriye iştirakin yanında başvurucunun daha önce terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmiş olmasının delil olarak kabulü ve nihai hükme esas alınmasıdır. Mahkemeler tarafından izlenen bu yöntem sebebiyle başvurucu, kendisine isnat olunan fiili çürütmek, yani terör örgütüyle yeniden irtibat kurmadığını ispat etmek zorunda bırakılmıştır (§ 49).

Anayasa Mahkemesinin bu tespiti, bizce de yerindedir. Maddi ceza hukuku bakımından, terör örgütüne üyelikle ilgili cezai normun ihlal edilip edilmediği tartışmasının isnat olunan fiil kapsamında yapılması gerektiğini belirtmiş ve bu noktada derece mahkemelerinin hukuken doğru bir yol izlemediğini ifade etmiştik. İlkesel açıdan da bu yöntem, Anayasa Mahkemesi tarafından işaret edildiği şekliyle ispat külfetinin kabul edilmez biçimde sanık üzerinde bırakılması[35] sonucu doğurmaktadır[36].

ss. 135 vd. (138). Anayasa Mahkemesi kararındaki vurgulardan hareketle biz, çalışmamızda masumiyet karinesi terimini kullanmayı tercih ettik.

35 Masumiyet karinesi, esasen AİHS m. 6/1'de düzenlenen adil yargılanma hakkının somut görünüm biçimlerinden biridir, bkz. Taner, F. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 47. Masumiyet karinesinin ihlali, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan silahların eşitliği ilkesini de tehlikeye atar, bkz. Öztürk, B. (Ed.). (2022). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 133.

36 Kişinin, hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunana dek masum olması düsturunu içeren masumiyet karinesi, masumiyetin asıl olduğunu, hiç kimseye suçsuzluğunu ispat külfeti yüklenemeyeceğini garanti alır, bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 65; ayrıca bkz. Yıldırım, A. (2017). "Anayasa

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında dile getirdiği şu endişe de paylaşılmaya değerdir: **"***Mahkemenin bu yaklaşımı, daha önce hakkında terör örgütü üyesi olma suçundan kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunan kişilerin herhangi bir yeni eyleminin önceki eylemleri ile birlikte değerlendirilip yeniden ve otomatik olarak terör örgütü üyesi olma suçundan cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır"*[37].

Anayasa Mahkemesi tarafından dile getirilen endişenin vuku bulması, başlı başına ve çok açık biçimde masumiyet karinesi tehlikeye atacaktır. Aslında bu endişenin terör örgütü üyeliğiyle veya daha geniş ifadeyle terör suçlarıyla sınırlandırılmayacağı da söylenmelidir. Gerçekten, sanığın önceki tarihli aynı ya da benzer suç tipinden mahkûmiyete çarptırılması bir sonraki aynı ya da benzer fiilin nitelendirilmesi açısından dikkate alınırsa, failin sübjektif durumunun tahlili açısından doğacak problemin yanında kişinin aslında işlemediği bir suçtan sorumlu görünmesi tehlikesini de doğuracaktır[38].

Anayasa Mahkemesi kararında paylaşılan bu endişe göz ardı edilmemelidir. Nitekim karşı oy gerekçesindeki şu ifade, uygulamanın böyle bir yanlışa sürüklenebileceğine işaret etmektedir: "*Yargıtay ilgili dairesi konuyu değerlendirirken kişinin geçmişini de dikkate almıştır. Ceza yargılamasında kişinin geçmişinin dikkate alınmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. TCK.nun 62. maddesinde yer alan takdiri indirim uygulanmasında olduğu gibi kişinin geçmişi özellikle dikkate alınabilmektedir. Bu yönüyle de konu ceza yargılamasının hudutları içerisinde cereyan etmiştir*". Karşı oy gerekçesinde; kişinin işlediği iddia olunan suça özgü muhakemede sanığın geçmişinin etki sahası ve TCK m. 62'de öngörülen düzenlemenin uygulanma alanının 'suçun niteliğini tespit' değil, 'somut cezanın belirlenmesi/cezanın bireyselleştirilmesi' olduğu gözden kaçırılmıştır[39].

Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5., S. 9., s. 496. İspat külfetinin şüpheli/sanık üzerinde bırakılmamasını da içeren suçsuzluk karinesi, kişiye tanınan susma hakkı ile perçinlenmiştir, bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). s. 58. Sanığa susma hakkının tanındığı bir hukuk sisteminde ispat külfetinin sanık üzerinde olduğu söylenemez, bkz. Öztürk, B. (Ed.). (2022). s. 145. Suçsuzluk karinesi, ancak mahkûmiyet hükmüyle çürütülebilecek bir varsayımdır. Karine, suçluluğu ispat edilene dek kişinin suçlu gibi muamele görmesini önleyen ve aslında mahkemelerin tarafsızlığı garantisini veren dokunulmaz bir haktır. Bu hakkın doğal sonucu olarak ispat yükü, iddia makamına düşer. bkz. Üzülmez, İ. (2005). "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBBD*, S. 58., s. 43 vd. (57); ayrıca bkz. Tozman, Ö. (2007). "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3-4., s. 320.

37 Doktrinde (bilhassa soyut) tehlike suçlarının, masumiyet karinesini riskli hale getirdiğine işaret edilmektedir, bkz. bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). s. 58. Suç örgütüne üye olma suçunun tehlike suçu olduğu dikkate alınırsa, doktrinde paylaşılan endişeyi burada da anmak gerekir. Hukuki nitelik itibarıyla belirtelim ki, TCK m. 220'de tanımlanan fiiller ile bu suçun TCK m. 314 ve TMK'daki yansımalarına bakıldığında suçun somut tehlike suçu olduğu ve fakat propaganda fiilinin soyut tehlike suçu olarak görülmesi gerektiği söylenmelidir, bkz. Özgenç, İ. (2022). s. 19.

38 Ceza muhakemesinde delil, olayı temsil etmeli, maddi gerçeğin bir parçası olmalı veya onu yansıtmalıdır, bkz. Şahin, C. ve Göktürk, N. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 412.

39 "*Sanık aleyhine vicdani kanı, yargılama konusu olayla ilgili olmayan bilgilerden oluşmamalı, sanığın*

Anayasa Mahkemesinin karşı oy gerekçesinde paylaşılan yaklaşım takip edildiğinde hukuken maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesine hâkim temel evrensel ilkeler ile bağdaşmaz nitelikte hükümlerle karşılaşma riskinin yüksek olduğu söylenmelidir. Mesela; eşini öldürdüğü için müebbet hapis cezası alan fail, koşullu salıverilme döneminde nişanlısı, yeni eşi ya da birinci dereceden yakınına karşı 'yaralama kastıyla' ağır neticeli bir müessir fiil icra etse önceki mahkûmiyete dayanılarak ve failin potansiyel tehlikeliliğini dikkate alarak kişi hakkında 'öldürmeye teşebbüs' yorumu yapılabilecektir. Hâliyle son derece eleştiriye açık olan bu yöntem, elbette kanuni tipin gerektirdiği çözüm metodu ve muhakeme ilkelerine aykırıdır[40].

Karşı oy gerekçesinde yer alan "*Konunun diğer bir boyutu da, ceza yargılamasına konu edilen suçun temadi eden bir suç özelliğini taşımasıdır. İlgili hakkında tanzim edilen iddianamenin kabul edilmesi ile temadi hukuki kesintiye uğramıştır. Bu suçun özelliği gereği fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktası hem iddia hem de savunma makamları tarafından varlığı veya yokluğu ispatı mümkün bir hususturu*" ifadesi, ilk bakışta malumun ilanı[41] şeklinde anlaşılmaya müsait olsa da sorunlu görünmektedir. Nitekim "*Bu suçun özelliği gereği fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktası hem iddia hem de savunma makamları tarafından varlığı veya yokluğu ispatı mümkün bir hususturu*" tespiti, aslında sanığa "Suçsuz isen ispatla." mahiyetinde bir külfet yüklemektedir. Elbette kişi, hakkındaki iddiayı her türlü delille çürütebilir. Hatta uygulama, zaman zaman hukuka aykırı delillerin dahi sanık lehine kullanabileceği görüşündedir[42]. Ancak bu durum, sanığa suçsuzluğunu ispat alanı bırakılmasının yeterli görülmesini gerektirmez. Kişinin kendi suçsuzluğunu ispat külfeti yoktur ama bundan farklı olarak elbette herkesin suçsuzluğunu ispat hakkı ve imkânı vardır[43].

Karşı oy gerekçesindeki "*…ortada sanık tarafından gerçekleştirilen ve aleyhe sübut bulan kanunsuz bir gösteri yürüyüşüne aktif olarak iştirak gibi bir durum söz konusudur. Bu eylemin gerçekleşmediğini başvurucu her türlü delile dayanarak ispat imkanına sahiptir*" şeklindeki ifade, başvuruya konu olayın tam anlaşılamadığını göstermektedir. Dava konusu olayda masumiyet karinesiyle ve ayrıca ka-

önceki sabıkasını da hükme dayanak yapmamalıdır", Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 4.10.2011 tarihli 2011/10-159 E. ve 2011/202 K. sayılı kararı.

40 Masumiyet karinesi ve silahların eşitliği prensibi uyarınca, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış delillere dayanılarak hüküm verilebilir. Bu düstur, CMK m. 217'de açıkça düzenlenmiştir, ayrıca bkz. Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2022b). s. 59; Şahin, C. ve Göktürk, N. (2023). s. 412.

41 Nitekim Anayasa m. 36'da *herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu* vurgulanmıştır, ayrıca bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 90.

42 Hukuka aykırı delilerin hükme esas alınabilirliği konusunda doktrin görüşü ve yargı uygulaması için bkz. Öztürk, M. K. ve Tulay, M. E. (2021). "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16., S. 179., s. 1344 vd.

43 Bkz. Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2020). s. 65.

nuni tiple çelişen durum, kişi hakkında tesis edilen mahkûmiyet hükmünde *örgüt üyeliği*ne karar verilmesidir. Başvurunun konusu, yasa dışı icra edilen gösterinin aslında hiç düzenlenmemiş olması veya düzenlenen gösteriye iştirak edilmediği hâlde kişinin gösteriye iştirak etmiş gibi muamele görmesi, değildir. Devamında üyelerin "*Bu eylem sübut bulmamış olsaydı örgüt üyeliğinden söz edilmeyecekti*" şeklindeki ifadeleri de örgüt propagandası ile örgüt üyeliği ayrımının anlaşılamadığını göz önüne sermektedir. Örgüt propagandası örgüt üyeliğinin mutlak gereği olmadığı gibi, tek başına örgüt üyeliğine delalet etmez.

Ele aldığımız Anayasa Mahkemesi kararında, Yüksek Mahkemenin masumiyet karinesine aykırılık sebebiyle vermiş olduğu hak ihlaline ilişkin hukuki tespitlerimiz özetle şu şekildedir:

1. Derece mahkemelerince, daha önceki tarihli eylemden ötürü verilen mahkûmiyet kararının, aynı ya da benzer suçta, suçun niteliği bakımından yapılan değerlendirmede hükme esas alınması, masumiyet karinesine aykırıdır. Çünkü masumiyet karinesi, kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilinceye kadar masum addedilmeyi gerektirdiği gibi, ispat külfetinin sanığa yüklenmemesini, kişinin kendi suçsuzluğunu ispat külfeti ile karşı karşıya bırakılmamasını da temin eder.

2. Önceki mahkûmiyet kararının, sonraki tarihte vuku bulan aynı ya da benzer bir başka olayda mahkûmiyete esas alınması, ceza muhakemesinde sanığın geçmişinin değerlendirilmesine ilişkin bir yasak norm bulunmaması ve TCK m. 62'nin varlığı ile temellendirilemez. Çünkü sanığın geçmişi, kendisine isnat olunan suçun niteliğinde değil, sübut bulan suça ilişkin cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınır. Bu iki uygulama arasındaki ayrım çok nettir. Kişinin geçmişinin 'suç vasfının tespitinde' dikkate alınması failin sübjektif durumunun fiil ile sınırlı kalması prensibine ve ayrıca masumiyet karinesine açıkça aykırıdır. Anılan biçimde bir yaklaşımın uygulamada benimsenmesi hâlinde suç tipinin tanımlandığı normatif düzenleme ile evrensel ve vazgeçilmez nitelikteki ceza muhakemesi ilkelerine açıkça aykırı hükümler ile karşılaşılma riski yüksektir. Anayasa Mahkemesinin çalışmamıza konu edindiğimiz kararı, bu endişeye dikkat çekilmesi ve uygulamaya yol göstermesi bakımından da son derece kıymetlidir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

ARSLAN, Mehmet (2020). *Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri*, Ankara: Adalet Yayıncılık.

ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin ve ÇAKIR, Kerem (2022). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

BOZ, Burak (2020). "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 131-185.

CENTEL, Nur, Zafer, HAMİDE ve ÇAKMUT, Özlem (2020). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

DEMİRBAŞ, Timur (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

DEMİR, Oğuzhan (2022). *Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

DURSUN, İsmail (2008). "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

DÜLGER, Murat Volkan (2023). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

FEYZİOĞLU, Metin (1999). "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, C. 48., S. 1., ss. 135-163.

FISCHER, Thomas (2019). *Strafgesetzbuch*, 66. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık.

HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık.

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

KREY, Volker ve ESSER, Robert (2016). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Stuttgart: W. Kohlhammer Yayıncılık.

KÜHL, Kristian (2017). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Baskı, Münih: Franz Vahlen Yayıncılık.

ÖNDER, Ayhan (1963). "Mütemadi Suç", *İÜHFM*, C. 29., S. 1-2., ss. 75-120.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2022a). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2022b). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZGENÇ, İzzet (2023). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZGENÇ, İzzet (2022). *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZGENÇ, İzzet (2021). "Terörizmin ve Terör Örgütünün Propagandası Suçu ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *AHBVÜ-HFD*, C. 25., S. 2., ss. 373-431.

ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan (2020). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZTÜRK, Bahri (Ed.). (2022). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZTÜRK, Mustafa Kağan ve TULAY, M. Emre (2021). "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16., S. 179., ss. 1339-1353.

ROXIN, Claus ve GRECO, Luís (2023). *Strafrecht Allgemeiner Teil-I*, 5. Baskı, Münih: C. H. Beck Yayıncılık.

SARITAŞ, Erkan (2018). *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, Tübingen: Paul Siebeck Yayıncılık.

SONAY EVİK, Vesile (2013). "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", *MÜHF-HAD*, C. 19., S. 2., ss. 669-697.

SOYASLAN, Doğan (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

ŞAHİN, Cumhur ve GÖKTÜRK, Neslihan (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TANER, Fahri Gökçen (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TOZMAN, Önder (2017). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

TOZMAN, Önder (2007). "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11., S. 3-4., ss. 315-353.

TULAY, M. Emre (2018). *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, Holzkirchen: Felix Yayıncılık.

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

ÜZÜLMEZ, İlhan (2005). "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBBD*, S. 58., ss. 41-72.

WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner ve SATZGER, Helmut (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Baskı, Heidelberg: C. F. Müller Yayıncılık.

YENİDÜNYA, Caner ve İÇER, Zafer (2014). *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, İstanbul: Digesta Yayıncılık.

YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YILDIRIM, Akif (2017). "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 5., S. 9., ss. 491-517.

YILDIRIM, Zeki (2014). *İfade ve Basın Özgürlüğü Bağlamında Terörizmin Propagandası Suçu*, Ankara: Adalet Yayıncılık.

YURTLU, Fatih (2016). "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması", *GÜHFD*, C. 20., S. 3., ss. 411-435.

ZAFER, Hamide (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.