

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**GENEL KURUL  
KARAR****ÖMER FARUK GERGERLİOĞLU BAŞVURUSU**

**Başvuru Numarası** : 2019/10634

**Karar Tarihi** : 1/7/2021

**Başkan** : Zühtü ARSLAN  
**Başkanvekili** : Hasan Tahsin GÖKCAN  
**Başkanvekili** : Kadir ÖZKAYA  
**Üyeler** : Engin YILDIRIM  
Hicabi DURSUN  
Celal Mümtaz AKINCI  
Muammer TOPAL  
M. Emin KUZ  
Rıdvan GÜLEÇ  
Recai AKYEL  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Yıldız SEFERİNOĞLU  
Selahaddin MENTEŞ  
Basri BAĞCI  
İrfan FİDAN  
**Raportörler** : Yunus HEPER  
Denizhan HOROZGİL  
**Başvurucu** : Ömer Faruk GERGERLİOĞLU  
**Vekilleri** : Av. Gürkan BİÇEN  
Av. Kerem ALTIPARMAK

**I. BAŞVURUNUN KONUSU**

1. Başvuru; milletvekili seçilerek dokunulmazlık hakkını kazanan başvuru hakkında yargılamaya devam edilmesinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını, başvurucaunun sosyal medya hesabından yaptığı bir paylaşım gerekçe gösterilerek terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasının ise ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

**II. BAŞVURU SÜRECİ**

2. Başvuruca 8/4/2019 ve 3/3/2021 tarihlerinde iki ayrı başvuru yapmıştır.

3. Başvurular, başvuru formlarının ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvurular, aralarında kişi yönünden irtibat bulunduğu anlaşıldığından birleştirilmiş ve incelemeye 2019/10634 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden devam edilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

8. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

9. Birinci Bölüm tarafından 9/6/2021 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

### III. OLAY VE OLGULAR

10. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

#### A. Çözüm Süreci ve Hendek Olayları

11. Anayasa Mahkemesinin *Ayşe Çelik* (B. No: 2017/36722, 9/5/2019, §§ 10-13) kararında *çözüm süreci* ve *hendek olaylarına* ilişkin arka plan bilgisi şu şekilde verilmiştir:

*"10. Türkiye'de uzun süredir devam eden, PKK'nın neden olduğu şiddetin ve terör olaylarının sona erdirilmesi amacıyla Hükümet tarafından ... demokratik açılım adı verilen bir süreç başlatılmıştır. Çözüm süreci olarak da isimlendirilen ... süreçte şiddet ve terör olayları önemli ölçüde azalmıştır. Güvenlik güçlerinin daha sonra yayımlanan raporlarına bakılırsa bu dönemde PKK terör örgütü bazı şehirlerde silah ve mühimmat yığınağı yapmış, 2015 yılının ortalarından itibaren terör ve şiddet bu kez şehirlerde baş göstermiştir.*

*11. Şırnak'ın Cizre, İdil, Silopi ilçeleri; Hakkâri'nin Yüksekova ilçesi; Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçeleri; Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçeleri ile Muş'un Varto ilçesinde PKK terör örgütü tarafından cadde ve sokaklara hendekler kazılarak barikatlar kurulmuş ve buralara patlayıcılar yerleştirilerek bu yerleşim yerlerinin bir kısmında öz yönetim adı altında hâkimiyet kurulmaya çalışılmıştır. Yaklaşık on ay süren şiddet olayları daha sonra hendek olayları olarak isimlendirilmiştir. Hendek operasyonları, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğüne PKK mensuplarına karşı ortak olarak gerçekleştirilen, başta Sur, Cizre ve Nusaybin olmak üzere on bir şehirde yürütülen askeri operasyonlardır.*

*12. Güvenlik güçleri, anılan yerlere halkın giriş ve çıkışını engellemek isteyen terör örgütü mensuplarına operasyon düzenlemiş ve çatışmaya girmiştir. Bu operasyonların gerçekleştirildiği bölgelerin bazılarında sokağa çıkma yasakları uygulanmış ve bazıları geçici süreyle askeri güvenlik bölgesi ilan edilmiştir. Bu kapsamda terör örgütü üyelerinin*

yakalanarak halkın can ve mal güvenliğini sağlanması amacıyla anılan il ve ilçelerin bir kısmında sokağa çıkma yasakları ilan edilmiş fakat güvenlik güçlerince yürütülen operasyonların sona ermesinin ardından söz konusu yasaklar kaldırılmıştır.

13. Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında yaşanan kayıpların büyüklüğü konusunda 2016 yılının Mayıs ayında bazı resmi görevlilerin açıklamalarına göre en az 2.500 terörist öldürülmüş, 480 güvenlik görevlisi de şehit olmuş, ayrıca 4.000'in üzerinde güvenlik görevlisi de yaralanmıştır. Açık kaynaklarda yer alan, resmi olmayan ve doğrulanmamış bazı açıklamalara göre 100'ün üzerinde sivil hayatını kaybetmiş, 1.000'in üzerinde sivil ise yaralanmıştır. Buna ilave olarak en az 400 bin kişinin çatışma bölgelerinden başka bölgelere göç etmek zorunda kaldığı ileri sürülmüştür. Kesin rakamların yer aldığı resmi bir açıklama bulunmadığı gibi bu konuda güvenilir ve bağımsız herhangi bir rapor da Anayasa Mahkemesinin bilgisine sunulmamıştır."

## B. Somut Olaya İlişkin Bilgiler

12. Başvurucu 1965 doğumlu olup olayların meydana geldiği tarihte İzmit Seka Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapmakta ve aynı zamanda T24 isimli internet gazetesinde yazılar yazmaktadır. Bunun yanında başvuru 2003-2007 yılları arasında İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği (MAZLUMDER) Kocaeli şube başkanlığı ve 2007-2009 yılları arasında aynı Derneğin genel başkanlığı görevlerini yürütmüştür. Çözüm sürecinde *Kocaeli Barış Platformu* sözcüsü olarak görev yapan başvuru 6/1/2017 tarihli ve 29940 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 679 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (679 sayılı KHK) ile kamu görevinden çıkarılmıştır.

13. Başvurucu, *Twitter* isimli sosyal medya platformundaki hesabından 20/8/2016 tarihinde yazarlarından olduğu T24 internet haber sitesinin "PKK: Devlet Adım Atarsa Barış 1 Ayda Gelir" başlıklı bir haberini "Bu çağrı hakkıyla değerlendirilmeli, bu işin sonu yok..! 'Öcalan devreye girerse olur' diyorlar" yorumuyla paylaşmıştır. Başvurucunun yargılandığı tarihte ve hâlen yayında olan haberde, elinde uzun namlulu silah bulunan ve yüzleri görünmeyen -kamu makamlarınca terör örgütü üyesi oldukları değerlendirilen- üç kişinin fotoğrafına yer verilmiştir. Haber içeriği şu şekildedir:

"PKK, Kürt sorununda gelinen aşamayı ve bundan sonraki süreci değerlendirdiği bir açıklama yayınladı. Açıklamada, Kürt sorununun çözümü için devletin adım atması gerektiği ve adım atılması halinde 1 ayda barışın geleceği öne sürüldü.

Açıklamada, Kürt sorununun araçsallaştırma ve oylama konusu yapılmaktan çıkarılması halinde Türkiye'deki halklarla kardeşlik içinde çözüm özleminin gerçekleştirileceği ifade edildi.

HDP Grup Başkanvekili İdris Baluken, PKK'nın açıklamasını İmralı Heyeti olarak tarihi bir fırsat olarak değerlendirdiklerini belirterek, tüm kesimlere gerekli sorumlulukları alma çağrısı yaptı. Baluken, İmralı Heyeti'nin 'çözüm sürecinin yeniden başlama umudu'na ilişkin görüşlerini pazartesi günü yapacakları basın açıklamasıyla aktaracaklarını da belirtti.

'Türk devleti ve AKP hükümetinin bir çözüm politikası geliştirmesi halinde, Kürt sorunu bir ay gibi kısa bir sürede çözülür ve Türkiye'ye barış gelir' ifadesi kullanılan açıklamada 'Atılacak adımlar ve karşılıklı taahhütler çerçevesinde üzerimize düşen sorumlulukları her bakımdan yerine getirmeye hazırız' dendi.

*Açıklamada, 'Dolmabahçe Mutabakatı'nın reddedilmesi ve örgüt lideri Abdullah Öcalan'a tecritte olması' eleştirildi.*

*Bülent Arınç: HDP ve Kandil çok kötü niyetliydi*

*Kürt sorununa çözüm arayışları sürecinde rol alan eski Başbakan Yardımcısı ve TBMM Başkanı Bülent Arınç, PKK/KCK açıklamasından yaklaşık bir ay önce BBC'ye yaptığı açıklamada, süreçte 'HDP ve Kandil'in çok kötü niyetli olduğu' görüşünü dile getirmişti. Arınç, özetle şunları söylemişti:*

*'Buradaki hedefimiz şuydu: silahlı terör örgütünü, silahlarından arındırmak; eylem yapmaktan vazgeçirmek, sivil hayatın içine dahil etmek ve terör örgütlerinin en büyük sermayesi olan dağa çıkan gençleri dağa çıkmaktan vazgeçirmek ve dağdakileri de indirmek. Bütün bunlarla biz iyi niyetle bir çözüm sürecine başlamıştık. Bu kademe kademe devam edecek, güven artırıcı önlemler diyebileceğimiz bazı tedbirlerle de sonuca ulaşabilecektik. Gerçekten de süreç geliştikçe mesela terör örgütünün lideri Abdullah Öcalan, yani şu an hükümlü olarak İmralı'da bulunan kişinin giden gelenler marifetiyle olumlu mesajlar verdiğini, bu mesajların belki birincisinin de 2013 Nevruz'unda okunan mesajı. 'Silahları bırakacaksınız, ülkeyi terk edeceksiniz, bundan sonra fikir ve siyaset konuşun' dedi. Bizim de istediğimiz buydu. Sembolik bazı çıkışlar başladı ama örgüt hayır dedi ve kalmaya devam etti...*

*Biz burada çok iyi niyetliydik. HDP ve Kandil çok kötü niyetliydi. Bu çok açık. Her fırsatı kollayarak, bu büyük toplu terör olayları olmasa bile, bireysel olarak çok kötü işler yapıyorlardı. Bunların bir kısmına belki çözüm süreci zarar görmesin diye göz yumuluyordu. Ama büyük bir kısmı da adli olay olması sebebiyle müsaade edilmiyordu.*

*Bu süreçte bir kırılma noktası olarak; siz de söylediniz en son 28 Şubat'ta HDP'li milletvekilleriyle Yalçın Akdoğan, Mahir Ünal ve Efkân Ala'nın da birlikte olduğu; sanırım Kamu Güvenliği Müsteşarı'nın da olduğu bir toplantı yapıldı. Bu bir mutabakat değildi. Burada anlaşılan şuydu: HDP tarafı kendi düşüncelerini ortaya koyacak, hükümet de ne yapılması gerektiği konusunda kendi düşüncesini ortaya koyacaktı. Yoksa ortak bir metin üzerinde konuşulmuş ve anlaşılmış değildi.*

*Niyetimiz iyiydi ama devam etmedi. Bitti mi dersenez, bitmedi. Cumhurbaşkanı'nın tabiriyle buzdolabında kaldı. Ne zaman biter, tek taraflı olarak silahlarını bırakırlar, patlayıcılarını bırakırlar, Türkiye'den dışarı çıkarlar ve ta o başta geldiğimiz noktaya bugün samimi olarak geldiklerini fiilen gösterirlerse o zaman şüphesiz yeni bir süreç, yeni bir isimle yeni argümanlarla yeniden başlayabilir. Terörün bitmesi için bence siyasi bir karara ihtiyaç var."*

14. Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı başvurusunun sözü edilen 20/8/2016 tarihli sosyal medya paylaşımı ile birlikte başka bazı paylaşımları nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçunu işlediği gerekçesiyle hakkında soruşturma başlatmış ve aynı suçtan 4/8/2017 tarihinde iddianame düzenlemiştir. İddianamede başvurusunun 20/8/2016 tarihli haber paylaşımıyla "adeta PKK/KCK terör örgütünün sözcülüğünü yaptığı, terör örgütünün isteklerini yayımlayarak meşrulaştırmaya çalıştığı" iddia edilmiştir.

15. Yargılamayı yürüten Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 21/2/2018 tarihinde başvuruya konu 20/8/2016 tarihli sosyal medya paylaşımı nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan başvurusunun 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına

hükmetmiştir. Mahkeme, başvuruçunun iddianameye konu edilen diğer paylaşımlarının ise terör örgütünün propagandasını yapma suçunun unsurlarını oluşturmadığını belirtmiştir. Mahkemenin gerekçeli kararındaki değerlendirmelerin eldeki başvuruyla ilgili kısmı şu şekildedir:

*"Sanığın kendi adına olan sosyal paylaşım sitesi üzerinden 20 Ağustos 2016 tarihinde www.t24.com.tr isimli internet sitesinde yazmış olduğu yazıyı paylaştığı, bu paylaşım incelendiğinde 3 adet teröristin elinde AK-47 uzun namlulu tüfekleriyle fotoğrafı ve bu fotoğrafın yanında 'PKK: Devlet adım atarsa barış 1 ayda gelir' sözünün yazılı olduğu anlaşılmaktadır.*

*Belirtilen paylaşımın içeriği ve yanındaki görsel dikkate alındığında sanığın PKK/KCK terör örgütünün propagandası mahiyetinde fotoğrafa yer vererek, silahlı terör örgütü PKK'nin şiddet, cebir içeren yöntemlerini övücü ve teşvik edici şekilde propagandasını yaptığı açıktır.*

*Her ne kadar sanık söz konusu paylaşımı devletin bir dönem uyguladığı çözüm süreci nedeniyle yaptığını, kendisinin insan hakları savunucusu olduğunu beyan etmiş ise de tüm dosya kapsamı ile sanığın beyanı birlikte değerlendirildiğinde sanığın beyanının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu sonucuna varılarak savunmaya itibar edilmemiştir.*

*Sanığın yukarıda belirtilen delil ve gerekçe ile sübut bulan eylemine uyan 3713 sayılı Kanununun 7/2 maddesi gereğince, bu paylaşımın çözüm süreci bittikten çok sonra ve devlet güçlerinin ülkenin güneydoğu bölgesinde terörle mücadelesinin sürdüğü dönemlerde yapılması ve sanığın televizyon programlarında açıklamalar yapan ve bu sebeple bir hedef kitlesine sahip olması muhtemel olan bir kişi olduğu da göz önüne alındığında taktiren ve teşdiden cezalandırılmasına karar verilmiş; sanığın internet ortamında kendisine ait sosyal medya hesabında propaganda eylemini gerçekleştirdiği sabit olmakla verilen ceza 3713 sayılı kanununun 7/2-2.cümlesi gereğince artırılmış; sanığın iddianamede yer alan diğer paylaşımlarının müsnet suç unsurlarını taşımadığı kanaatine varılmakla hakkında TCK 43/1 maddesi uygulanmamış, sanığın yargılama sürecindeki tutumları, saygılı davranışları lehine takdiri indirim nedeni sayılmış ve yapılan yargılama sonucu mahkememizde ulaşılan hukuki ve vicdani kanaate göre aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."*

16. Mahkûmiyet hükmüne karşı başvuruçudan tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. Hükmün istinaf incelemesi devam ederken başvuruçudan 24/6/2018 tarihinde Halkların Demokratik Partisinden (HDP) Kocaeli milletvekili seçilmiştir.

17. İstinaf incelemesini yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 7/12/2018 tarihinde istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

*"...Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağına, 1982 Anayasasınının 14. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ise 17. maddelerinde yer verilmiştir. Anayasamızın 14/1 maddesinde 'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.' şeklinde temel ilkeyi ortaya koyduktan sonra, aksine davranışlara ilişkin müeyyidelere mevzuatta yer verilmiştir. Nitekim seçimden önce bu madde kapsamında suç işleyen milletvekili, Anayasamızın 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokümlümlümlüğünden yararlanamayacaktır. Kanun koyucu, hangi suçların bu madde kapsamında olduğunu tahdidi olarak saymamıştır. Kapsamı belirleme görevi uygulayıcıya aittir.*

Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların bu kapsamda kaldığında kuşku yoktur. Ancak, bu suçları işlemek amacı ile oluşturulan silahlı terör örgütünün propagandasını yapmak suçunun 14. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda Yargısal içtihatlarla bakıldığında; Anayasa Mahkemesi 29.01.2008 tarih 2002/1 Esas, 2008/1 Karar sayılı kararında; Düşünce açıklamalarının Anayasanın 14. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceğini, ancak her düşünce açıklamasının değil, demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturan düşünce açıklamalarının bu kapsamda olduğu değerlendirilmelidir, sonucuna varmıştır.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 22.09.2016 tarih ve 2015/8449 Esas, 2016/4723 karar sayılı ve benzer içtihatları ile Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında, terör örgütü propagandası suçunun Anayasanın 14. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna vurgu yapılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Da Becker/Belçika, B. No: 214/56, 27.3.1962 tarihli kararında, 'demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde, kullanılmalıdır.' demek suretiyle 14. maddenin Devlete verdiği yetkinin çerçevesini çizmiştir. Avrupa Sözleşmesinin 17. maddesindeki hak ve özgürlüklerin, yine hak ve özgürlükleri kullanarak ortadan kaldırılmasını yasaklanacağına ilişkin düzenleme, Anayasamızın ilgili maddesindeki kanun koyucunun amacı yargısal karar ve doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde; ülkenin bölünmez bütünlüğüne ve anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemlerin Anayasanın 14. maddesi kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görüldüğünden, demokratik yönetimlerde halkın iradesinin tecelli ettiği parlamentoda görevli üyelerin bu sisteme sadakat yemini ettikleri ve koruma yükümlülükleri de bulunduğu gözetildiğinde, demokratik sisteme yönelik eylemlere katılmaları halinde Milletvekili dokümanmazlığından istifade edememesi Anayasanın lafzına ve ruhuna uygun olacağına kabulü karşısında, yargılamaya devam edilmesinde bir isabetsizlik olmadığı görülmektedir.

...

Mahkemenin kararında usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde ve işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu anlaşıldığından, istinaf başvurusunda bulunan sanık müdafinin ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, CMK'nın 280/1-a maddesi uyarınca istinaf başvurusunun esaslan reddine,

Milletvekilliğinin kesin hüküm giyme halinde düşmesinin, bu husustaki kesin mahkeme kararının genel kurula bildirilmesine bağlanmış bulunmasına (Anayasa 84/2. m.) ve TBMM üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin, üyelik sıfatının sona ermesinden sonra mümkün bulunmasına (Anayasa 83/3 m.) nazaran, Anayasanın 83/3 maddesi gereğince sanık hakkında verilen ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmasına..."

18. Başvurucu, istinaf kararından 1/4/2019 tarihinde haberdar olduğunu belirterek 8/4/2019 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuş ve başvurusu 2019/10634 numaralı başvuru dosyasına kaydedilmiştir.

19. Söz konusu bireysel başvurudan sonra başvuru 4/11/2019 tarihinde Mahkemeye başvurarak 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun gereğince temyiz yoluna başvurma imkânının tanındığı gerekçesiyle infazın durdurulmasını talep etmiştir. Mahkeme 4/11/2019 tarihli ek kararıyla başvuru hakkındaki hükmün infazının durdurulmasına ve dosyanın talep doğrultusunda temyiz incelemesi yapılması için Yargıtaya gönderilmek üzere İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine gönderilmesine karar vermiştir.

20. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 16. Ceza Dairesi 28/1/2021 tarihinde oyçokluğuyla mahkûmiyet kararını onamıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Anayasamızın 14/1 maddesinde 'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.' şeklinde temel ilke ortaya konulduktan sonra aksine davranışlara ilişkin müeyyidelere mevzuatta yer verilmiştir. Nütekim seçimden önce bu madde kapsamında suç işleyen milletvekili, Anayasamızın 83/2. maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaktır. Kanun koyucu, hangi suçların bu madde kapsamında olduğunu tahdidi olarak saymamıştır. Kapsamı belirleme görevi uygulayıcıya aittir. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların bu kapsamda kaldığından kuşku yoktur. Ancak, bu suçları işlemek amacı ile oluşturulan silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Anayasamızın 14. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu maddede 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin, bu hak ve özgürlükleri yıkmak 'amacı ile kullanılamayacağı' hükmü yerine, bu hak ve özgürlükleri yıkmayı 'amaçlayan faaliyetler' olarak kullanılamayacağı hükmü getirilmiştir. Yapılan değişiklikle madde metninde yer verilen 'faaliyet' deyiminin sadece eylemi mi yoksa düşünce açıklamasını da içerip içermediği sorunun özünü teşkil etmektedir. Doktrinde 'faaliyetin' eylemi içerdiğini ileri süren görüşler olduğu gibi eylem ve söylemi içerdiğini ifade eden yazarlar da mevcuttur. Nütekim Fezyioğlu: 'Bu düzenleme, fiil ya da suç tipini değil amacı esas almaktadır.' görüşünü savunarak farklı bir bakış açısı sergilemiştir.

Yargısal içtihatlarla bakıldığında; Anayasa Mahkemesi 29.01.2008 tarih 2002/1 Esas, 2008/1 Karar sayılı kararında; düşünce açıklamalarının Anayasamızın 14. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceğini, ancak her düşünce açıklamasının değil, demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturan düşünce açıklamalarının bu kapsamda olduğunun değerlendirilmesi sonucuna varmıştır.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında, terör örgütü propagandası suçunun Anayasamızın 14. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımına vurgu yapılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Da Becker/Belçika, B. No: 214/56, 27.3.1962 tarihli kararında 'demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıklıkla sıkıya orantılı bir şekilde kullanılmalıdır.' demek suretiyle Anayasamızın 14. maddesinin Devlete verdiği yetkinin çerçevesini çizmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesindeki hak ve özgürlüklerin yine hak ve özgürlükleri kullanarak ortadan kaldırılmasının yasaklanacağına ilişkin düzenleme. Anayasamızın ilgili maddesindeki kanun koyucunun amacı yargısal karar ve doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde; ülkenin bölünmez bütünlüğüne ve anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemlerin Anayasamızın 14. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görüldüğünden, demokratik yönetimlerde halkın iradesinin tecelli ettiği parlamentoda görevli üyelerin bu sisteme sadakat yemini ettikleri ve koruma yükümlülükleri de bulunduğu gözetildiğinde, demokratik sisteme yönelik eylemlere katılmaları halinde milletvekili dokunulmazlığından istifade edememesi Anayasamızın lafzına ve ruhuna uygun olacağı kabulü karşısında yargılamaya devam edilerek hüküm kurulmasında ve ayrıca sanığın, çözüm sürecinin bitmesinin üzerinden çok zaman geçmesinden ve henek olaylarının sona ermesinden sonra yaptığı suça konu 20 Ağustos 2016 tarihli paylaşımında yazdığı mesaj, örgüt mensuplarının silahlı fotoğrafının görsel

olarak kullanıldığı, örgütün cebir ve şiddet içeren eylemlerini meşru gösteren ve teşvik eden ifadeler içerdiği anlaşılan ve PKK silahlı terör örgütüne yayımlanan bir açıklamanın yer aldığı habere link vermesi, böylece açıklamanın sahiplenilmesi, PKK terör örgütünün meşru gösterilmeye çalışılması şeklindeki eyleminin bağlamı ve mahiyeti itibarıyla örgütün siyasi veya sosyal etkinliğini artırmak, sesinin külelere duyurulmasını sağlamak, örgütün başa çıkılması imkansız bir güç olduğu ve amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturmak, halkın örgüte sempatisini artırmak ve aktif desteğini sağlamak amacı taşıdığı nazara alındığında sanığın savunmasına itibar edilmeyip cezalandırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yargılama sürecindeki usuli işlemlerin Kanuna uygun olarak yapıldığı, hükme esas alınan tüm delillerin hukuka uygun olarak elde edildiğinin belirlendiği, aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde eksiksiz olarak sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, eylemin doğru olarak nitelendirildiği ve Kanunda öngörülen suç tipine uyduğu, yaptırımın kanuni bağlamda şahsileştirilmek suretiyle uygulandığı anlaşılmakta; sanık müdafinin temyiz dilekçesinde ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmediğinden CMK'nın 302/1. maddesi gereğince temyiz davasının esasları reddiyle hükmün ONANMASINA... oyçokluğuyla karar verildi."

21. Yargıtay kararının -istinaf mahkemesi kararının bozulması gerektiğine ilişkin- karşıoy yazısının ilgili kısmı şöyledir:

"...Somuç olarak:

1- Sanık Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan 27. Dönem milletvekili genel seçimlerinde Kocaeli milletvekili olarak seçildiği, T.C Anayasası'nın 83/2. maddesinde milletvekilleri yönünden ceza soruşturması ve kovuşturmasının hangi suretle yapılabileceğine yönelik kuralları belirlediği. Buna göre: T.C Anayasası'nın 83/2. maddesinde 'Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır...' şeklinde düzenlemeyi getirdiği. Sanık hakkında düzenlenen iddianamenin düzenlenmesinde 'Terör Örgütü Propagandası Yapmak' suçundan cezalandırılmasının talep edildiği, sanık hakkında milletvekili seçimlerinden önce soruşturmaya başlanıldığı, iddianamenin tanzimi ile kovuşturma aşamasında da geçildiği anlaşılmış ise de, yargılamaya konu suçlar yönünden suç üstü halinden bahsedilmesinin mümkün bulunmaması ve sanığın yargılandığı suçların T.C Anayasası'nın 14. maddesinde belirtilen 'Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan' suçlar içerisinde yer olmadığı, sanık hakkında yargılama devam ettiği, Bölge Adliye Mahkemesi aşamasında ve Yargıtay 16. Ceza Dairesi temyiz incelemesi yaptığı sırada milletvekilliğinin devam ettiği göz önüne alınarak, Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2017/490 Esas sayılı dosya üzerinde T.C Anayasası'nın 83/2. maddesinin 1. cümlesi uyarınca kovuşturma şartının ortadan kalktığı, 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddesinde '...soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şartı bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilir.' hükmü de dikkate alındığında sanık hakkındaki CMK 223/8 maddesi gereğince kovuşturmanın yapılması şartına bağlı tutulması nedeniyle Meclisin dokunulmazlığı kaldırma kararının gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilmesi gerektiği,

2-Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 14.03.2017 tarih ve 2016/7430 Esas, 2017/3637 Karar sayılı kararında; '...3713 sayılı Kanunun 7/2. fıkrasında tanımlanan terör örgütünün



propagandasını yapma suçunun unsurları 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı kanunun 8. maddesi ile değiştirilerek 'Terör örgütünün, cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek şekilde' propagandasını yapmayı yaptırma bağlamıştır. Propaganda suçunun oluşması için: Terör örgütü ile ilgili bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmaya, benimsetmeye ya da yayma amacıyla yapılmasının yanında terör örgütünün cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermeli veya bu yöntemleri övmeli ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde yapılması gerekmektedir.' içtihatları gereğince sanığa isnat edilen eylemin unsurlarının oluşması bakımından sanığın suç kastının tespiti,

3-Kabule göre, sanığın eylemi TMK 7/2 değil, TMK 6/2 maddesinde düzenlenen 'Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayınlayanlar...' şeklinde düzenlenen suç kapsamında kaldığı, mahkemenin kabulüne göre sanığın TMK 7/2 değil, TMK 6/2. maddeye göre cezalandırılması gerektiği göz önüne alınarak öncelikle usul yönünden ve esasa geçildiği takdirde de suç vasfı ve suç unsurları yönünden kararın bozulması gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan çoğunluk görüşüne katılmamaktayız."

22. Başvurucu, Yargıtay kararından 19/2/2021 tarihinde haberdar olduğunu belirterek 3/3/2021 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuş ve başvurusu 2021/7794 numaralı başvuru dosyasına kaydedilmiştir.

23. Hakkındaki mahkûmiyet kararının 17/3/2021 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulunda okunmasıyla başvurusunun milletvekilliği düşmüştür.

24. Başvurucunun milletvekilliğinin düşmesi üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının infazını başlatmış ve başvurucu 2/4/2021 tarihinde Sincan 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumuna yerleştirilmiştir. Savcılık tarafından düzenlenen müddetnameye göre başvurusunun koşullu salıverilme tarihi 13/2/2023, hak ederek tahliye tarihi ise 29/9/2023'tür.

#### **IV. İLGİLİ HUKUK**

##### **A. Ulusal Hukuk**

##### **1. Mevzuat**

25. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör örgütleri" kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

*"(Değişik ikinci fıkra: 11/4/2013-6459/8 md.) Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır..."*

##### **2. Yüksek Mahkeme Kararları**

26. Anayasa'nın 14. maddesinin yorumuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 15/10/2008 tarihli ve E.2008/6292, K.2008/11012 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 'Terör Tanımı' başlıklı 1. maddesinde yer alan 'Terör: cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, 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.' biçimindeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, 14. madde kapsamındaki suçları, sadece 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 4. Kısım 4 ve 5. Bölümlerindeki suçlarla sınırlamanın doğru olamayacağı,

... dolayısıyla iddianamede gösterilen hukuki nitelendirmenin geçerli olduğu ve iddianamede anlatılan suçun da 'Yasa dışı Örgüt Propagandası Yapmak' olduğu gözetildiğinde, sanığın eyleminin Anayasanın 83/2. maddesi ikinci cümlesi yollamasıyla 14. madde kapsamında değerlendirilmesi ve mahkemenin yargılamaya devam ederek sonucuna göre hüküm kurması gerektiği gözetilmeden, ..."

27. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 28/1/2019 tarihli ve E.2018/4803, K.2019/647 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağına, 1982 Anayasasının 14. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ise 17. maddelerinde yer verilmiştir. Anayasamızın 14/1. maddesinde 'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.' şeklinde temel ilkeyi ortaya koyduktan sonra, aksine davranışlara ilişkin müeyyidelere mevzuatta yer verilmiştir. Nitekim seçimden önce bu madde kapsamında suç işleyen milletvekili, Anayasanın 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamayacaktır. Kamun koyucu, hangi suçların bu madde kapsamında olduğunu tahdidi olarak saymamıştır. Kapsamı belirleme görevi uygulayıcıya aittir. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların bu kapsamda kaldığında kuşku yoktur...

...

Somut olayda: sanığın, herkese açık olan sosyal medya hesabından iddianamede yer alan söz ve resimleri paylaştığı iddia olunması karşısında bu eylemin sabit olması halinde, iddianamede unsurları gösterilen halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme ve devletin kurum ve organlarını alenen aşağılama suçlarının oluşabileceği, atılı silahlı terör örgütünün propagandası suçunun unsurlarının oluşmayacağı değerlendirildiğinde, sübut bulma ihtimali olan suçların Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 14. maddesinde öngörülen: 'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler' kapsamında sayılmalarına yasal olanak bulunmamaktadır..."

28. Terör örgütü propagandası yapma suçuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 4/2/2008 tarihli ve E.2007/9370, K.2008/617 sayılı; 23/3/2012 tarihli ve E.2012/1746, K.2012/3869 sayılı; 6/6/2012 tarihli ve E.2012/3935, K.2012/7390 sayılı;

17/10/2012 tarihli ve E.2010/8012, K.2012/11648 sayılı; 1/11/2012 tarihli ve E.2011/5005, K.2012/77966 sayılı; 12/11/2012 tarihli ve E.2011/5895, K.2012/12886 sayılı; 7/2/2013 tarihli ve E.2011/5809, K.2013/1743 sayılı; 16/12/2013 tarihli ve E.2013/647, K.2013/16150 sayılı; 16/12/2013 tarihli ve E.2012/6784, K.2013/16205 sayılı kararlarının ilgili kısmı şöyledir:

*"... Milletvekilliği Genel Seçimlerinde milletvekili seçildiği anlaşılmış ise de: dosya kapsamına göre, sanığa yüklenen ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olan suçun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2. maddesinde işaret edilen ve 14/2. maddesinde gösterilen temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması niteliğindeki suçlardan olduğu, yasama dokunulmazlığının istisnası kapsamında kalan bu suç bakımından yargılamanın yürütülmesine ve temyiz incelemesine engel bir durumun bulunmadığı... [anlaşılmıştır.]"*

29. Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçuyla ilgili olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 27/4/2016 tarihli ve E.2015/8819, K.2016/2657 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

*"... Sanık hüküm tarihinden sonra 7/6/2015 tarihinde yapılan milletvekili genel seçiminde Şanlıurfa ilinden milletvekili seçilmiş ise de yargılama konusu suçun niteliği itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 14. maddesinde öngörülen Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğünü Bozmaya yönelik olduğu, seçimden önce soruşturmaya başlanarak hüküm kurulduğu, bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83. maddesinin 2. fıkrası 2. cümlesi kapsamında ve yasama dokunulmazlığı dışında kaldığı belirlenerek yapılan incelemede; ..."*

30. Terör örgütüne üye olma suçuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 24/12/2013 tarihli ve E.2013/2670, K.2013/16582 sayılı; 24/12/2013 tarihli ve E.2012/10057, K.2013/16583 sayılı kararlarının ilgili kısmı şöyledir:

*"... Milletvekilliği Genel Seçimlerinde milletvekili seçildiği anlaşılmış ise de: dosya kapsamına göre, sanığa yüklenen ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olan suçun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2. maddesinde işaret edilen ve 14/2. maddesinde gösterilen temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması niteliğindeki suçlardan olduğu, yasama dokunulmazlığının istisnası kapsamında kalan bu suç bakımından yargılamanın yürütülmesine ve temyiz incelemesine engel bir durumun bulunmadığı... [anlaşılmıştır.]"*

31. Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs suçuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 9/10/2013 tarihli ve E.2013/9110, K.2013/12351 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

*"... Milletvekilliği Genel Seçiminde İstanbul ilinden milletvekili seçildiği anlaşılmış ise de: dosya kapsamına göre; sanığa yüklenen ve seçimden önce de soruşturmasına başlanılmış olan suçun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2. maddesinde işaret edilen ve 14/2. maddesinde gösterilen temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması niteliğindeki suçlardan olduğu, yasama dokunulmazlığının istisnası kapsamında kalan bu suç bakımından kovuşturma yapılmasına engel bir durumun bulunmadığı... [anlaşılmıştır.]"*

32. 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na aykırılık suçuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 16/12/2012 tarihli ve E.2012/8209, K.2012/16000 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... sanıklara atılı ve seçimden önce işlenen suçun, işleniş şekli ve niteliği itibariyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2. maddesinde işaret edilen ve 14/2. maddesi kapsamında kalan suçlardan olmadığı, sanıkların hüküm tarihinden sonra 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan 24. dönem Milletvekili Genel Seçiminde milletvekili seçildikleri anlaşıldığından, sanıklar hakkında yasama dokunulmazlığı nedeniyle Anayasanın 83/2. maddesi uyarınca işlem yapılmasının gerekmesi..."

33. Yargıtay; 2911 sayılı Kanun'a aykırılık (Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 16/12/2012 tarihli ve E.2012/8209, K.2013/16000 sayılı; 11/9/2014 tarihli ve E.2013/11051, K.2014/8994 sayılı kararları), suç işlemeye tahrik (Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 9/9/2019 tarihli ve E.2018/4806, K.2019/5116 sayılı kararı), 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na aykırılık (Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 5/7/2018 tarihli ve E.2016/2482, K.2018/7585 sayılı kararı), hakaret (Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 11/9/2012 tarihli ve E.2012/20471, K.2012/18227 sayılı; Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 19/9/2018 tarihli ve E.2016/5134, K.2018/11428 sayılı kararları) ve yaralama (Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12/3/2018 tarihli ve E.2017/4047, K.2018/4207 sayılı kararı) suçlarının Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olmadığını belirtmiştir.

## **B. Uluslararası Hukuk**

### **1. Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi**

34. 16/5/2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin (Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi) giriş bölümünde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

*"Avrupa Konseyi'nin üye devletleri ve imzacılar olarak;*

*Terörizmi önlemek için etkin önlemler almayı ve özellikle, terör suçlarını işlemeyi alenen tahrike, terörist saflara katmaya ve eğitime karşı mukabelede bulunmayı arzu ederek;*

...

*Bu Sözleşmenin mevcut ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ilkeleri değiştirme niyetinde olmadığını kabul ederek;*

*Terörist eylemlerin doğası veya koşulların gereği olarak, halkı sindirmek veya bir hükümeti veya uluslararası örgütü bir eylemi yerine getirmeye veya yerine getirmekten kaçınmaya haksız olarak zorlamak veya bir ülkeyi veya uluslararası bir örgütü ciddi biçimde istikrarsız hale getirmek veya temel siyasal, anayasal, ekonomik ve toplumsal yapılarını yıkmak amacını güttüklerini hatırdta bulundurarak;*

*Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır."*

35. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terminoloji" kenar başlıklı 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şu şekildedir:

*"(1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, 'terör suçu' Ek'te sıralanan antlaşmalardan birinin kapsamına giren ve bu antlaşmalarda tanımlanan suçlar anlamına gelir."*

36. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik" kenar başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

"1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, 'bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik', terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır."

37. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terörist saflara katma" kenar başlıklı 6. maddesi şu şekildedir:

"1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, 'terörist saflara katma' bir başka kişiyi terörist bir eylemi işlemeye veya bu eylemin işlenmesine katılmaya veya bir veya daha fazla suçun bir dernek veya grup tarafından işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir dernek veya gruba katılmaya teşvik etmek anlamına gelmektedir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten bir suç işlendiği durumda, terörist saflara katmayı ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır."

38. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terör suçunun işlenip işlenmemesi arasında fark bulunmaması" kenar başlıklı 8. maddesi şu şekildedir:

"Bir eylemin Sözleşmenin 5 ila 7. maddelerinde belirtilen suçlardan birini teşkil etmesi için, bu eylemin bilfiil gerçekleşmiş olması gerekmeyecektir."

39. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Koşullar ve güvenceler" kenar başlıklı 12. maddesi şu şekildedir:

"1) Her bir Taraf, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşme, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve uluslararası hukuk uyarınca diğer yükümlülüklerinde yer aldığı şekilde ve o Tarafa uygulanabildiği durumlarda, insan hakları yükümlülüklerine, özellikle ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve din özgürlüğüne saygı göstererek bu Sözleşmenin 5 ila 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdasını, uygulanmasını ve yerine getirilmesini sağlayacaktır.

2) Bu Sözleşmenin 5 ila 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdası, uygulanması ve yerine getirilmesinde ayrıca, izlenen meşru amaçlar ve demokratik toplum açısından gereklilik göz önünde bulundurularak orantılılık ilkesine bağlı kalınacak ve her türlü keyfîlik, ayrımcılık veya ırkçı muamele dışında tutulacaktır."

40. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunda, şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS/Sözleşme) uygun olduğu hatırlatılmıştır (açıklayıcı raporda bkz. § 91). Açıklayıcı raporda, daha sonra terör suçlarının işlenmesine dolaylı teşvik ile meşru eleştiri hakkı arasındaki sınırın nerede olduğu meselesinin önemine değinilmiştir:

"95. Bu hükmü [Terör Suçunun İşlenmesine Alenen Tahrik (Madde 5)] kaleme alırken, CODEXTER [Sözleşme'nin uygulanmasının değerlendirilmesi mekanizması olan Terörizmle

*Mücadelede Uzmanlar Komitesi], Parlamento Asamblesinin (Görüş no. 255 (2005), paragraf 3 vii ve devamı) ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin (doküman BcommDH (2005) 1, paragraf 30 sonu) bu hükmün, terör şiddetine dolaylı tahrik oluşturabilecek 'bir eylemin failini öven mesajları veya mağdurların aşağılanması, terörist örgütlere mali kaynak isteyen veya diğer benzeri davranışları' kapsayabileceği hususundaki görüşlerini dikkate almıştır.*

96. Daha kazuistik olana göre bu hüküm daha genel nitelikte bir formül kullanmakta ve Tarafların terör suçlarını savunan mesajların yayılmasını veya farklı bir şekilde kamuya sunulmasını cezalandırmasını gerektirmektedir. Bu hükmün uygulanması bakımından, bunun doğrudan veya dolaylı yollardan yapıp yapılmadığı önem taşımamaktadır.

97. Doğrudan tahrik, çoğu hukuk sisteminde bir şekilde suç teşkil ettiğinden özel bir soruna yol açmamaktadır. Dolaylı tahriki bir suç haline getirmenin amacı uluslararası hukukta veya eylemde mevcut olan boşluğu bu alanda hükümler ekleyerek telafi etmektir.

98. Bu hüküm, suçun tanımı ve uygulaması bakımından Taraflara belirli miktarda takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin, bir terör suçunu gerekli ve haklı göstermek dolaylı teşvik suçunu oluşturabilir.

99. Ancak, uygulanmasında iki şartın karşılanmasını gerektirmektedir: ilk olarak, bir terör suçunun işlenmesi hususunda özel bir kastın varlığı gerekir, aşağıda verilen 2. paragraftaki diğer bir gerekliliğe göre de tahrik hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmelidir.

100. İkinci olarak, böyle bir eylemin sonucu, bu tip bir suçun işlenmesi tehlikesine neden olmalıdır. Böyle bir tehlikeye neden olup olmadığı değerlendirilirken, yazarın ve mesajın muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği AIHM'nin oluşturduğu içtihat anlamında dikkate alınacaktır. Tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak ele alınmalıdır.

...

104. Kamuya bir mesajın sunulması için, çeşitli araçlar ve teknikler kullanılabilir. Örneğin, basılı yayımlar veya diğerlerinin erişebileceği yerlerde yapılan konuşmalar, kitle iletişim araçları veya elektronik imkânların, özellikle, mesajların e-posta ile yayılması veya sohbet odalarında, haber grupları veya tartışma ortamında materyallerin değişimi gibi imkânları sunan internetin kullanımı.

105. AIHM içtihatları ilave rehberlik sunmaktadır. Bu bağlamda, CODEXTER (doküman CODEXTER (2004)19) için hazırlanan AIHM'nin ilgili içtihatlarının derlemesine müracaat edilmelidir."

## **2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İctihadı**

41. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) Sürek ve Özdemir/Türkiye ([BD], B. No: 23927/94 ve 24277/94, 8/7/1999) kararına konu olayda başvurucuların PKK liderlerinden biriyle yapılan bir röportajı ve dört örgütün ortak bildirisini yayımlamaları nedeniyle terörist örgütlerin bildirilerini yayımlama ve bölücü propaganda yapma suçlarından mahkûm edilmelerinin başvurucuların ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. AIHM kararının ilgili kısmı şöyledir:

"61. ... Mahkeme ilk olarak, söz konusu röportajların yasa dışı bir örgütün bir üyesiyle yapılmış olması gerçeğinin başvuranların ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleyi

haklı göstermeyeceğine dikkat çeker; ayrıca ropörtajların içerisinde resmi politikaya karşı getirilen ağır eleştiriler vardır ve Türkiye'nin güneydoğusunda yaşanan rahatsızlıkların kaynağı ve sorumluluğuna ilişkin olarak tek taraflı bir yaklaşım benimsenmektedir. Röpörtajlarda kullanılan kelimelerden mesajın uzlaşmazlık olduğu ve PKK'nin hedefleri garantiye alınmadıkça yetkililerle anlaşma olmayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak metinler bir bütün olarak ele alındığında kin ve düşmanlığa tahrik ettiği söylenemez. Mahkeme, ropörtajların bu şekilde yorumlanabilecek bölümleri üzerinde dikkatle durmuştur. Ancak Mahkemeye göre, 'Bizden topraklarımızdan çıkmamız istenirse, bunu hiçbir zaman kabul etmeyeceğiniz bilinmelidir' veya 'Bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar savaş devam edecek' veya 'Türkiye Devleti bizi topraklarımızdan atmak istiyor. İnsanları köylerinden çıkarıyor' veya 'Bizi yok etmek istiyorlar' gibi ifadeler, karşı tarafın amaçlarına ulaşma kararlılığının ve bu açıdan liderlerinin gösterdiği tavırların bir yansımasıdır. Bu açıdan bakıldığında, ropörtajlar Türkiye'nin güneydoğusundaki resmi politikaya muhalefetin ardındaki itici güçlerin psikolojisine ilişkin olarak kamuoyunu aydınlatmak ve bu ihtilafta yer alan çıkarları değerlendirmek açısından haber niteliği taşımaktadır. Mahkeme, doğal olarak, yetkililerin bölgedeki güvenlik durumunu kötüleştirilebilecek kelimeler ve eylemler üzerinde önemle duracağını farkındadır, çünkü bu bölge yaklaşık 1985 yılından beri çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesi ve bölgede olağanüstü halin kurulmasıyla sonuçlanan ve PKK üyeleriyle güvenlik güçleri arasında meydana gelen rahatsız edici durumlarla karşı karşıya kalmıştır. Mahkemeye göre, anılan davada yerel yetkililerin Türkiye'nin güneydoğusunda süregelen durumu ilgili olarak halkı farklı bir perspektiften, bu perspektif her ne kadar hoş olmasa da, bilgilendirmeleri hususunda gereken dikkati göstermedikleri görüşündedir. Daha önce de belirtildiği üzere, ropörtajlarda ifade edilen görüşler, şiddete tahrik olarak değerlendirilemez; şiddete tahrik etmeye meyilli olarak da yorumlanamaz. Mahkemenin görüşüne göre, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvuranları suçlamak ve cezalandırmak adına gösterilen sebepler, ilgili olsalar da, başvuruların ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleleri haklı göstermek için yeterli olarak değerlendirilemez. Bu karar, başvuruların 1991 tarihli Yasa'nın 6. Maddesi kapsamında, ortak bildirinin yayınlanmasına ilişkin olarak, mahkum edimeleri için de geçerlidir çünkü Mahkemeye göre metnin içinde şiddete tahrik etme olarak yorumlanacak herhangi bir husus yoktur.

62. Mahkeme, ayrıca, Sn. Sürek'in ağır para cezasına ve Sn. Özdemir'in ise hem para cezasına hem de altı ay hapis cezasına çarptırıldığını ifade etmiştir. Söz konusu yayınların yer aldığı derginin tüm kopyaları yetkililer tarafından toplatılmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, verilen cezaların ağırlığının yapılan müdahalenin oranı değerlendirilirken göz önüne alınması gereken faktörler olduğuna dikkat çeker.

63. Mahkeme, medya mensupları tarafından ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına eşlik eden 'görev ve sorumlulukların' ihtilaflı ve gergin ortamlarda özel önem taşıdığını vurgular. Bu yüzden de Devlete karşı şiddet kullanma yoluna giden örgüt temsilcilerinin görüşleri yayınlanırken medya, şiddeti tahrik eden ve kin güden konuşmaların yapıldığı bir araç olarak görülmesin diye, daha fazla özen gösterilmelidir. Aynı zamanda, bu tür görüşler böyle sınıflandırılmayacağı için, Sözleşmeciler Devletler, ceza hukukunun ağırlığını medya üzerine taşıyarak, toprak bütünlüğü veya ulusal güvenliğin korunmasının veya suç ve asayişsizliğin önlenmesinin halkın bu hususlarda haber alma hakkını kısıtladığını ifade edemezler.

64. Yukarıda bahsedilen görüşlerin ışığında Mahkeme, başvuruların suçlanmasının ve cezalandırılmasının izlenen amaçla orantılı olmadığı, bu yüzden de demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kararına varmıştır. Bu sebepten dolayı da Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali söz konusudur."

42. AİHM; *Nedim Şener/Türkiye* (B. No: 38270/11, 8/7/2014) kararında başvurucunun iki kitabın yazımına katkıda bulunduğu gerekçesiyle terör örgütüne üye olma suçundan açılan ceza soruşturması çerçevesinde bir yıldan daha fazla bir zaman boyunca tutuklu olarak kaldığını, dolayısıyla başvurucunun Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından koruma altına alınan ifade özgürlüğünün kullanımına bir müdahale olduğunu değerlendirmiş ve şu tespitlerde bulunmuştur:

"115. Demokratik toplum kavramının tam kalbinde bulunan siyasi tartışmaların serbestliği ilkesi aynı zamanda, kamuya açık olarak ifade edilen görüşleri terör eylemleri yapmayı veya şiddete başvurmayı övücü şekilde olmadığı sürece yasaklanan örgütlerin de görüşlerini serbestçe açıklayabilmelerini gerektirmektedir. Kamuoyu, bir çatışma veya gerilim halinin farklı şekillerde yorumlanması hakkında bilgi edinme hakkına sahiptir; bu bağlamda yetkililer, kendi çekinceleri her ne olursa olsun, bütün tarafların görüşlerini açıklamalarına imkân tanımak zorundadır. Yasaklanmış bir örgütün yayınlarının şiddete başvurmayı teşvik etme riski taşıyıp taşımadığını değerlendirebilmek için, öncelikle söz konusu yayının Mahkemenin içtihatları anlamında içeriği ve hangi bağlamda yayınlandığı dikkate alınmalıdır (aynı yönde bk. *Gözel ve Özer/Türkiye*, No. 43453/04 et 31098/05, par. 56, 6 Temmuz 2010).

116. Bu bağlamda, açıklanan görüşler şiddeti teşvik etmiyorsa bir başka ifadeyle, söz konusu görüşler şiddet yollarına başvurmayı veya kanlı eylemleri tavsiye etmiyorsa taraflarının hedeflerini gerçekleştirmek için terör eylemleri yapılmasını haklı göstermiyorsa ve yine belli kişilere karşı derin ve akıl dışı bir kin saikiyle şiddet yoluna başvurmayı teşvik edecek şekilde yorumlanamıyorsa sözleşmecî devletler, 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan amaçları, yani ulusal güvenliği, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını ileri sürerek bile kamuoyunun bu görüşleri öğrenme hakkını kısıtlayamaz (*Süre/Türkiye* (No. 4) [BD], No. 24762/94, par. 60, 8 Temmuz 1999).

117. Mahkeme, denetleme yetkisini kullanırken, ihtilaf konusu müdahaleyi davanın tamamının ışığı altında incelemelidir. Bu incelemede, başvurana atfedilen sözlerin içeriği yanında, hangi bağlamda bunları kullandığı ve bu sözlerin gerçek etkilerinin neler olduğu dikkate alınmaktadır. Şiddet eylemlerine yol açma ihtimali olmayan ve davanın gerçek koşulları dikkate alındığında, soyut bir şekilde ifade edildiğinde, şiddete başvurmayı teşvik etme ihtimali olmayan söylemleri demokratik bir toplumda cezalandırmak gereği yoktur (aynı yönde bk. *Gül ve diğerleri/Türkiye*, No. 4870/02, par. 41 ve 42, 8 Haziran 2010)."

43. AİHM; daha önce yargı kararlarıyla terör örgütü olduğu tespit edilmiş bir örgütün bildiri ve açıklamalarını yayımladığı için suçlanıp mahkûm edilen dergi editörü, yazar işleri müdürü ve sabiplerinin başvurularıyla ilgili kararlarında, yazılarda şiddet kullanımının, silahlı direniş veya ayaklanmanın teşvik edilmediği ve kin güden bir söylem içermediğini belirten gerekçelerle Türkiye aleyhine ihlal kararları vermiştir (diğerleri arasında bkz. *Çapan/Türkiye*, B. No: 71978/01, 25/7/2006; *Gözel ve Özer/Türkiye*, B. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010; *Kanat ve Bozan/Türkiye*, B. No: 13799/04, 21/10/2008; *İmza/Türkiye*, B. No: 24748/03, 20/1/2009).

44. Ulusal ve uluslararası hukuka ilişkin daha fazla kaynak için bkz. *Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, §§ 46-59; *Meki Katar* [GK], B. No: 2015/4916, 3/10/2019, §§ 18-35; *Sırrı Süreyya Önder* [GK], B. No: 2018/38143, 3/10/2019, §§ 23-39.



## V. İNCELEME VE GEREKÇE

45. Mahkemenin 1/7/2021 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

### A. Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

#### 1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

46. Başvurucu, dava devam ederken milletvekili seçildiği hâlde Anayasa'nın 83. maddesi uyarınca dokunulmazlıktan yararlandırılmayıp hakkında durma kararı verilmemesini şikâyet etmiştir. Başvurucunun bu başlık altındaki değerlendirmeleri özet olarak şöyledir:

i. Yasama dokunulmazlığından yararlandırılmamasının sebebi Yargıtayın Anayasa'nın 83. maddesinin yollama yaptığı 14. maddeye ilişkin öngörülebilir olmayan yorumudur. Anayasa'nın 14. maddesi de öngörülebilir bir hukuk kuralı değildir. Başvuru konusu Yargıtay kararında da 14. maddeye ilişkin içtihatla fikir birliğinin sağlanmadığı ifade edilmiştir.

ii. Anayasa'nın 83. maddesi ile Anayasa'nın 14. maddesi beraber okunmalıdır. Anayasa'nın 83. maddesinde Anayasa'nın 14. maddesindeki *durumların* hükmün dışında olduğu ifade edilmiştir. Oysa yasama dokunulmazlığı ceza muhakemesiyle ve suçlarla ilgili olmasına karşın Anayasa'nın 14. maddesinde herhangi bir suçtan söz edilmemektedir.

iii. Anayasa'nın 14. maddesinde geçen kavramların birçoğu belirsiz olup tanımlanmaları çok güç olduğundan 83. maddenin ikinci fıkrasının atıf yaptığı *durumların* neler olduğu yorum yolu ile de belirlenemez. Kıyas yoluyla, ceza yasalarında düzenlenmiş suçlardan bazılarının 14. maddede yer alan kavramlara tekabül ettiği ileri sürüle bile ceza hukukunda kıyas yasağı bulunmaktadır. Dolayısıyla 14. maddeye dayalı istisna uygulamaları her durumda yasal dayanaktan yoksundur.

iv. Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliklerle hakkin kötüye kullanımı "*faaliyetler*" ile sınırlandırılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde de fikir ve düşüncelerin değil eylemlerin kötüye kullanma olarak nitelenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Terör örgütünün propagandasını yapma suçu düşünce açıklamasını suç hâline getirdiğinden Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen "*faaliyetler*" kavramı kapsamına girmez. Doktrindeki yaygın bir görüşün aksine propaganda suçunun faaliyet kapsamında değerlendirilmesi de öngörülemez niteliktedir.

v. AİHM'e göre mahkemeler içtihatlarında ani ve öngörülemez bir değişikliğe gittikleri yahut yasayı yanlış bir biçimde genişleterek uyguladıkları takdirde kanunun öngörülebilirliği ölçütü karşılanmıştır. Başvuru konusu Yargıtay kararı bazı içtihatlarla desteklenmeye çalışılmış ise de bahsi geçen AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarının konu ile hiçbir ilgisi bulunmadığı gibi söz konusu kararlar, Yargıtay kararında iddia edilenin tam tersi saptamalar içermektedir. Yargıtay kararında dayanılan Anayasa Mahkemesinin 29/1/2008 tarihli kararında düşünce

açıklamalarının Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak kabul edilebileceği ancak her düşünce açıklamasının değil demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturan düşünce açıklamalarının bu kapsamda olduğu değerlendirilmiştir. Anılan Anayasa Mahkemesi kararı, milletvekili dokunulmazlığı ile hatta ceza hukuku ile ilgili değildir. Bahsi geçen karar bir parti kapatma davasında verilen bir karardır. Bu davada Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın iddiasının tersine ifade özgürlüğünün geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.

vi. Somut olayda milletvekili seçilmiş olmasına rağmen Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay, Anayasa'nın 83/2. maddesine dayanarak başvurunun işlediği iddia edilen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kaldığı gerekçesiyle yargılamasına devam etmiştir. Ancak bu yasal çerçeve öngörülebilir olmadığı gibi ilgili yargısal içtihatlar bu iddiayı desteklememektedir.

vii. Anayasa Mahkemesi *Kadri Enis Berberoğlu (2)* ([GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020) kararında seçilmiş milletvekilinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahalelerin Anayasa'nın 67. maddesinin ihlaline neden olacağını ifade etmiştir. Eldeki başvuruda da milletvekillerinin yasama işlevlerine müdahale edilmesini önlemek amacıyla tanınmış bulunan yasama dokunulmazlığına müdahale edilecek Anayasa'nın 67. maddesi ihlal edilmiştir.

viii. Başvurucu; bir milletvekili ve insan hakları savunucusu olarak parlamento içinde ve dışında kaçırma, çıplak arama, işkence vb. ağır insan hakları ihlallerini dile getirmesi nedeniyle iktidarın hedefi hâline gelmiştir. Başvurucunun hakkındaki ceza mahkûmiyetinin bu ortamda hukukun bütün ilkelerinin yok sayılarak onanmasının siyasi bir amaç taşıdığı açıktır. Bu nedenle başvurunun siyasi faaliyette bulunma hakları siyasi amaçla müdahale edilmek suretiyle ihlal edilmiştir.

#### 47. Bakanlık görüşünde;

i. Anayasa'nın 67. maddesindeki seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının AİHS'e ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde yer alan seçim hakkına nazaran daha geniş düzenlendiği ifade edilmiştir. Anayasa'daki düzenlemenin aksine AİHS'e ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin devlete seçme ve seçilme hakkının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını sağlama şeklinde açıkça bir yükümlülük yüklememesi nedeniyle başvurunun şikâyetinin Anayasa ile korunan bir hak (siyasi faaliyette bulunma hakkı) kapsamında kalmasına rağmen AİHS ile korunan bir hak kapsamında kalıp kalmadığının konu bakımından yetki değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

ii. Somut olayda başvurunun hakkındaki ceza davası devam ederken yasama organı seçimlerine girdiği, milletvekili olarak seçildiği, bu görevine başladığı ve milletvekili olmaktan kaynaklanan tüm hak ve imkânlardan yararlandığı, bu bağlamda başvurunun seçilme hakkının engellendiğine ilişkin herhangi bir iddiasının bulunmadığı vurgulanmıştır. Bir milletvekili hakkında soruşturma açılması veya yargılama yapılmasının onun parlamento çalışmalarına katılmasına herhangi bir engel niteliği taşımadığı, başvurunun da hakkında yürütülen ceza davası nedeniyle siyasi faaliyetlere katılmadığına veya bu hakkının engellendiğine ilişkin herhangi bir iddiaya başvuru formlarında yer vermediği ifade edilmiştir.

iii. Anayasa'nın 14. maddesinde belirlenen temel ilkelere aykırılık içeren suçların neler olduğunun sayılmadığı ve bu durumun uygulayıcılara yani soruşturma ve kovuşturma makamlarına bırakıldığı belirtilmiştir. Her ne kadar bu durum uygulamaya bırakılmışsa da devletin ülke bütünlüğü aleyhine veya Anayasa'nın öngördüğü siyasi düzeni değiştirmeye yönelik suçların bu kapsamda değerlendirilmesi gerekeceğinin doktrin tarafından kabul edildiği ifade edilmiştir.

iv. Derece mahkemelerince, başvurucuya isnat edilen terör örgütünün propagandasını yapma suçunun milletvekili seçilmeden önce soruşturmasına başlandığının ve Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırılık içeren suçlardan olduğunun tespit edildiği belirtilmiş; söz konusu uygulamanın Anayasa'nın ilgili hükümlerine uygun olduğu ve çatışan haklar arasında adil denge gözetilerek karar verildiği vurgulanmıştır.

48. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında, hakkındaki mahkûmiyet kararının istinaf mahkemesince onaylanmasından sonra temyiz yolu kapalı olmasına rağmen Mecliste okunmadığını, yaklaşık on ay beklendiğini ve yapılan kanun değişikliği sonucu temyiz yolunun açılmasıyla birlikte Yargıtayın verdiği onama kararından çok kısa bir süre sonra Mecliste okunduğunu ifade ederek bu keyfiliğin ve hükmün hangi şartlarda Meclis tarafından okunacağını da öngörülebilir olmadığını ileri sürmüştür.

## 2. Değerlendirme

49. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin "*Anayasa'nın Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*" kenar başlıklı 14. ve "*Yasama dokunulmazlığı*" kenar başlıklı 83. maddesinin ışığında ve bir bütün olarak Anayasa'nın 67. maddesinde koruma altında bulunan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

50. Anayasa'nın "*Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları*" kenar başlıklı 67. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı ve dördüncü fıkrası şöyledir:

*"Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak ... seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ... hakkına sahiptir.*

*Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir."*

51. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

*"(Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)*

*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*

*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."*

52. Anayasa'nın "*Milletin temsili*" kenar başlıklı 80. maddesi şöyledir:

*"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler."*

53. Anayasa'nın "*Yasama dokunulmazlığı*" kenar başlıklı 83. maddesi şöyledir:

*"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclise başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.*

*Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.*

*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanasını işlemez.*

*Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.*

*Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarının, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz."*

54. Anayasa'nın "*İftal istemi*" kenar başlıklı 85. maddesi şöyledir:

*"Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya içtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar."*

#### **a. Kabul Edilebilirlik Yönünden**

55. Bakanlık; AIHS'e ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde devlete seçme ve seçilme hakkının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını sağlama şeklinde bir yükümlülük yüklenmediğini, bu nedenle Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkili olmadığını ileri sürmüştür.

56. Anayasa'nın 67. maddesinde; seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Çoğulcu demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilen siyasi partiler millî iradenin oluşumu, anayasal rejimin işleyişi ve siyasal düzenin varlığı için belirleyici rol oynayan kuruluşlardır. Parlamenter demokraside halk ile yönetim arasındaki bağlantıyı ve parlamentonun siyasi meşruiyetini, demokratik usul ve esaslara göre belirlenen seçimler aracılığıyla halkın temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri gerçekleştirir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 127; *Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015, § 39). Bu sebeple seçimler ve siyasi haklar, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarıdır (AYM, E.2002/38, K.2002/89, 8/10/2002; *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 65; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 56).

57. Siyasi haklar seçimlerde oy kullanma, aday olma ve seçilme haklarının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını da kapsar. Anayasa'nın 67. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan haklar demokrasiyi hayata geçirme hedefi ile doğrudan bağlantılıdır (*Mustafa Ali Balbay*, § 110; *Mustafa Hamarat [GK]*, B. No: 2015/19496, 17/1/2019, § 45; *Ömer Faruk Eminağaoğlu*, B. No: 2015/7352, 26/9/2019, § 52; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 57).

58. Yasama yetkisinin sahibi olan parlamento ve onun mensubu olan milletvekilleri anayasal sınırlar içinde toplumda var olan farklı siyasi görüşlerin temsilcileridir. Serbest seçimlerle halk adına karar alma yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanı parlamento faaliyetleri olup bunların parlamentodaki görevlerini yürütmeleri, üstün kamusal yarar ve önem içermektedir (*Mustafa Ali Balbay*, § 128; *Sebahat Tuncel (2)*, § 41; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 58).

59. Yukarıdaki değerlendirmeleri gözönüne alan Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği kararlarda seçilme hakkının sadece seçimlerde aday olma hakkını değil aynı zamanda ilgilinin seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini de kapsadığını kabul etmiştir. Bu nedenle seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik sınırlamalar onların seçilme haklarına ve dolayısıyla siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik birer müdahale teşkil eder. Böylelikle milletvekillerinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahaleler Anayasa Mahkemesinin konu bakımından inceleme alanına girer (*Mustafa Ali Balbay*, §§ 125-134; *Sebahat Tuncel*, §§ 63-71; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 56-60).

60. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

## **b. Esas Yönünden**

### **i. Genel Olarak Yasama Dokunulmazlığı**

61. Kamu otoritelerinin kanuna dayalı olarak ve anayasal açıdan meşru birtakım amaçlarla siyasi faaliyetlere çeşitli sınırlamalar getirmesi mümkündür. Ancak milletvekillerinin yasama faaliyetleri Anayasa'da özel olarak koruma altına alınmıştır. Anayasa koyucu bu hükümlerle halkın siyasi iradesinin engellenmemesini ve hakkın özünün etkisiz hâle getirilmemesini hedeflemiştir (*Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 60; *Mustafa Ali Balbay*, § 129; *Sebahat Tuncel (2)*, § 42; *Kadri Enis Berberoğlu (3)* [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 72).

62. Somut olayda ise kısa bir süre sonra milletvekili olacak olan başvuruçunun yaptığı bir sosyal paylaşım mesajı ile terör örgütünün propagandasını yapma suçunu işlediğinden bahisle 4/8/2017 tarihinde hakkında kamu davası açılmıştır. Kocaeli Ağır Ceza Mahkemesi başvuruçunun üzerine atılı suçtan mahkûmiyetine karar vermiş, başvuruçuyu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurmuştur. İstinaf incelemesinin sürdüğü sırada başvuruçuyu 24/6/2018 tarihinde milletvekili seçilmiş ve hakkındaki yargılamanın Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca durması için dosyasının bulunduğu İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine başvurmuştur. Daire, başvuruçunun yargılamanın durması talepleri ile birlikte istinaf başvurusunun esaslan reddine kesin olarak karar vermiştir. Başvuruçunun kesinleşen cezası infaz aşamasında iken 7188 sayılı Kanun ile temyiz hakkı getirilmesi üzerine başvuruçuyu, temyize başvurmuş; temyiz incelemesini yapan Yargıtay, başvuruçunun yargılamanın durması talebi ile esasa ilişkin itirazlarını reddederek mahkûmiyet kararını onamıştır. Kararın 17/3/2021 tarihinde TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla başvuruçunun milletvekilliği düşmüştür. O hâlde eldeki başvuruda Anayasa Mahkemesi önüne getirilen şikâyetleri çözümlenebilmek için yasama dokunulmazlığı kurumuna daha yakından bakmak gerekmektedir.

63. Demokratik temsil değerlerinin hayata geçirilebilmesi bakımından oldukça önemli güvenceler olan yasama bağımsızlıkları yüzyıllar süren anayasal mücadeleler sonucunda elde edilmiş anayasal kazanımlardır (AYM, E.2017/124, K.2018/9, 14/2/2018). Bu güvencelerden yasama dokunulmazlığı, Meclisin rızası olmaksızın gözüaltına alma ve tutuklama gibi ağır müdahaleler de dâhil olmak üzere ceza muhakemesi işlemlerinin uygulanmasına karşı suç işledikleri iddia edilen parlamento üyelerine tanınmaktadır. Hukukumuzda ilk kez 1876 Kanun-i Esasi'sinin 79. maddesi ile giren yasama dokunulmazlığı kurumu, geçirdiği bazı değişikliklere karşın 1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu hariç sonraki anayasaların tamamında korunmuştur (*Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 73).

64. Anayasa'nın 83. maddesinde hükme bağlanmış olan yasama dokunulmazlığı mutlak bir güvence olmayıp milletvekilinin parlamentodaki fiziki katılımını imkânsız kılacak zamansız ceza hukuku tasarruflarından geçici olarak koruma sağlar. Anayasa'nın 83. maddesine göre milletvekilliği statüsünün sona erdiği yahut aksi yönde bir parlamento kararının verildiği andan itibaren herkes gibi milletvekili de yargılanabilir (*Kadri Enis Berberoğlu (2)*, §§ 74, 75).

65. Bu türden bir dokunulmazlığın iç içe geçen iki tür işlevi vardır: Yasama dokunulmazlığı ile ilgili kuralların varlığı ber şeyden önce temsili demokrasi ilkesini koruma ihtiyacına dayanmaktadır. Dokunulmazlık asıl olarak milletvekillerine bir ayrıcalık sağlamayı değil onların şahsında yasama işlevinin korunmasını ve böylece kamu yararının sağlanmasını amaçlar (AYM, E.2017/124, K.2018/9, 14/2/2018; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 75). İkinci olarak yasama dokunulmazlığı özellikle Mecliste azınlıkta kalan ve muhalif milletvekillerinin keyfi bir ceza kovuşturması ile geçici bir süre için de olsa yasama çalışmalarını yapmaktan alıkonulabilmesinin önüne geçmeyi amaçlar ve halkın seçilmiş temsilcileri olarak gereksiz müdahale kaygı ve baskısı taşımaksızın demokratik işlevlerini güvenceli bir biçimde ve gereği gibi yerine getirebilmelerini sağlar. Böylece milletvekillerinin halkın iradesini Meclise tam olarak yansıtarak milli iradenin eksiksiz gerçekleşmesi sağlanmaya çalışılır (AYM, E.1994/21, K.1994/40, 21/3/1994; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 74).

66. Anayasal bir kurum olan yasama dokunulmazlığı milletvekillerinin bir engelle karşılaşmadan yasama faaliyetlerine serbestçe katılmalarını sağlamaya yönelik bir koruma mekanizması olduğundan bunun temsili demokrasinin işleyişi bakımından önemli bir işleve

sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple anayasa yargısına hâkim olması gereken hak eksenli yaklaşım yasama dokunulmazlıklarına ilişkin anayasal kuralların yorumlanması için de geçerli olmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında bu yaklaşımın bir sonucu olarak Anayasa'nın 83. maddesine getirilen istisnaların -Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı da dikkate alındığında- *dar ve özgürlük lehine yorumlanması gerektiğini* ifade etmiştir (*Mustafa Ali Balbay*, § 114; *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 99; *Kadri Enis Berberoğlu* (2), § 91).

## ii. Dokunulmazlık Kapsamına Giren Yargılama İşlemleri

67. 1982 Anayasası'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasına göre yasama dokunulmazlığının kapsamını TBMM üyelerinin seçimlerinden önce veya sonra işledikleri herhangi bir suç isnadıyla "*tutulamama*", "*sorguya çekilememe*", "*tutuklanamama*" ve "*yargılanamama*" oluşturmaktadır. Ceza muhakemeleri hukuku terminolojisinde "*tutma*" şeklinde bir kurum bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'da hem "*tutuklama*" hem de "*tutma*" tabirlerine yer verilmiştir. Maddenin lafzi ve amaçsal yorumu çerçevesinde "*tutma*" ile kastedilenin tutuklama dışında yakalama dâhil parlamento üyelerinin yasama çalışmalarına katılmasını engelleyebilecek nitelikte olan hareket hürriyetini sınırlayıcı diğer her türlü tedbir olduğu söylenebilir. Bu sebeple yakalama tedbirine de dokunulmazlık kapsamı içinde yer verilmiştir.

68. Dokunulmazlık kapsamındaki bir başka soruşturma işlemi ise kişinin soruşturma ya da kovuşturma konusu olayla ilgili olarak bildiklerini hâkime anlatması şeklinde tanımlanabilecek olan *sorgudur*. Bununla birlikte yasama dokunulmazlığının varlığı hâlinde yapılmasına Anayasa tarafından engel konulan sorguya çekmenin savcılık ve kollukça alınabilecek olan ifadeyi de kapsadığı konusunda şüphe yoktur. Bundan başka anayasa koyucu, milletvekilinin uzun süre meşgul edilerek yasama görevinden alıkonulmasına neden olacak tutuklama tedbirini de yasama dokunulmazlığını kabul eden bütün ülkeler gibi dokunulmazlık kapsamında görmüştür. Bu kapsamda yasama dokunulmazlığı kapsamında getirilen son yasak ise milletvekilinin ceza muhakemesinde temyiz ve istinaf mercileri dâhil hiçbir ceza yargılama makamınca yargılanamamasıdır.

## iii. Müdahalenin Varlığı

69. Başvurucu 24/6/2018 tarihinde yapılan 27. Dönem Milletvekili Genel Seçimi'nde milletvekili seçilmiştir. Dolayısıyla başvurunun genel olarak yasama dokunulmazlığına sahip olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte başvurunun durumunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen istisna kapsamında olduğu gerekçesiyle yargılamaya devam edilmiş ve hakkında verilen mahkûmiyet kararı onanarak kesinleşmiştir. Dolayısıyla başvurunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yargılamaya devam edilmesiyle birlikte müdahale edilmeye başlandığını kabul etmek gerekmektedir.

## iv. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

70. Somut olayda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay 16. Ceza Dairesi, başvurunun milletvekili seçilmesi nedeniyle hakkındaki yargılamanın durması talebini "*terör örgütü propagandası suçunun Anayasasının 14. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğu*" gerekçesiyle reddetmiştir. Yargı organlarının birbirinin benzeri olan değerlendirmeleri özet olarak şu şekildedir:

i. Seçimden önce "*Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında*" suç işleyen milletvekili, Anayasa'nın 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığından yararlanamaz. Bununla birlikte kanun koyucu, hangi suçların bu madde kapsamında olduğunu tahdidi olarak saymamıştır. Kapsamı belirleme görevi uygulayıcıya aittir.

ii. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların bu kapsamda kaldığında kuşku yoktur. Ancak bu suçları işlemek amacı ile oluşturulan silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

iii. Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin, bu hak ve özgürlükleri yıkmak "*amacı ile kullanılmayacağı*" hükmü yerine, bu hak ve özgürlükleri yıkmayı "*amaçlayan faaliyetler*" olarak kullanılmayacağı hükmü getirilmiştir. Yapılan değişiklikle madde metninde yer verilen "*faaliyet*" ifadesinin sadece eylemi mi içerdiği yoksa düşünce açıklamasını da içerip içermediği tartışmalıdır. Doktrinde *faaliyetin* eylemi içerdiğini ileri süren görüşler olduğu gibi eylem ve söylemi içerdiğini ifade eden yazarlar da mevcuttur.

iv. Anayasa Mahkemesi 29/1/2008 tarihli (E.2002/1, K.2008/1) bir kararında; düşünce açıklamalarının Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceği ancak her düşünce açıklamasının değil demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturan düşünce açıklamalarının bu kapsamda olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin ve Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında ise terör örgütü propagandası suçunun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna karar verilmiştir.

v. Sözleşme'nin 17. maddesinde, hak ve özgürlüklerin, yine hak ve özgürlükler kullanılarak ortadan kaldırılması yasaklanmaktadır. Ülkenin bölünmez bütünlüğüne ve anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemler Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Demokratik yönetimlerde halkın iradesinin tecelli ettiği parlamentoda görevli üyeler bu sisteme sadakat yemini etmiştir ve aynı zamanda sistemi koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu sebeple demokratik sisteme karşı eylemlere katılmaları hâlinde milletvekili dokunulmazlığından istifade edememeleri Anayasa'nın lafzına ve ruhuna uygun olacaktır.

71. Buna karşılık başvuru, kanunilik şartını taşımayan Anayasa'nın 14. maddesine ilişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesinin ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin yorumlarının Anayasa'nın 83. maddesinde özel olarak koruma altında bulunan yasama dokunulmazlığı ilkesine ve Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına açık bir aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

72. Yukarıda tespit edilen müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçütlere uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 67. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu denetim sırasında Anayasa Mahkemesi öncelikle müdahalenin kanunilik şartına uyup uymadığını inceleyecektir.



## (1) Kanunlar Tarafından Öngörülme

73. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin "ancak kanunla" sınırlandırabileceği temel bir ilke olarak benimsenmiştir. Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında korunan bir hakka yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca söz konusu müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (kanunilik şartına başka bağlamalarda temel ilkelerin vurgulandığı kararlar için bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 82; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019, § 35; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36; *Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-61).

74. Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütünün ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kıldığını belirtmiştir (*Tuğba Arslan*, § 96; *Fikriye Aytin ve diğerleri*, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 34). Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere müdahale eden şekli anlamda bir kanunun varlığını şart koşmasının sebebi bunu biçimsel anlamda hukuk devletinin hem aracı hem de öncülü olarak görmesi nedeniyle. Gerçekten de bir yasama işlemi olarak kanun TBMM'nin iradesinin ürünüdür ve TBMM tarafından Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence sağlar (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 54; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.*, § 36). Bu sayede yürütme ve yargı organlarının yasamanın çizdiği ilke ve sınırlara bağlı kalması, hukuk düzeninde Anayasa'nın öngördüğü usule uygun olarak çıkarılan kanunların alt kademelerinde yer alan düzenlemelerle temel hak ve özgürlüklerin kolaylıkla sınırlandırılabilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında şekli anlamda bir kanunun yokluğunu Anayasa'ya aykırılığın ağır bir biçimi olarak kabul etmektedir (*Tuğba Arslan*, § 98).

75. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklere doğrudan Anayasa metnine dayanılarak gerçekleştirilen müdahalelerin kanunilik şartını sağlamadığı -kategorik olarak- sürülemez. Somut olayda başvuruçunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına Anayasa'nın 14. maddesi uyarınca müdahale edilmiştir. Derece mahkemeleri kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olan bir kanun metnini yorumlayıp uygulayarak değil doğrudan Anayasa hükmüne dayanarak başvuruçunun Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağına karar vermiştir. Eldeki başvuruda olduğu gibi müdahaleye imkân veren kuralın bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan ve kanunlara göre temel hak ve özgürlüklere çok daha yüksek güvence sağlayan Anayasa'nın bir kuralı olması da mümkündür. Bu çerçevede önemle vurgulamak gerekir ki temel hak ve özgürlüklere müdahale belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir anayasa normuna dayanmışsa müdahalenin kanuniliği şartı sağlanmış olacaktır.

76. Fakat kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (*Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi* [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015, § 56; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 55; *Halk Radyo ve Televizyon*

*Yayıncılık A.Ş.*, § 37). Aynı şekilde sınırlama doğrudan doğruya bir anayasa kuralına dayanıyorsa söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı değerlendirilmesi gerekir.

77. Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri mümkün olabilir (*Hayriye Özdemir*, §§ 56, 57; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 56; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.*, § 38; *Metin Bayraktar ve Halkın Kurtuluş Partisi*, § 57; norm denetimine ilişkin kararlarda belirliliğe ilişkin açıklamalar için çok sayıda karar arasından bkz. AYM, E.2009/51, K.2010/73, 20/5/2010; AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012).

78. Bireylerin kendilerine düşen yükümlülükleri öngörme ve davranışlarını ayarlama imkânını vermeyen normlar hukuk güvenliği ilkesini zedeler, bu da bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini engeller. Hukuksal durumların takdirindeki belirsizlik, temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hâle gelmesine neden olur (*Sara Akgül* [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, § 108). Bununla birlikte bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi veya kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmez. Ayrıca ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir (*Sara Akgül*, § 109; *Hayriye Özdemir*, § 58).

## **(2) Anayasa'nın 14. Maddesinin Yorumunun Kanunilik Şartını Taşıyıp Taşmadığının Değerlendirilmesi**

### **(a) Anayasa'nın 83. Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" İbaresinin Kapsamı Yönünden**

79. Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca "*ancak kanunla sınırlanabilir*". Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında ise söz konusu hakların vatandaşlarca "*kanunda gösterilen şartlara uygun olarak*" kullanılabilmesi ifade edildikten sonra aynı maddenin üçüncü fıkrasında bir kez daha "*Bu hakların kullanılmasında kanunla düzenlenir.*" denilmiştir. Anayasa'nın, 13. maddeyle tüm temel ve hak özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin getirdiği "kanunilik" şartını, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden 67. maddedeki iki ayrı fıkrada ayrıca belirttiği görülmektedir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında ifade edildiği üzere seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yapılan müdahalelerin kanuni dayanağının bulunması ve bu kanuni dayanağın -Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ışığında yapılan yorum çerçevesinde- belirli ve öngörülebilir olması gerekir (*Sebahat Tuncel*, § 71; *Mustafa Ali Balbay*, § 131).

80. Somut olayda milletvekili olmadan önce başlatılan yargılamanın -başvurucunun milletvekili seçilmesine ve yasama dokunulmazlığına kavuşmasına rağmen- Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne aykırı olarak devam ettirildiği iddiası yukarıdaki ilkeler dikkate alınarak incelenecektir. İlave olarak aşağıda açıklanacağı üzere yasama dokunulmazlığı, yasama çalışmalarına katılımı temin amacı bağlamında Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçilme ve siyasi faaliyette bulunma özgürlüğü kapsamında görülen güvencelerden biridir; bu nedenle de kanunilik ölçütünün çok daha sıkı şekilde sağlanması gerektiği ifade edilmelidir.

81. Türk hukukunda yasama dokunulmazlığının temel çerçevesi Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş; milletvekillerinin TBMM'nin kararı olmadıkça tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı güvencelerine yer verilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'da yasama dokunulmazlığı mutlak olarak düzenlenmemiş, Anayasa'nın 83. maddesinde yasama dokunulmazlığına bazı istisna ve sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre dokunulmazlık kural olarak milletvekilliği süresiyle sınırlıdır. Yine bu süre içinde seçimden önce veya sonra herhangi bir suç işlediği iddiasıyla bir milletvekilinin dokunulmazlığının Meclis kararıyla kaldırılabilmesi mümkündür. Öte yandan ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinin bulunması durumu yasama dokunulmazlığının istisnalarından bir başkasıdır. Son olarak Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında "*seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" da dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmuştur.

82. Belirtmek gerekir ki anayasa koyucu Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi kapsamındaki suçların neler olduğunu açıkça belirlememiş, kanun koyucu da söz konusu suçları belirleyen bir kanuni düzenleme yapma yoluna gitmemiştir. Bu nedenle de derece mahkemeleri yargılamaya konu edilen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren bir suç olup olmadığı kanun koyucu tarafından çıkarılmış bulunan bir kanun metnini yorumlayıp uygulayarak değil doğrudan Anayasa hükmünü yorumlayıp uygulayarak belirlemektedir. O hâlde derece mahkemelerinin Anayasa'nın 14. maddesine ilişkin olarak yaptığı yorumun öngörülebilirliği ve belirliliği ifade eden kanunilik ölçütüne uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (*Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 71).

83. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasına göre dokunulmazlığın kaldırılmasında anılan istisnanın uygulanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki isnat edilen suçların soruşturmasına seçimden önce başlanmış olması, ikincisi ise isnat edilen suçların Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında olmasıdır. İlk şart olan "*isnat edilen suçların soruşturmasına seçimden önce başlanılmış olması*"nın belirliliği ve öngörülebilirliği yönünden herhangi bir sorun bulunmadığı açıktır. İkinci şart olan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin Anayasa'nın 14. maddesi ve ilgili kanunlar dikkate alındığında belirlilik ve öngörülebilirlik niteliğini sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir.

84. Anayasa'nın 14. maddesine, Anayasa'nın "*Temel Haklar ve Ödevler*" başlıklı İkinci Kısım "*Genel Hükümler*" başlıklı Birinci Bölüm'ünde yer verilmiştir. Bu sistematik dikkate alındığında Anayasa'nın 14. maddesine temel hak ve özgürlüklere ilişkin bazı genel ilkeleri belirlemek üzere yer verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla anılan hükümlerin yasama dokunulmazlığının dışında bırakılan suçları belirleme amacı ile vazedilmediği açıktır.

85. 1961 Anayasası'nın yasama dokunulmazlığını düzenleyen 79. maddesinin ikinci fıkrasında sadece "*ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*" yasama dokunulmazlığının istisnası olarak kabul edilmişken 1982 Anayasası'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında "*seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" da istisna olarak öngörülmüştür. Anılan istisnanın ilave edilmesine ilişkin gerekçede "*14 üncü maddede yer alan suçlardan birini seçimden önce işlemiş olanlar, milletvekili seçilmeden önce haklarında bu suça ilişkin olarak soruşturmaya başlanmış ise madde hükümlerine göre dokunulmazlıktan yararlanamayacaklardır.*" denilmiştir. Gerekçede "*14 üncü maddede yer alan suçlar*" ifadesine yer verilmiş ise de Anayasa'nın 14. maddesinde herhangi bir suça yer verilmemiştir. Aksine Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasında, temel hak ve hürriyetlere dair bazı yasaklara ilişkin ilk iki fıkrada yer alan genel hükümler kastedilerek "*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*" kuralı öngörülmüştür. Kaldı ki gerekçeden farklı olarak Anayasa metninde "*14 üncü maddede yer alan suçlar*" yerine "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresine yer verilmiştir.

86. Anayasa'nın 14. maddesinin başlığı "*Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması*" olarak belirlenmiştir. Madde üç fıkradan oluşmaktadır. "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmaz.*" biçimindeki birinci fıkra uyarınca kötüye kullanmadan bahsedebilmek için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Birincisi ortada her şeyden önce Anayasa'da yer alan bir temel hak ve hürriyetin kullanımı söz konusu olmalıdır ve ikinci olarak da söz konusu temel hak ve hürriyetler "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler*" biçiminde kullanılmalıdır.

87. Kendi içinde makul bir anlam barındıran Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi yönünden yapılan yorumu ise -atfın 14. maddeye bir bütün olarak yapılması nedeniyle- anlamsız sonuçlara neden olmaktadır. Şöyle ki bir milletvekilinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerini temel bir hak veya özgürlüğü kullanma kapsamında gerçekleştirdiği iddia edildiğinde yasama dokunulmazlığından yararlanması mümkün değilken herhangi bir temel hak ve özgürlük kapsamına girmeyen ve çok daha ağır suçlara vücut veren eylemler işlediği iddia edildiğinde milletvekili yasama dokunulmazlığından yararlanabilecektir.

88. Sonuç olarak Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının metni, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresini, dolayısıyla da Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt *yargı organlarının kararlarıyla* anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli değildir.

89. Anayasa'nın 14. maddesinin "*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*" biçimindeki ikinci fıkrası ise hem devlete hem de

kişilere hitap etmekte ve bunların Anayasa'nın hükümlerinden birini yorumlayarak temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte hangi suçların bu kapsamda görülüp yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında tutulacağını Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan genel ifadeler üzerinden belirlemek de güçtür.

90. Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinde "Anayasanın 14 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17 nci maddesi ile uyumlu hale getirilerek eylem ve yorum yoluyla hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasının önlenmesine yönelik hükümler öngörülmektedir." ifadelerine yer verilmiştir. Sözleşme'nin "Hakları kötüye kullanma yasağı" başlığını taşıyan 17. maddesinde ise "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz." denilmiştir. Sözleşme'nin temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını düzenleyen bu hükmünün Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası ile paralellik arz ettiği açıktır. Dolayısıyla ikinci fıkranın anayasa koyucunun iradesine uygun bir yorumuna ulaşabilmek için AIHM'in anılan hükme kaynak olan Sözleşme'nin 17. maddesi ile ilgili içtihatlarına bakılması uygun bir yol olacaktır.

91. Kişi ve gruplar açısından kötüye kullanma, bunların Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlükleri yine aynı hak ve özgürlüklerin tahribine veya yok edilmesine yönelik olarak kullanmalarını ifade eder. Buna karşılık devletler açısından kötüye kullanma yine aynı şekilde temel hak ve özgürlüklerin tahribine yönelik bir girişim olabileceği gibi ayrıca onların temel hak ve özgürlükleri, Sözleşme'nin öngördüğünden daha geniş ölçüde sınırlamaları şeklinde de ortaya çıkabilir.

92. AIHM içtihadına göre terörün ve savaş suçlarının teşviki ve meşru görülmesi (Roj TV A/S/Danimarka (k.k.), B. No: 24683/14, 17/4/2018); şiddetin tahrik edilmesi (Hizb ut-Tahrir ve diğerleri/Almanya (k.k.), B. No: 31098/08, 12/6/2012); totaliter ideolojilerin teşviki (German Communist Party (KPD)/Almanya (k.k.) (Komisyon), B. No: 250/57, 20/7/1957); nefretin tahrik edilmesi (yabancı düşmanlığı ve ırka dayalı ayrımcılık yönünden bkz. Glimmerveen ve Hagenbeek/Hollanda (k.k.) (Komisyon), B. No: 8348/78, 8406/78, 11/10/1979; etnik gruplara yönelik nefret yönünden bkz. Pavel Ivanov/Rusya (k.k.), B. No: B. No: 35222/04, 20/2/2007; homofobi yönünden bkz. Molnar/Romanya (k.k.), B. No: 16637/06, 23/10/2012; dinî nefret yönünden bkz. Norwood/Birleşik Krallık (k.k.), B. No: 23131/03, 16/11/2004); Yahudi soy kırımının inkârı (Garaudy/Fransa (k.k.), B. No: 65831/01, 24/6/2003) Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında temel hak ve özgürlüklerin kişi ve gruplarca kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir.

93. Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası AIHM içtihatları ışığında yorumlandığında söz gelimi nefretin tahrik edilmesi bağlamında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesinde tanımlanan şekilde "Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden"; "Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan"; "Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan" ve bu nedenle haklarında seçimlerden önce halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçundan soruşturma başlatılan

milletvekillerinin yasama dokunulmazlığından yararlanamamaları gerektiği düşünülebilir. Buna karşılık Yargıtay 16. Ceza Dairesi, yakın tarihli bir kararında (28/1/2019 tarihli ve E.2018/4803, K.2019/647) anılan suçu Anayasa'nın 14. maddesindeki *durumlar* arasında görmemiştir (bkz. § 27). Anayasa koyucunun bilinçli olarak işaret etmesi nedeniyle -yorumu için AİHM içtihatlarını gözönüne aldığımızda- Anayasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kaldığı ileri sürülebilecek bir suçun bile Yargıtayca bu kapsamda görülmemesi hangi suçların anılan fıkra kapsamına dâhil olduğunun fıkranın genel ifadelerinden hareketle belirlenebilmesinin zorluğunu göstermektedir.

94. Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu ceza kanunlarında birçok suç tipini düzenlemiş olmasına karşın bu suç tiplerinden hangilerinin Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olduğu TBMM'nin iradesinin ürünü olan bir kanun ile belirlenmiş değildir. Ceza kanunlarındaki suçlardan hangilerinin 14. madde kapsamına dâhil edileceği ve dolayısıyla yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında tutulacağı Anayasa'nın 14. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının genel ifadelerine verilebilecek yukarıda açıklanan muhtemel yorumlardan hangisinin uygulayıcılar tarafından tercih edileceğine bağlıdır.

95. Görüldüğü üzere Anayasa'nın 14. maddesi bir taraftan temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla kullanılabilirliğine, diğer taraftan Anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri Anayasa'nın öngördüğünden daha geniş sınırlandırarak şekilde yorumlanmasını engellemeye ilişkin genel hükümler ihtiva etmektedir. Maddeyle engellenmek istenilen faaliyetlerin suç teşkil eden eylemlerle sınırlı olmadığı, maddenin suç teşkil etsin ya da etmesin belli amaçlarla yapılacak tüm faaliyetleri içeren geniş bir kapsama sahip olduğu anlaşılmaktadır. Asıl amacı yasama dokunulmazlığının kapsamı dışında bırakılan suçları belirlemek olmayan Anayasa'nın 14. maddesinin genel ifadeler içeren metninden hareketle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin yargı organlarıca belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayarak anlamlı bir şekilde yorumlanması mümkün görünmemektedir.

96. Nitekim bu konuda Anayasa Mahkemesi 1986 yılında verdiği tek bir kararında yukarıda değinilen belirlilik ve öngörülebilirlik yönünden ortaya çıkan sorunları çözüme kavuşturacak bir yorum imkânı bulamamıştır (AYM, E.1985/30, K.1986/10, 18/3/1986). Yargıtayın ise Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin yorumunu kimi zaman 14. maddenin birinci, kimi zaman ikinci fıkrasına atfen belirlediği anlaşılmaktadır. Bu durum farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır. Nitekim yukarıda da yer verilen kararında Yargıtay söz konusu ibarenin kapsamını sadece Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasını dikkate alarak belirlediğinden, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında olduğunda kuşku bulunmaması gereken halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama suçunu yasama dokunulmazlığına istisna olan suçlar arasında görmemiştir (bkz. § 27). Yargıtayın mahkeme dosyasına sunulan kararlarından (bkz. §§ 26-33) sadece terörle bağlantılı suçları "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresi kapsamında görme eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Hâlbuki yukarıda tespit edildiği üzere 14. maddenin kapsamı terörle bağlantılı meselelerden daha geniştir. Üstelik Yargıtay kararlarında temel haklar kötüye kullanılmadan işlenen terörle bağlantılı suçların yasama dokunulmazlığı kapsamında kalıp kalmadığı ile kapsam dışı bırakılan suçların bir temel hak ve özgürlük kötüye kullanılarak işlenmesinin zorunlu olup olmadığı açıklanmamaktadır.

97. Başvuruya konu mahkûmiyet kararını onayan Yargıtay kararında silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin doktrinde tartışmalı olduğu ifade edilmiştir (bkz. § 20). Yargıtayın Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresine ilişkin olarak Anayasa'nın 14. maddesi metni üzerinden yaptığı yorumların da kuralda bir belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamaktan uzak olduğu açıktır. Görülmektedir ki ne Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ne de Yargıtayın kararları söz konusu belirsizliği ortadan kaldırmakta yeterli olmuştur.

98. Anayasa koyucu Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*" ve Anayasa'nın seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını düzenleyen 67. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir.*" hükümlerine yer vermiştir. Görüldüğü üzere anayasa koyucu Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin belirliliğini sağlama görevini kanun koyucuya vermiş, yorum yoluyla 14. madde kapsamına giren suçları belirlemek için yargı organına açık bir yetki vermemiştir. Kaldı ki yargı organı kural koyucu bir organ olmadığı için yorum yolu ile yasama dokunulmazlığının ve dolayısıyla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kapsamını belirleyemez (bu konuyla ilgili olarak bkz. *Kadri Enis Berberoğlu* (2), § 89).

99. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, başörtüsü yasakları nedeniyle din özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanunilik yönünden Anayasa'yı ihlal ettiğini belirlediği *Tuğba Arslan* kararından itibaren TBMM'nin iradesi olan bir kanun bulunmaksızın temel hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemesi veya diğer mahkeme içtihatları ile sınırlanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir (*Tuğba Arslan* § 80 vd.; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri*, § 54; *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.*, § 36; *Süleyman Kurtel* [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021, § 56).

100. Diğer taraftan 2001 değişikliği sonrasında 14. madde ile yalnızca temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanan kişilere karşı bir koruma sağlanması amaçlanmamış, Anayasa ile tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunan devlete karşı da koruma sağlanmıştır. Buna göre devletin, temel hak ve hürriyetlerin "*Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlaması*" da artık bir kötüye kullanma biçimi sayılacaktır. Başka bir deyişle devlet, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ve temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da gösterilen sınırlamalardan daha geniş sınırlamalar getirmesini amaç edinen bir faaliyette bulunamayacaktır.

101. Devlet için getirilmiş bu yeni "*kötüye kullanma*" yasağının varlığına rağmen mahkemelerin "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresine ilişkin olarak Anayasa'nın 14. maddesi metni üzerinden yapacağı her yorum denemesi -kuralda geçen kavram ve ilkelerin ceza hukukunda hangi suçlara tekbül etiklerinin mahkemelerce objektif olarak belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle- kanunilik ve kıyas yasağı ilkelerini kaçınılmaz olarak zedeleyecek ve Anayasa koyucunun kuralda gerçekleştirdiği 2001 yılı değişiklikleri ile ortaya koyduğu *temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmaması* yönündeki iradesine aykırılık oluşturacaktır.

102. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında TBMM'nin rızası olmadıkça seçilmiş bir milletvekilinin görevi süresince hiçbir şekilde *tutulamayacağı, tutuklanamayacağı, sorgulanamayacağı* ve *yargılanmayacağı* belirtilmektedir. Meclis uygulaması ve geleneği gözönünde bulundurulduğunda bir milletvekili olan başvurunun görev süresi esnasında, üstelik ifade özgürlüğüne müdahale edecek şekilde -milletvekili seçilmeden önce soruşturmasına başlanmış olsa bile- yasama dokunulmazlığının bulunmadığının yargı makamlarınca tespit edilebileceğini makul bir şekilde öngörmesi beklenemez. Bu itibarla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların kapsamını ortaya koyan yasama dokunulmazlığının güvencelerini sağlayacak öngörülebilirlikte anayasal veya kanuni kurallar bulunmadığı açıktır.

103. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasından ve Anayasa'nın seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını düzenleyen 67. maddesinin üçüncü fıkrası hükümlerinden hareketle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin kapsamına hangi suçların girdiği konusunda *kanun koyucunun düzenlemesi* dışında yargı organlarınca yapılan yorumlarla belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

#### **(b) Yasama Dokunulmazlığının Bulunmadığının Yargı Organlarınca Tespiti Yönünden**

104. Görevinin başında olan ve milletvekilliği sıfatı devam eden bir milletvekilinin bir suç isnadıyla *tutulabilmesi, sorguya çekilebilmesi, tutuklanabilmesi* ve *yargılanabilmesi* yasama dokunulmazlığı kalkmadan mümkün değildir. Yasama dokunulmazlığı kural olarak Meclis kararıyla kaldırılmaktadır. Bu kuralın Anayasa'dan kaynaklanan ve yukarıda da zikredilen iki istisnası vardır. Bunlar ağır cezaı gerektiren suçüstü hâli ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlardır.

105. Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti yönteminde kötüye kullanmalara karşı usule ve esasa ilişkin yeterince güvence sağlanıp sağlanmadığı incelenenektir. Ancak bahsi geçen usulün incelenmesine geçmeden önce yasama dokunulmazlığının Meclisçe kaldırılması yönteminde sağlanan güvencelere yakından bakmak yararlı olacaktır.

#### **(i) Yasama Dokunulmazlığının Meclis Kararıyla Kaldırılması ve Usulü**

106. Yasama dokunulmazlığı nispidir. Anayasa'nın 83. maddesi "*Meclis kararı olmadıkça*" demek suretiyle milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının Meclis tarafından kaldırılabilceğini öngörmüştür. Ancak hangi tür suçların yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını gerektireceği, hangilerinin ise gerektirmeyeceği konusu Anayasa'da belirtilmemiştir. Anayasa "*suç*" ifadesini kullandığından milletvekillerinin dokunulmazlıkları her türlü suç için mevcut olduğu gibi yine *Meclisçe* her türlü suç için kaldırılabilir. Anayasa, Meclise yasama dokunulmazlığını kaldırıp kaldırmamakta geniş bir takdir yetkisi vermiştir.

107. Bununla birlikte Meclisin suçlamanın ciddi olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Söz konusu ciddiyet düzeyinin varlığının tespiti için Anayasa ve Meclis İktüzüğü, bir milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması için yapılan



taleplere karşı bir dizi usule ilişkin güvenceler sağlamaktadır. Her şeyden önce adli yargı mercileri ellerindeki kovuşturmalar için veya ancak belli ciddiyet derecesine ulaşan soruşturmalar için fezleke düzenleyerek Bakanlığa gönderebilmektedir. Bakanlık kendisine gelen fezlekeleri hazırlayacağı bir raporla birlikte Meclise sunmakta ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması talepleri Meclis Hazırlık Komisyonu, Karma Komisyonu ve duruma göre de Genel Kurul olmak üzere üç mercide incelenmektedir (tafsilat için bkz. TBMM İhtüzüğü mad. 131-134). Anayasa Mahkemesinin daha önceki bir kararında ifade ettiği gibi komisyonların görevi delilleri takdir etmek ve suçun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak değil suçlamanın ciddi bir nitelik taşıyıp taşımadığı yolunda bir sonuca varmaktır (AYM, E.1994/9, K.1994/28, 21/3/1994). Anayasa ve TBMM İhtüzüğü'ne göre Meclis, ilgili milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması dosyasının bireysel koşullarını ve ilgili vekilin durumunu değerlendirmeli ve böylelikle vekillere kendilerini Meclis nezdinde savunma fırsatı sağlamalıdır.

108. Nihai olarak ise dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilinin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 85. maddesi uyarınca dokunulmazlığın kaldırılması kararını usul ve esas açısından Anayasa ve TBMM İhtüzüğü'ne uygun olup olmadığı yönünden incelemektedir. Milletvekilliğinin düşmesine ilişkin kararlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurma imkânının tanınmasında gözetilen amaca ilişkin olarak 1982 Anayasası'nın yasama sürecine ait belgelerinde bir açıklama bulunmamakla birlikte yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına dair kararları da konu edinen başvuru usulünün ilk olarak düzenlendiği 1961 Anayasası'nın 81. maddesinin gerekçesinde "*Dokunulmazlığın kaldırılması ehemmiyetli siyasi ve hukuki neticeler tevliid ettiğinden bu kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesine müracaat yolu açık bırakılmıştır.*" ifadelerine yer verilmiştir (AYM, E.2017/152, K.2017/139, 7/9/2017 § 10) .

109. Öte yandan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine ilişkin TBMM kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine başvuru usulü Anayasa'nın 85. maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda milletvekilliğinin düşmesi kararına karşı Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun niteliği, Anayasa'nın 85. maddesinin tamamını değiştiren 23/7/1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde "*...Bu düzenlemeyle getirilen bir siyasi korumadır. Çoğunluğun yanlış bir karar vermesine karşı veya siyasi amaç ve gerekçesiyle milletvekilinin zor durumda kalmasına karşı Anayasa Mahkemesine müracaat hakkı tanınmasıdır. Bu ne yargı yolu ne de itirazdır. Sadece usul yoludur.*" şeklinde belirtilmiştir (AYM, E.2017/152, K.2017/139, 7/9/2017, § 11).

110. Anayasa Mahkemesi bir kararında (AYM, E.1998/38, K.1998/50, 31/7/1998) yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararların denetiminde gözetilmesi gereken usulü şu şekilde açıklamıştır:

*Anayasa'nın 85. maddesinde, dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin kararın Anayasa'ya, Yasa'ya ve İhtüzüğe uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, 2. maddesinde ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu kurala bağlanmıştır. Bu kural uyarınca, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararların denetiminde, hukuk Devletinden beklenen nesnel (objektif) ölçülerin esas alınması gerekir.*

*Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptaline ilişkin istemin, suçlamanın ciddiliği, siyasi amaçlara dayanmaması, üyenin şeref ve haysiyetinin korunması yönlerinden incelenmesi gerekir.*

*Dokunulmazlık, yasama organı üyelerini, görevlerini tam olarak yerine getirmelerini engelleyecek gereksiz suçlamalardan korumak amacıyla yöneliktir. Ancak, yöneltilen suçlamanın ciddi olması durumunda yargı yolunun açılması, kamu yararı ve milletvekilinin şeref ve haysiyetinin korunması yönlerinden zorunlu bulunmaktadır.*

*...Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ... günlü, ... sayılı fezlekesi ve ekinde bulunan belgelerin incelenmesinden, M.B.ye isnad edilen suçlarla ilgili olarak adı geçen hakkında milletvekili seçilmesinden önce kamu davası açıldığı ve dosya içindeki kanıtlardan kendisine yöneltilen suçlamanın ciddi olduğu kamsına varılmıştır.*

*Dokunulmazlığın kaldırılması isteminden karara kadar olan süreç içindeki davranışlar, dokunulmazlığın kaldırılmasına karar veren çoğunluğun tutumu, komisyon ve Genel Kuruldaki konuşmalar, dokunulmazlığın kaldırılmasına yol açan suçlamanın niteliği ve ciddiliği yönünden ileri sürülen gerekçeler ve bunların doğruluğu yönünden ortaya konulan kanıtlar, kararın alınmasındaki yöntemler incelendiğinde, dokunulmazlığın kaldırılmasının siyasi amaç taşımadığı da anlaşılmaktadır.*

111. Anayasa Mahkemesi başka kararlarında ise yukarıda alıntılan değerlendirmelerine benzer değerlendirmeler yapmış ve ilave olarak "İsnadın ciddi olduğunun kabulü için ağırlığı yeterli görülmeyip, gerçeğe uygunluğunun da araştırılması gerekir." demiştir (AYM, E.1997/72, K.1997/74, 31/12/1997; AYM, E.1997/73, K.1997/73, 30/12/1997; ayrıca daha önce verilmiş olan şu karara da bakılabilir AYM, E.1994/22, K.1994/41, 21/2/1994). Buna göre Anayasa Mahkemesi yasama dokunulmazlığının Meclis tarafından kaldırılmasına ilişkin kararların denetiminde şu ölçütleri kullanmaktadır:

i. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin değerlendirmeler hukuk devletinden beklenen şekilde nesnel ölçütlere göre yapılmalıdır.

ii. Milletvekilleri görevlerini tam olarak yerine getirmelerini engelleyecek gereksiz suçlamalardan korunmalıdır.

iii. Yöneltilen suçlamanın ancak ciddi olması durumunda yargı yolu açılmalıdır.

iv. Dokunulmazlığın kaldırılmasında kamu yararı ve milletvekilinin şeref ve haysiyetinin korunması yönlerinden zorunluluk bulunmalıdır.

v. Dokunulmazlığın kaldırılmasına yol açan suçlamanın niteliği ve ciddiliği yönünden ileri sürülen gerekçeler, bunların gerçeğe uygunluğuna ilişkin olarak ortaya konulan kanıtlar ve kararın alınmasındaki yöntemler incelenmelidir.

vi. Dokunulmazlığın kaldırılmasının siyasi amaç taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir.

112. Görüldüğü üzere anayasal önemi nedeniyle yasama dokunulmazlığının Meclis tarafından kaldırılması yönteminde *usule ve esasa ilişkin* önemli güvenceler öngörülmüş, önce Meclisin ilgili komisyonlarının ve Meclis Genel Kurulunun, daha sonra da Anayasa Mahkemesinin milletvekili hakkındaki isnatları ciddi bulması şartı aranmıştır.

**(ii) Anayasa'nın 14. Maddesindeki Durumların Varlığı Hâlinde Yasama Dokunulmazlığının Bulunmadığının Tespiti**

113. Yasama dokunulmazlığının Meclisçe kaldırılması yönteminde uyulması gereken ve Anayasa Mahkemesince belirlenen ilkelerin başvuruya konu Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle bulunmadığının tespiti yöntemi bakımından da -niteliğine uygun düştüğü ölçüde- dikkate alınması gerekir. Zira yasama dokunulmazlıklarının Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle bulunmadığının tespiti yönteminde Anayasa Mahkemesinin Anayasa'dan hareketle geliştirdiği ilkelerin geçerli olmadığı ileri sürülmesi bu alanı anayasal korumadan yoksun bırakır.

114. Yasama dokunulmazlığının Meclis kararıyla kaldırılması kuralının iki istisnasından biri olarak düzenlenmiş bulunan ve eldeki bireysel başvuruya konu olan, milletvekilinin seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlardan biri kapsamında işlediği suç nedeniyle yargılanmasına ilişkin olarak Anayasa'da, kanunlarda veya TBMM İçtüzüğü'nde esasa ve usule yönelik güvenceler içeren hükümlere yer verilmemiştir.

115. Bu çerçevede bir milletvekilinin Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen suçlardan dolayı yasama dokunulmazlığından yararlanamaması için tek koşul olarak soruşturmanın seçimden önce başlamış olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre şayet suç seçimden sonra işlenmiş veya soruşturmaya seçimden sonra başlanmış ise yasama dokunulmazlığının Meclisçe kaldırılmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

116. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün istatistikleri de göstermektedir ki başlatılan her soruşturma bir mahkûmiyetle neticelenmemektedir. Bu durumda soruşturmanın seçimden önce başlatılmış olması koşulunun Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların belirsizliğine yönelik olarak yukarıda yer alan tespitler karşısında asıl amacı milletvekillerinin demokratik işlevlerini gereği gibi yerine getirmesi olan yasama dokunulmazlığının korunması bağlamında seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik müdahaleler yönünden yeterli bir güvence oluşturduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

117. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının "*Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.*" biçimindeki son cümlesinde yer verilen zorunluluğun ise dokunulmazlığın bulunmadığının tespit edilmesinde kurucu bir etkisi yoktur. Dolayısıyla bu hüküm yargı makamlarınca dokunulmazlığın bulunmadığının tespiti yönteminde bir güvence değildir.

118. Bunlardan başka bahsi geçen ve durumu TBMM'ye bildirmekle yükümlü olan yetkili makamın kim olduğu da açıklanmamıştır. Söz konusu yetkili makamın ceza soruşturması yapmaya yetkili herhangi bir Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma yapmaya yetkili herhangi bir mahkeme hâkimi olabileceği anlaşılmaktadır. Yetkili hâkim veya savcının bu konuda alacağı bir karar ile Meclisin iznine gerek kalmaksızın bir milletvekili tutuklanıp kovuşturulabilecek, halkın oylarıyla seçilmiş bir milletvekilinin geçici bir süre için bile olsa yasama çalışmalarını yapmaktan alıkonulabilmesinin önu açıklacaktır.

119. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 67. ve 83. maddelerini birlikte yorumladığında yetkili hâkim veya Cumhuriyet savcısının dokunulmazlığın bulunmadığına

ilişkin böyle bir kararı verebilmesi için en azından şu değerlendirmeleri yapmasını beklemektedir:

i. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*" ibaresinin kapsamını ortaya koyan bir kanunun bulunup bulunmadığı,

ii. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında ortaya koyduğu gibi suç isnadının milletvekilinin yasama dokunulmazlığından faydalanmasını engelleyecek derecede ciddi olup olmadığı, milletvekilinin görevini tam olarak yerine getirmesini engelleyecek gereksiz suçlamalardan olup olmadığı,

iii. Yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespitine konu olan suçlamaların sırf siyasi amaçlarla yapılmış olup olmadığı ve özellikle suçlamanın gerçek amacının bir milletvekiline adil olmayan bir şekilde müdahale etmek ve görevini yerini getirirken özgürlük ve bağımsızlığını tehdit etmek amacı taşıyıp taşımadığı,

iv. Bu kapsamda suçlamaya temel teşkil eden gerekçelerin ciddiye alınması gerektiğini ortaya koyan ve olguları doğrulayan uygun bir soruşturma yapıp yapılmadığı,

v. Yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespitine karar verilen eylemin yasama sorumsuzluğu kapsamına girip girmediği,

vi. Söz konusu eylemin başta ifade özgürlüğü olmak üzere Anayasa'da koruma altında bulunan temel hak ve özgürlüklerin kapsamı içinde olup olmadığı ve hangi sebeplerle demokratik sisteme yönelik bir tehdit ve dolayısıyla bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirildiği,

vii. Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin bu hak ve özgürlükleri yıkmak "*amaçıyla kullanılmayacağı*" hükmü yerine bu hak ve özgürlükleri yıkmayı "*amaçlayan faaliyetler*" olarak kullanılmayacağı hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla isnat edilen suçlarda fiil, düşüncelerin açıklanması ve yayılması biçimindeyse bunların demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturup oluşturmadığı, gerçek bir zarara sebebiyet verip vermediği ve son olarak başvurusunun amacının başkalarının haklarını yok etmek olup olmadığı,

viii. Yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespitinin milletvekilinin şeref ve haysiyetinin korunması ile parlamentonun çalışmalarını aksatmaması yönünden gerekli olup olmadığı, dokunulmazlık kapsamında kalan soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin -özellikle de koruma tedbirlerinin- uygulanmasının milletvekilliği süresinin sonuna kadar veya Meclisin dokunulmazlığını kaldırılması kararı vermesine kadar ertelenip ertelenemeyeceği,

ix. Yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti hâlinde isnat edilen suçlamaların hukuki nitelendirmelerinin sonradan değişme ihtimalinin yüksek olup olmadığı ve bu anlamda muhtemel yeni nitelendirmelerin de "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kalıp kalmayacağı,

x. Anayasa'nın 14. maddesinin devlete verdiği yetki "*demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde*" kullanılmalıdır. Dolayısıyla bir milletvekilinin eylemlerinin "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kaldığından bahisle yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespitinin başvurulabilecek en son çare olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

120. Somut olayda ise derece mahkemelerinin ve Yargıtayın dokunulmazlığın bulunmadığının tespitine ilişkin meselenin esası hakkında yukarıda sayılan değerlendirmelerin hiçbirini yapmadığı anlaşılmaktadır. Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay yalnızca başvurucuya isnat edilen terör örgütü propagandası suçunun "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kalan suçlardan olduğunu yukarıda yer alan ölçütler bakımından herhangi bir değerlendirme yapmadan kabul etmiştir.

121. Mahkemeler dokunulmazlığın bulunmadığının tespitine ilişkin olarak görevlerinin yalnızca isnat edilen suçun -Anayasa Mahkemesine göre kapsamı ve sınırları belli olmayan- "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kalıp kalmadığını tespit etmekle sınırlı görmektedir. Anayasa'nın 14. maddesi sebebiyle isnat edilecek herhangi bir suçun ağırlığı o isnadın ciddi olduğuna dair bir karine oluşturmamaktadır. Hâlbuki yasama dokunulmazlığının Meclisçe kaldırılması usulünde isnadın ciddiliği gerek Meclis ve gerekse Anayasa Mahkemesince denetlenmektedir. Dokunulmazlığın Meclisçe kaldırılması usulünün iki istisnasından diğeri olan ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinde ise isnadın ciddiliği hakkında kuvvetli bir karine bulunmaktadır.

122. O hâlde eldeki başvuruya konu olaylara benzer olaylarda da mahkemelerin görevi yargılamaya devam etmeden önce isnat edilen suçun "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*"dan birinin kapsamında kalıp kalmadığını tespit etmekle sınırlı olmayıp Anayasa'nın yasama dokunulmazlığını kaldıran diğer iki hâl için öngördüğü isnadın ciddiyetinin bulunup bulunmadığını belirlemektir.

123. Aksi bir tutum dokunulmazlık müessesesinin mantığı ve sağlamaya çalıştığı güvenceler ile bağdaşmadığı gibi mahkemelerin isnat edilen suçlamaların yeterince ciddi olup olmadığı, soruşturma ve kovuşturmanın siyasal amaçlar taşıyıp taşımadığı yahut yasama dokunulmazlığının önemi karşısında orantısız olup olmadığı gibi esasa ilişkin yapılması gereken değerlendirmelerin hiçbirini yapmalarına yol açmaktadır. Bu da yargı makamları eliyle dokunulmazlığın bulunmadığının tespiti hâlinde yapılacak itirazlardan sonuç alınmanın imkânsız olduğunu göstermektedir.

124. Dahası herhangi bir kanun, dokunulmazlığın bulunmadığının tespitine yapılacak itirazlarda itiraz makamına soruşturmayı yürüten savcı veya yargılamayı yürüten mahkemelerin yapmadıkları incelemeyi yapma görevi de yüklememektedir. Soruşturmaya veya kovuşturmaya devam etmeden önce bir milletvekilinin eylemi nedeniyle demokratik yaşam ve başkalarının hakları üzerinde meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığını ölçen bağımsız yargısal bir mekanizma bulunmalıdır. Mevcut durumda ne böyle bir mekanizma ne de savcılıkların ve mahkemelerin milletvekilinin dokunulmazlığının bulunmadığının tespit yetkisini nasıl kullanacağını tarif eden, dahası değerlendirme yaparken yargı makamlarına milletvekillerinin dokunulmazlığının bulunmadığının tespit ederek seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına yaptıkları müdahalelerin Anayasa'ya uygun olup olmayacağını değerlendirmelerinde yardımcı olacak araçları sunan bir kanun bulunmaktadır.

125. Yetkili adli makamlar milletvekilleri hakkında yürüttükleri ceza soruşturma veya kovuşturmasında niteliği, boyutu ve ciddiyetinden bağımsız olarak yalnızca isnadın "Anayasanın 14. maddesindeki durumlar"dan birinin kapsamında kalan suçlardan olup olmadığına odaklandıkları için mevcut uygulama milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarına bir ceza soruşturması veya kovuşturması ile yapılabilecek keyfi ve orantısız müdahaleleri önlemeye elverişli değildir. Milletvekillerinin gereksiz müdahale kaygı ve baskısı taşımalarına neden olacak olan bu uygulama, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına ağır bir müdahale biçimidir ve dokunulmazlığın Meclisçe kaldırılması veya yargılamanın milletvekilliği görevinin sonuna kadar bekletilmesi gibi daha güvenceli diğer başka usullere başvurulmamasını haklı kılan sebepler bulunmadığı müddetçe başvurulmaması gereken bir yöntemdir.

126. Şu ana kadar yapılan açıklamalar göstermektedir ki görevinin başında olan ve milletvekilliği sıfatı devam eden bir milletvekilinin *yetkili makamın* ve söz konusu yetkili makam olarak muhtemelen herhangi bir Cumhuriyet savcısının "Anayasanın 14. maddesindeki durumlar"dan birinin kapsamında kaldığını değerlendirdiği bir suç soruşturması nedeniyle *tutulabilmesi*, *sorguya çekilebilmesi* ve *tutuklanabilmesi* davasının bulunduğu ilk derece mahkemesi hâkiminin kararı ile *yargılanması* ve yargılanmasına bağlı yargısal işlemlere veya koruma tedbirlerine maruz kalması mümkün görünmektedir. Bahsi geçen ve sınırlı olarak sayılan her yargılama işleminin Anayasa'nın 83. maddesinde koruma altına alınan yasama dokunulmazlığından faydalanamaması nedeniyle milletvekillerinin aynı zamanda Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına müdahale oluşturduğu muhakkaktır.

127. Buna karşın mevcut hâliyle söz konusu yöntem, ilk olarak yargı makamlarının takdir yetkisini düzenleyen ve keyfi davranışların önüne geçebilmek için gerekli usule ilişkin bütün güvenceleri içermemektedir. İkinci olarak ise mevcut yöntem yargı makamlarını yasama dokunulmazlığına müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediğini ve orantılı olup olmayacağını değerlendirmeye zorlayan -dokunulmazlıkların Meclisçe kaldırılması usulünde sağlanan güvence düzeyinde- bir usul ihtiva etmemektedir.

128. Yasama dokunulmazlığının sağlanması için yeterli güvencelerin olmadığı bir hukuk düzeninde seçmenini temsil eden ve onların taleplerine dikkat çekerek menfaatlerini savunan halkın seçilmiş temsilcilerinin kendileri için vazgeçilmez olan -başta ifade özgürlüğü ve siyasi faaliyetlere katılma hakkı olmak üzere- çok sayıda temel hak ve özgürlükleri üzerinde ciddi ve caydırıcı bir baskı oluşacak, söz konusu hak ve özgürlüklerden serbestçe yararlanmaları mümkün olmayacaktır.

129. Oysa milletvekilliği görevi demokratik bir siyasal hayatın bahsettiği üstün bir kamusal yarar ve öneme sahiptir. Tam da bu sebeple milletvekilleri anayasal bir koruma alanına sahip kılınmıştır. Seçilmiş milletvekillerinin ifade özgürlüğünü veya milletvekilliği görevini yerine getirmek için kullandıkları diğer hak ve özgürlüklerine yapılacak ölçüsüz müdahaleler halk iradesiyle oluşan siyasal temsil yetkisini ortadan kaldıracak, seçmen iradesinin parlamentoya yansımaları önleyecektir (*Mustafa Ali Balbay*, § 129).

130. Bu değerlendirmeler ışığında yasama dokunulmazlığının sağlanması için yeterli güvenceler ihtiva etmeyen mevcut sistemin yasama organına seçilmiş milletvekillerinin halkın görüşlerini serbestçe açıklamalarını ve bu anlamda belli kişilerin veya grupların ülkenin siyasal hayatına katılımlarını engelleyici nitelikte olduğu, bu itibarla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının etkisini ortadan kaldırdığı açıktır.

131. Nitekim somut olayda başvuru, PKK terör örgütünün Hükûmete yönelik yaptığı bir çağrıyla Türkiye'deki PKK terör örgütüne yönelik yürüyen silahlı mücadele kapsamında meydana gelen çatışmaların sona erdirilmesi için bir fırsat olarak gören bir haberi sırf paylaştığı için cezalandırılmıştır.

132. Derece mahkemeleri ne başvurunun açıklamalarının demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturduğuna (AYM, E.2002/1 (siyasi parti kapatma), K.2008/1, 29/1/2008), başvurunun amacının başkalarının Anayasa'da korunan haklarını yok etmek olduğuna ve dolayısıyla yasama dokunulmazlığına baskın gelen bir ihtiyacın somut olayda varlığına yönelik bir değerlendirme yapmış ne de bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması için yapılması gereken diğer asgari değerlendirmeleri yapma yükümlülüklerini yerine getirmiştir.

133. Gerek yasama dokunulmazlığını koruma altına alan Anayasa'nın 83. maddesi ve gerekse temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan Anayasa'nın 14. maddesi ancak demokrasinin korunması bağlamında ve hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilir. Mahkemeler söz konusu anayasal hükümleri özgürlükler lehine yorumlamadıkları gibi onları böyle bir yorum yapmaya sevk edecek esasa ve usule ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistem de bulunmamaktadır.

134. Netice olarak milletvekili seçilmesinden ve genel olarak yasama dokunulmazlığına sahip olmasından sonra yargılanmasına devam edilerek mahkûm edilmesinin başvurunun Anayasa'nın 67. maddesi ile korunan haklarını ihlal ettiği ve ihlalin yasama dokunulmazlığının, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunmamasından kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN ihlal sonucuna farklı gerekçeyle katılmışlardır.

## **B. İfade Özgürlüğünün İhlal Edildiğine İlişkin İddia**

### **1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü**

#### **135. Başvurucu;**

i. Sosyal medyadan yaptığı paylaşımın Kürt sorununun barışçıl bir şekilde çözümüne yönelik çağrı niteliğinde olduğunu, sorunun çözümü için yeniden müzakere sürecinin başlatılması ve kalıcı bir barışın tesisine ilişkin olarak örgütün yaptığı açıklamayı haberleştiren T24 haber sitesinin bir haberini kendi hesabından "*Bu çağrı hakkıyla değerlendirilmeli, bu işin sonu yok..! 'Öcalan devreye girerse olur' diyorlar*" yorumuyla paylaşmasının ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu iddia etmiştir.

ii. AİHM içtihatlarına göre öncelikle yazının içeriğinin ve bağlamının değerlendirilmesi, şiddete teşvik etmiyor ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemiyorsa ifadelerin cezalandırılmaması gerektiğini, buna rağmen derece mahkemelerinin metnin içeriğini incelemediklerini ifade etmiştir. İlgili AİHM içtihatlarına göre sözün kim tarafından, hangi konuda ve ne şekilde söylendiğinin, şiddete tahrik olup olmadığı ve sözlerin şiddete yol açma ihtimalinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

iii. Hâlen yayında olan haberde yer alan görselin haber metninden bağımsız değerlendirilemeyeceğini, kaldı ki kendisinin söz konusu haberi yazan, fotoğrafı çeken ya da yayımlayan kişi de olmadığını, dolayısıyla haberin dilinden ve kullanılan görselden kendisinin sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Hakkında varsayımsal bir temelde artırılarak erteleme hükümleri kapsamı dışında tutulan 2 yıl 6 ay hapis cezası verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

iv. Yargıtay kararında, kendisi tarafından paylaşılan haberin içeriğine ve bağlamına ilişkin hiçbir somut inceleme yapılmadığını, yüksek mahkeme içtihatlarındaki hiçbir ilkenin uygulanmadığını, sonuca etkili olacak hususların cevapsız bırakıldığını, bu nedenlerle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

136. Bakanlık görüşünde;

i. Başvurucunun PKK silahlı terör örgütünün şiddet içeren eylem ve faaliyetlerini öven, yücelten ve teşvik eden nitelikteki paylaşımları nedeniyle hakkında ceza davası yürütülmesi ve mahkûm olmasının ifade özgürlüğüne yönelik yapılmış bir müdahâle olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

ii. Müdahale olduğu kabul edilirse öncelikle somut başvuruda müdahalenin kanuni dayanağının ve meşru amacının bulunduğu ifade edilmiştir.

iii. Başvurucunun PKK silahlı terör örgütünün faaliyet ve eylemlerini kamuoyunda meşrulaştırmak amacıyla başvuruya konu haberi kendi hesabının olduğu sosyal paylaşım siteleri üzerinden alıntılanarak paylaştığı, "*Bu çağrı hakkında değerlendirilmeli, bu işin sonu yok...! 'Öcalan devreye girerse olur diyorlar'*" şeklinde yorum yaptığı ve PKK silahlı terör örgütü mensuplarının ellerinde uzun namlulu silahlarının olduğu fotoğrafı paylaştığı belirtilerek terör örgütü ve örgütün elebaşısı yücelten ve öven, terör örgütünün şiddet ve tehdit içeren eylem ve faaliyetlerini meşrulaştıran paylaşımda bulunduğu ifade edilmiştir.

iv. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinde terör suçunun işlenmesine alenen teşviğin cezalandırılmasının öngörülmesi ve yakın tarihte verilen AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alındığında başvurucunun şiddeti teşvik eden ve bu yönde çağrıda bulunan, terörü, terörizmi ve terör örgütü elebaşısını öven ve yücelten eylemlerinin ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacağı belirtilmiştir.

v. Son olarak terörizmin global bir nitelik taşıdığı ve terör gruplarının talimatıyla ülke genelinde kamu düzenini ve güvenliği bozan eylemler gerçekleştirildiği bir dönemde -başvurucunun terörizmi öven, yücelten ve teşvik eden paylaşımı dikkate alındığında- başvuru hakkında hükmedilen hapis cezasının orantılı olduğu ifade edilmiştir.

137. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında, Bakanlık görüşünün taraflı biçimde yazıldığını ve başvuruya konu haber içeriği hakkında hiçbir değerlendirme içermediğini belirterek genel itibarıyla başvuru formundaki açıklamalarını tekrarlamıştır.



## 2. Değerlendirme

138. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun bu başlık altındaki iddialarının bütün hâlinde ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

139. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

*"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."*

*Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni[nin], ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir..."*

### a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

140. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

### b. Esas Yönünden

#### i. Müdahalenin Varlığı

141. Başvurucu, sosyal medya hesabında yaptığı yorumlu bir haber paylaşımı nedeniyle Mahkemece terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Dolayısıyla söz konusu mahkeme kararı ile başvurucaunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapıldığının kabul edilmesi gerekir.

#### ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

142. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

*"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ...aykırı olamaz."*

143. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

### (1) Kanunilik

144. Milletvekili olan başvurucaun hakkında, yaptığı bir sosyal paylaşım mesajı nedeniyle *3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrası* gereğince yargılama yapılmış; ilk derece mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmiş ve başvurucaun karara karşı istinaf kanun

yoluna başvurmuştur. İstinaf incelemesinin sürdüğü sırada başvuru 24/6/2018 tarihinde milletvekili seçilmiş ve hakkındaki yargılamanın Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca durması için dosyasının bulunduğu İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine başvurmuştur. Daire, başvurucuya *yüklenen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olduğunu* tespit ederek başvurunun yargılamanın durması talepleri ile birlikte istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar vermiştir. Başvurucunun kesinleşen cezası infaz aşamasında iken 7188 sayılı Kanun ile temyiz hakkı getirilmesi üzerine başvuru temyize başvurulmuş; temyiz incelemesini yapan Yargıtay, başvurunun yargılamanın durması talebi ile esasa ilişkin itirazlarını reddederek mahkûmiyet kararını onamıştır.

145. Böylelikle somut olayda başvurunun yaptığı bir paylaşım nedeniyle 2 yıl 6 ay hapis cezasıyla mahkûm edilmesinde derece mahkemelerince 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasına dayanıldığı ancak bunun yanında -Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan atıf sebebiyle- *Anayasa'nın 14. maddesinin* derece mahkemelerince yapılan yorumunun da yargılamaya devam edilmesine, başvurunun cezalandırılmasına ve dolayısıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleye imkân sağladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle her iki normun kanunilik şartlarını taşıyıp taşımadığının ayrı ayrı incelenmesinde yarar vardır.

146. Öncelikle belirtilmelidir ki Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasının, müdahalelerin kanuni dayanağı olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir (birçok karar içinden bkz. *Sırrı Süreyya Önder*, § 52; *Meki Katar*, § 43; *Candar Şafak Dönmez* [GK], B. No: 2015/15672, 5/11/2020, § 45).

147. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi eldeki başvuruda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği iddiasının incelendiği kısımda, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında aranan "*Anayasasının 14 üncü maddesindeki durumlar*" ibaresinin Anayasa'nın 14. maddesi ve ilgili kanunlar dikkate alındığında belirlilik ve öngörülebilirlik niteliğini sağlayıp sağlamadığını ayrıntılı biçimde incelemiş ve sonuç olarak müdahalenin kanunilik ölçütünü karşılamaması nedeniyle Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmış olan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (bkz. 73-134 §§). Bu çerçevede ifade özgürlüğüne yapılan müdahale bakımından da farklı sonuca varılmasını gerektirir bir neden olmadığı kanaatine varılmış ve yaptığı bir paylaşım nedeniyle başvurucuya *yüklenen suçun Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olduğu yönündeki tespit*in kanuni bir dayanağının olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

148. Bunun yanı sıra başvuruda sadece kanunilik ölçütünün değerlendirilmesi ile yetinilmesi ifade özgürlüğünün kapsamına ilişkin uygulamada yaşanan anayasal sorunların çözümü için tek başına yeterli olmayacaktır. Bu sebeple somut başvurunun koşullarında yasama dokunulmazlığına sağlanan güvencelerin meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine uygunluk ölçütlerini karşılayıp karşılamadığının tartışılmasına ihtiyaç bulunduğu değerlendirilmiştir.

## (2) Meşru Amaç

149. Başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın terör örgütü ve terörizme mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

### (3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygunluk

#### (a) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

150. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemde olduğunu daha önce pek çok kararında açıklamıştır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

#### (b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygun Olması

151. İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklere uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir (*Bekir Coşkun*, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007).

152. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, § 51). Somut olayda açıklanan ifadenin kişileri terör suçlarını işlemeye teşvik ettiğinin ortaya konulması hâlinde başvuruçunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı kabul edilebilir. O hâlde çözümlenmesi gereken mesele, derece mahkemelerinin başvuruçunun açıkladığı düşüncelerle kişileri terör suçlarının işlenmesine teşvik ettiğini ikna edici bir biçimde ortaya koyup koymadığı olacaktır.

153. Derece mahkemeleri, bireylerin fikirlerini ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir denge sağlamalıdır (*Bekir Coşkun*, §§ 44, 47, 48; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 58, 61, 66). Derece mahkemeleri söz konusu dengelemeyi yaparken ve ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını değerlendirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Şüphesiz kullanılan sözlerin bireylere, bir kamu görevlisine ya da toplumun bir kesimine karşı şiddete teşvik mahiyetinde olması durumunda kamu otoritelerinin ifade özgürlüğüne müdahale konusunda takdir marjları çok daha geniştir. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (*Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 57).

154. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değil onların takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi açısından uygunluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi bunu yaparken eldeki başvurunun koşulları ile beraber özellikle terörle mücadeleyle ilgili zorlukları da göz önüne almaktadır (*Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri*, § 76; *Candar Şafak Dönmez*, § 50).

### (c) Şiddete Teşvik

155. Anayasa Mahkemesi, eldeki başvurunun koşulları ile beraber özellikle terörle mücadeleyle bağlı zorlukları da gözönüne alacaktır. Terörizm olgusu insanlık tarihi kadar eskidir ve bugün ulusal sınırları aşarak toplum ve devlet hayatının üzerinde sosyal ve ekonomik bakımdan büyük çapta tahribatlara sebep olmaktadır. Herhangi bir amaca ulaşmak için propagandaya yönelik ses getirici eylemlerle insanların öldürülmesi, insanlara korku ve dehşet salınması olan terör; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini, özellikle temel bir hak olan yaşam hakkını ciddi bir şekilde tehdit etmektedir (*Meki Katar*, § 59; *Candar Şafak Dönmez*, § 59).

156. Terörizmin bukişsal bir tanımının yapılmasında kimi zorluklar bulunmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin asil görevi bir başvuruya konu olayın *terör suçu* kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmek değıildir. Bundan başka PKK örgütünün de hâlen son derece tehlikeli, güvenlik güçleri ile çatışmalara giren bir terör örgütü olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

157. Terör örgütleri ve destekçileri, görüşlerinin toplum içinde yayılmasını ve fikirlerinin kökleşmesini hedefler; bu amacın gerçekleşmesine yönelik her türlü vasıtaya başvurabilir. Terörün veya terör örgütlerinin propagandasının da söz konusu vasıtalarından biri olduğunda kuşku yoktur. Terör, başta ifade özgürlüğü olmak üzere demokratik toplumun tüm değerlerine düşmandır. Bu nedenle terörizmi, terörü ve şiddeti meşrulaştıran, öven ya da bunlara teşvik eden sözler ifade özgürlüğü kapsamında görülemez (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğçerleri*, § 79; *Ayşe Çelik*, § 43; *Sırrı Süreyya Önder*, § 61; *Candar Şafak Dönmez*, § 61).

158. Anayasa Mahkemesi daha önce *Zübeyde Füsun Üstel ve diğçerleri* kararında terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Türk hukukundaki görünümüne ilişkin bazı tespitlerde bulunmuştur. İlk olarak 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yapılan değıişiklik ile terör örgütünün propagandasını yapma suçu çok sayıda ve her türde ifadeyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilecek bir fiil olmaktan çıkarılmaya, terör örgütünün şiddet ve tehdit yöntemlerini meşru gösterme veya övme ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme şeklinde tanımlanarak suça hukuki belirlilik kazandırılmaya çalışılmıştır. İkinci olarak Yargıtay da Türk hukukunda terör ile bağlantılı her tür düşünce açıklamasının değıil yalnızca terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılmasının suç olarak kabul edildiğini pek çok kez ifade etmiştir (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğçerleri*, 115-118; bahsi geçen Yargıtay kararları için aynı kararda bkz. §§ 54-57).

159. İçinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan, çeşitli grupların şiddete başvurmaksızın ulaşmayı düşündükleri toplumsal veya siyasal hedeflere, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin düşünce açıklamaları -ideolojik ve katı olarak nitelendirilseler bile- terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Dolayısıyla sağ veya sol ideolojilere, anarşist ve nihilist akımlara, toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin -devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile- açıklanması, yayılması, aktif ve sistemli bir şekilde başkalarına aşılması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün koruması altındadır (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğçerleri*, § 81; *Ayşe Çelik*, § 44; *Candar Şafak Dönmez*, § 63).

160. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinin birinci paragrafında, terör suçunun işlenmesi için alenen teşvik düzenlenmiştir. Buna göre doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılmasının cezalandırılması hedeflenmektedir. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin *açıklayıcı raporuna* göre Sözleşme'nin temel özgürlüklerinin sınırlandırılması yönündeki muhtemel riskin dikkatli bir şekilde analiz edilmesi için AIHM'in Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulamasına ilişkin içtihatlarına ve *terörizmi övme ve terörizme teşvike* ilişkin ulusal hükümlerin uygulanması hususunda devletlerin deneyimlerine özel bir dikkat göstermek gerekmektedir (açıklayıcı rapor, § 88). Açıklayıcı raporda şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik teşkil edecek mesajlara yönelik belirli sınırlamaların Sözleşme'ye uygun olduğu hatırlatılmıştır (açıklayıcı rapor, § 91).

161. Açıklayıcı raporda ayrıca terör suçlarının işlenmesine dolaylı teşvik ile meşru eleştiri hakkı arasındaki sınırın nerede olduğu meselesinin önemine de değinilmiştir. Açıklayıcı raporda dolaylı teşvikin belirlenmesinde devletlerin belirli bir takdir yetkisi olduğu ifade edilmiş ancak bir eylemin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik etme olarak kabul edilebilmesi için eylem ile iletilmek istenen mesajın terör suçlarının işlenmesine kısırtmak niyetiyle ve terör suçlarının işlenmesini savunarak bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak şekilde kamuoyuna yayılmasının amaçlanması gerektiği ifade edilmiştir (açıklayıcı rapor, §§ 97-100). Terör örgütünün propagandasını yapma suçunda örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemleri belirli bir yoğunlukta savunularak başkalarına aynı davranışın gerçekleştirilmesi amaç edinilmektedir (*Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri*, § 119; *Sırrı Süreyya Önder*, § 63).

162. Anayasa Mahkemesi, daha önce pek çok kararında propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesinin başta ifade özgürlüğü olmak üzere anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeli olduğuna dikkat çekmiştir. Bu sebeple Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunun 100. maddesinde ifade edildiği gibi bir propaganda faaliyetinin cezalandırılabilmesi için olayın somut koşullarında belirli oranda tehlikeye neden olduğunun gösterilmesi uygun olacaktır (diğerleri arasından bkz. *Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri*, § 84; *Ayşe Çelik*, § 47; *Sırrı Süreyya Önder*, § 64; *Meki Katar*, § 53).

163. Terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşıklığı ve muğlaklığı söz konusu olduğunda düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamina bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır (bir milletvekilinin açık hava toplantısında terör örgütünün kurucusu lehine söylediği sözlerin değerlendirildiği bir karar için bkz. *Sırrı Süreyya Önder*, §§ 67-87; bir televizyon programında yapılan açıklamaların terör örgütü propagandası olduğu iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Ayşe Çelik*, §§ 49-51; içeriğinde terör propagandası yapıldığı ileri sürülen bir kitabın toplatılmasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 100, 101; içeriğinde terör propagandası bulunduğu iddia edilen bir gazete makalesinin değerlendirildiği bir karar için bkz. *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 64; bir basın açıklamasının terör örgütünün propagandasına dönüştüğü iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. *Mehmet Ali Aydın*, § 77).

#### (d) Somut Olayın Değerlendirilmesi

164. Somut olayda derece mahkemelerinin gerekçeleri incelendiğinde başvurunun mahkûmiyetinde "*örgüt mensuplarının silahlı fotoğrafının görsel olarak kullanılmasına*" ve "*örgütün cebir ve şiddet içeren eylemlerini meşru gösteren ve teşvik eden ifadeler içerdiği anlaşılan ve PKK silahlı terör örgütüne yayımlanan bir açıklamanın yer aldığı haberi*" paylaşmasına (bkz. §§ 15, 20) dayanıldığı anlaşılmaktadır. Başvurucu bu paylaşımı nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezasıyla mahkûm edilmiştir.

165. Öncelikle belirtmek gerekir ki -terör örgütleri veya mensupları tarafından yapılsa dahi- herhangi bir düşünce açıklaması bu açıklamanın içeriğinden, bağlamından ve nesnel anlamından bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulup kategorik olarak ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakılamaz. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde başvurunun cezalandırılmasına neden olan paylaşımına konu haberin ve yorumunun içeriğini, bağlamını değerlendirecektir.

166. Bahse konu sosyal medya paylaşımında bir haber sitesinin -hâlen erişim imkânı bulunan- bir haberinin paylaşıldığı ve söz konusu haber içeriğinde PKK'nın bir açıklama yayımladığına ve bu açıklamada "*Kürt sorununun*" çözümü için devletin adım atması ve oylama konusu yapılmaktan çıkarılması gerektiğinin, adım atılması hâlinde "*1 ayda barışın geleceğinin ve kardeşlik içinde çözüm özleminin gerçekleştirileceğinin*" belirtildiğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Ardından HDP Grup Başkanvekili İdris Baluken'in söz konusu açıklama hakkındaki "*çözüm sürecinin yeniden başlama umudu*" şeklinde görüşlerine yer verilen haberde ayrıca PKK'nın yaptığı açıklamada "*Dolmabahçe Mutabakatı'nın reddedilmesi ve örgüt lideri Abdullah Öcalan'ın tecritte olmasının eleştirildiği*" belirtilmiştir. Haberin devamında ise eski Başbakan Yardımcısı ve eski TBMM Başkanı Bülent Arınç'ın süreçte kendilerinin "*iyi niyetli*" olduğuna, buna karşın "*HDP ve Kandil'in çok kötü niyetli*" olduğuna ve bu nedenle sürecin devam etmediğine yönelik görüşlerine ayrıntılı biçimde yer verilmiştir.

167. Her ne kadar ilk derece mahkemesinin gerekçesinde "*internet sitesinde yazmış olduğu yazıyı*" denmiş ise de başvuruya konu haberi başvurunun yazmadığı, yalnızca paylaştığı açıktır. Diğer yandan haberde PKK'nın açıklaması aynen yayımlanmamış, yalnızca habercilik tekniği ile açıklama özetlenerek haber değeri olduğu düşünülen ve PKK'nın devlet yetkililerine çağrısına ilişkin kısmı alıntılanmıştır. Bundan başka haberde çözüm sürecinin aktörlerinden muhalif bir milletvekilinin açıklama hakkındaki görüşü ile Hükümetin çözüm sürecinde de rol almış bir mensubunun PKK'nın Kürt sorununun çözümüne ilişkin açıklamalarının samimi olmadığı yönündeki değerlendirmelerine de yer verilmiştir. Böylece başvuruya konu internet yazısında PKK terör örgütünün Kürt sorununun çözümüne ilişkin yeni bir süreç başlatılması yönündeki -Hükûmete yönelik- çağrısı haberleştirilirken konuyla ilgisi olduğu düşünülen Hükümetin ve muhalif bir siyasetçinin görüşlerine de ayrı ayrı yer verilmiştir.

168. Söz konusu haber (bkz. § 13) incelendiğinde haberde şiddete teşvik olarak yorumlanabilecek, doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açabilecek herhangi bir ifade bulunduğu tespit edilemediği gibi başvurunun söz konusu haberi paylaşma biçiminde ve haberi paylaşırken kullandığı cümlede şiddete teşvik olarak yorumlanabilecek herhangi bir ifadeye rastlanmamıştır. Başvurucu, söz konusu haberi ve haber içeriğinde yer alan açıklamayı kendi siyasi perspektifini de belli ederek "*Bu çağrı*

*hakıyla değerlendirilmeli, bu işin sonu yok..! 'Öcalan devreye girerse olur' diyorlar'* şeklindeki yorumuyla çözüm sürecinin (bkz. § 11) tekrar başlaması gerektiğine yönelik haberde yer alan açıklamanın ciddi biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekle yetinmiştir.

169. Bunun yanında başvurusunun *paylaştığı haberde* yer verilen fotoğrafın da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle söz konusu fotoğrafın başvurusunun seçimi olmadığı, paylaştığı haberde yer aldığı hatırlanmalıdır. İkinci olarak terör örgütünün üzerlerinde üniforma ve ellerinde silahlar bulunan mensuplarının bir fotoğrafının terör örgütünün *cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde* paylaşılmasının terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturacağına kuşku bulunmamaktadır. Buna karşın haberde yer verilen fotoğraf, somut olayda kullanıldığı haber içeriğinden bağımsız değerlendirilmemelidir. Diğer bir ifadeyle yukarıda yapılan açıklamalar ışığında haberde kullanılan dilde şiddete teşvik eden bir yön bulunmadığı gözönüne alındığında bahse konu fotoğrafın kullanılma amacının kullanılma biçimi ve bağlamıyla birlikte değerlendirildiğinde terör örgütünün *cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterme, övme ya da teşvik etmek değil -ulusal yayınlarda yaygın biçimde başvurulduğu gibi-* bir haber yapma tekniği olarak habere dikkat çekicilik ve inandırıcılık katmak olduğu söylenebilir. Zira haberde yer alan fotoğrafın henzerlerine ulusal yayın yapan yazılı ve görsel basın yayın organlarında sıkça yer verildiği görülmektedir.

170. İlk derece mahkemesi ve Yargıtay, mahkûmiyet gerekçesinde paylaşımın yapıldığı zamana da dikkat çekmiştir. Çoğu durumda bir açıklamanın yapılma zamanı açıklamanın bağlamının belirlenmesinde ve böylece düşünce açıklamasının şiddete teşvik olarak yorumlanıp yorumlanamayacağına kritik bir önemdedir. Bununla birlikte somut olayda başvurusunun *"bu paylaşımın çözüm süreci bittikten çok sonra"*, *"devlet güçlerinin ülkenin güneydoğu bölgesinde terörle mücadelesinin sürdüğü dönemde"* (bkz. § 15) ve *"hendek olaylarının sona ermesinden sonra"* söz konusu paylaşımı yapmış olmasının paylaşımı hangi surette terör örgütlerinin *cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde* propagandasının yapılması olarak yorumlanmasına neden olduğu açıklanmamıştır.

171. Gerçekten de gerek PKK'nın açıklamasının ve T24 internet sitesinin haberinin gerekse başvurusunun paylaşımının güvenlik güçlerinin terör örgütü ile yürüttükleri silahlı mücadelenin yoğunlaştığı bir dönemin ardından yapıldığı anlaşılmaktadır. Demokratik açılım sürecinin ardından şiddetli bir çatışma dönemine girilmiş ve başvuruya konu açıklamanın yapıldığı tarihe kadar gelen hendek olayları olarak isimlendirilen süreçte güvenlik güçleri terör örgütünün etkinliğini önemli ölçüde kırmıştır (bkz. § 11). Terör örgütünün başvuruya konu açıklaması tam bu dönemde yayımlanmıştır.

172. Haberin *"PKK, Kürt sorununda gelinen aşamayı ve bundan sonraki süreci değerlendirdiği bir açıklama yayımladı. Açıklamada, Kürt sorununun çözümü için devletin adım atması gerektiği ve adım atılması halinde 1 ayda barışın geleceği öne sürüldü. Açıklamada, Kürt sorununun araçsallaştırma ve oylama konusu yapılmaktan çıkarılması halinde Türkiye'deki halklarla kardeşlik içinde çözüm özleminin gerçekleştirileceği ifade edildi."* biçimindeki üç cümleden ibaret olan ilgili kısmında şiddete çağrı bulunmadığı anlaşılmaktadır.

173. Dolayısıyla gerek söz konusu haberin içeriği yönünden ve gerekse başvurunun paylaşımının zamanlaması yönünden terör suçlarının işlenmesine kışkırtmak ve terör suçlarının işlenmesini savunmak amaçlarının bulunduğu, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açtığı söylenemez. Böyle bir haber ve paylaşımın terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı ne surette teşvik ettiği derece mahkemelerinin gerekçelerinde gösterilebilmiş değildir.

174. Yargıtay ise başvurunun sosyal medya paylaşımında PKK terör örgütüne yayımlanan bir açıklamanın yer aldığı habere link vermesini "*açıklamanın sahiplenilmesi*" ve "*PKK terör örgütünün meşru gösterilmeye çalışılması*" olduğunu kabul etmiştir. Yargıtaya göre terör örgütüne yayımlanan bir açıklamanın yer aldığı haberin paylaşılmasında "*örgütün siyasi veya sosyal etkinliğini artırmak, sesinin kitlelere duyurulmasını sağlamak, örgütün başa çıkılması imkansız bir güç olduğu ve amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturmak, halkın örgüte sempatisini artırmak ve aktif desteğini sağlamak*" amacı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir açıklamanın şiddete teşvik olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesi için yukarıda değinilen kararlarında ifade edilen kriterler somut olayla hiçbir bağlantı kurulmadan ve öngörülen amacın dışında kullanılarak başvurunun cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

175. Önemle belirtmelidir ki bir terör örgütünün siyasi veya sosyal etkinliğini artırdığından, sesinin kitlelere duyurulmasını, halkın örgüte sempatisini ve aktif desteğini sağladığından bahisle bir düşünce açıklamasına müdahale edilebilmesi için açıklamanın doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine de yol açması, şiddet yollarına başvurmayı veya kanlı eylemleri tavsiye etmesi, terör eylemleri yapılmasını haklılaştırması ve belli kişilere karşı derin ve akıl dışı bir kin saikiyle şiddet yoluna başvurmayı teşvik etmesi gerekir. Buna karşılık Yargıtay kararında bu konuda bir değerlendirme yapılmadığı gibi hâlen yayında olan başvuruya konu haberin paylaşılmasının hangi surette örgütün başa çıkılması imkânsız bir güç olduğu veya örgütün amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturduğuna ilişkin de bir belirlemede bulunulmamıştır.

176. Yargıtayın gerekçesi bağlamında ilk olarak, herhangi bir açıklamanın sırf yasa dışı bir örgüte ait olmasının ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi otomatik olarak haklı göstermeyeceğinin altı çizilmelidir. Bunun sebebi şiddete teşvik edici olmayan bu tür açıklamaların ülkede yürüyen siyasi tartışmaların bir parçası olma ihtimalidir. Siyasi tartışmaların kısıtlanması ve engellenmesi ise demokratik bir toplumun varlığını imkânsız hâle getirir. Oysa demokrasi, terör eylemleri yapmayı ve şiddete başvurmayı övücü veya kanunlara aykırı davranmayı teşvik edici olmadığı sürece her türlü haber ve görüşün açıklanabilmesine imkân verir.

177. Türkiye kırk yılı aşkın bir süredir başta PKK terör örgütü olmak üzere pek çok terör örgütünün neden olduğu sancılı süreçlerden geçmektedir. Terör tehlikesi bu süreç boyunca her zaman siyasetin ve kamuoyunun öncelikli konusu olmuştur. Bu sebeple demokratik bir toplumda haber niteliği taşıdığından kuşku bulunmayan, kin ve düşmanlığı tahrik olarak değerlendirilemeyecek olan başvuruya konu açıklamayı ve benzeri açıklamaları herkesin bilmeye hakkı vardır. Yalnızca toplumsal ve siyasal sorunlara değil aynı zamanda devletin terör örgütleriyle haklı mücadelesinin kapsamına ve terörün neden olduğu şiddet sarmalının arkasındaki saik ve motivasyonun bilinmesine ilişkin bilgilerin açıklanması ve yayılması çabalarının da ifade özgürlüğünün kapsamında bulunabileceği gözardı edilmemelidir.



178. Yargıtayın gerekçesi bağlamında ikinci olarak özellikle ülkemizin güneydoğusunda yoğunlaşmakla birlikte başta büyük şehirler olmak üzere hemen her bölgede geçmişte görülen ve gelecekte görülecek tehlikesi bulunan terör eylemleri nedeniyle güvenlik durumunu kötüleştirebilecek açıklamalara ve eylemlere müsamaha gösterilmesi düşünülemez. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ifade edildiği gibi Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemektedir. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına hem bireyler hem de basın için geçerli olan bazı görev ve sorumluluklar getirmektedir (*Erdem Gül ve Can Dundar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; *Hakan Yiğit*, § 50). Bu nedenle devlete karşı şiddet kullanma yoluna giden terör örgütlerinin veya bunların üye ya da yöneticilerinin görüşleri yayımlanırken medya özenle hareket etmelidir.

179. Basının kendisi için konulmuş sınırlamalara uyması gerekmesine rağmen toplum ve devlet hayatını ilgilendiren meselelerde bilgi vermesinin bir demokrasinin düzgün bir şekilde işleminin sağlanmasına ilişkin temel görevi bağlamında bir zorunluluk olduğu da hatırdan tutulmalıdır. Basının anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra halkın da bunları almaya hakkı vardır (*İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, §§ 56-58, 82; *Nihat Özdemir* [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, §§ 45-47, 57, 58). Basın özgürlüğü, kamuoyunun ilgisinde olan kişilerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve terör gibi kamuoyunu yakından ilgilendiren meselelere ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır. Her durumda şiddet tehlikesinin baş göstermesinin söz konusu olduğu durumlarda basın özgürlüğü ve kamuoyunun bilgilendirme hakkı ile güvenliğin sağlanmasının gerekleri arasında dikkatli bir denge kurmak özel önem arz eder.

180. Buna karşın yukarıdaki değerlendirmelerin ve dengelemenin hiçbirini yapılmadan -içinde şiddete tahrik olarak yorumlanabilecek ifadeler geçmeyen bir açıklamanın yer aldığı- somut başvuruya konu haberin paylaşılmasına, açıklamanın sırf yasa dışı bir örgüte veya bir suçluya ait olduğundan bahisle açıklamanın sahiplenilmesi olarak nitelendirilip müdahale edilmesi ifade özgürlüğünün ihlalinin oluşturmıştır. Haber niteliği olduğu yönünde tereddüt bulunmayan terör örgütüne ait bir açıklamanın üstelik karşıt siyasetçilerin görüşleri ile birlikte haberleştirilmesinin terör örgütünün meşru gösterilmeye çalışılması olarak kabul edilmesi basının temel görevlerini yerine getirmesini ve haberciliği imkânsız kılacaktır.

181. Yargıtayın gerekçesi bağlamında üçüncü olarak belirtmek gerekir ki devlet yetkilileri veya toplumun büyük çoğunluğunca hoş karşılanmaması, ifade ve basın özgürlüklerinin kapsamında olduğunda şüphe bulunmayan ve süregelen durumlarla ilgili olarak toplumu farklı bir perspektiften bilgilendiren haberlere ve düşünce açıklamalarına yapılan müdahaleleri haklı göstermek için tek başına yeterli kabul edilemez. Kamu gücünü kullanan organlar ve mahkemeler -başvuruya konu haberde yer alan görüşler şiddete teşvik olarak vasıflandırılmayacağı için- benzer haber ve açıklamaları ulusal güvenliğin korunması, suç ve asayişsizliğin önlenmesi gibi amaçları gerekçe göstererek yaptırıma bağlamak suretiyle halkın bu hususlarda haber alma hakkını kısıtlamamalıdır.

182. Başvurucu, ulusal ölçekte yayın yapan bir internet haber sitesinde daha önce yayımlanmış bir haberi yalnızca paylaşması nedeniyle cezalandırılmıştır. Mevcut başvurudaki paylaşımın yapıldığı tarihte başvuruya konu edilen PKK terör örgütünün açıklamasının zaten halka açıklanmış olduğu gözardı edilmiştir. Bu habere ilişkin olarak herhangi bir soruşturma başlatıldığı veya tedbire başvurulduğu da tespit edilememiştir.

Paylaşılması dolayısıyla başvurunun cezalandırıldığı haber hâlen yayındadır. Dolayısıyla yayımlandığı 2016 yılından beri haberin hiçbir suçlama ile karşılaşmadığı da gözetildiğinde mahkemelerin başvurunun cezalandırılmasına ilişkin amaçlarında varsaydıkları durumların esasında bulunmadığı anlaşılmaktadır.

183. Somut olayda ilk derece mahkemesi (bkz. § 15) "*paylaşımın içeriği ve yayındaki görseli*", Yargıtay 16. Ceza Dairesi ise (bkz. § 20) "*örgütün cebir ve şiddet içeren eylemlerini meşru gösteren ve teşvik eden ifadeler içermesini*" dikkate alarak başvurucuyu mahkûm etmiştir. Derece mahkemeleri ve Yargıtay terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren, öven ya da teşvik eden ifadelerin neler olduğunu somut biçimde belirtmemiş; açıklamanın gerçek etkilerinin neler olduğunu dikkate almadan sırf bir terör örgütü tarafından yapılmış olması nedeniyle içeriğinden bağımsız ve kategorik olarak terör örgütünün propagandasını yapma suçunun oluştuğu kanaatine varmıştır.

184. Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında derece mahkemeleri ve Yargıtayın başvurunun terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûmiyetinin *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca karşılık geldiğini ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koyduğunu* kabul edilmesi mümkün olmamıştır.

185. Bu itibarla başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

### **C. Başvurucunun Diğer İddiaları**

186. Başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetlerinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

### **D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden**

187. 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

*"(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...*

*(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

188. Başvurucu; ihlalin tespiti, yeniden yargılama, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi taleplerinde bulunmuştur.

189. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğul Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

190. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönüşmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

191. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemlerden, yargısal işlemlerden veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (*Mehmet Doğan*, § 57).

192. Mevcut başvuruda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden ulaşılan ihlal 24/6/2018 tarihinde yapılan 27. Dönem Milletvekili Genel Seçimi'nde milletvekili seçildiği hâlde başvuru hakkında derdest bulunan ceza davasında yargılamaya devam edilmesi ve ardından mahkûmiyet kararı verilmesinden, ifade özgürlüğü yönünden ulaşılan ihlal ise derece mahkemelerinin başvurucuya terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezası verilmesinden kaynaklanmıştır.

193. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamaya yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder.

194. Anayasa Mahkemesi *Kadri Enis Berberoğlu (3)* (aynı kararda bkz. § 98) kararında ihlal kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi usulü üzerine bazı açıklamalarda bulunmuştur. İhlal kararı üzerine, devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere derece mahkemelerince gerçekleştirilmesi gereken yargısal işlemlerin bütününe 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinde "*yeniden yargılama*" denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yapılmasına hükmettiği *yeniden yargılama* kurumu usul kanunlarındaki *yargılamanın yenilenmesi* kurumundan farklı olup aşağıda sayılan bazı özellikleri gösterilmiştir:

i. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırması için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi hâlinde ilk derece mahkemesi taraflarca başvuru yapılmasını beklemeksizin yeniden yargılamaya ilişkin işlemleri başlatmak zorundadır (*Aliğul Alkaya ve diğerleri (2)*, § 58; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 134).

ii. Yeniden yargılama yapılması kararı kendisine ulaşan derece mahkemesinin yeniden yargılama sebebinin varlığı hususunda herhangi bir takdir yetkisi olmadığı gibi yeniden yargılama yapılacak hâllerde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak bir kabule değerlik incelemesi aşaması da bulunmamaktadır (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 58; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 134).

iii. Zira 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasının "*tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir*" biçimindeki birinci cümlesi uyarınca Anayasa Mahkemesi ihlal kararı ile birlikte yeniden yargılama yapılmasına bizzat karar vermektedir.

iv. Bu sebeple dosyanın yeniden yargılama yapmak üzere kendisine gönderildiği derece mahkemesinin yeniden yargılama yapılması yönünde karar alması gerekmez, derece mahkemesi doğrudan yeniden yargılama işlemlerini başlatır (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 59; *Kadri Enis Berberoğlu (2)*, § 135).

v. Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama yapılmasına karar vermesi muhakkak duruşma açılması gerektiği şeklinde anlaşılabilir. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasının "*yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir*" biçimindeki son cümlesi uyarınca Anayasa Mahkemesince tespit edilen ihlalin giderimi, işin niteliğine ve ihlalin giderimi için Anayasa Mahkemesinin yapılmasını istediği işlemlerin çeşidine veya ilgili yargı yolunun imkân ve zorunluluklarına göre dosya üzerinden yargısal işlemlerin yapılması biçiminde olabileceği gibi yargılamanın duruşma açarak yeniden yapılması şeklinde de olabilir. Hangi yöntemle ihlalin sonuçlarının giderileceği belirlenirken elbette ihlalin niteliği nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 59).

vi. Kural olarak ilgili merci ihlal kararının niteliğini dikkate alarak bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekenleri kendisi takdir edebilir. Ancak 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin "*İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.*" biçimindeki (1) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi ihlal kararı ile birlikte ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmetmiş ise ilk derece mahkemesi veya kamu gücünü kullanan organların "*yapılması gerekenlerin*" gerekliliği veya yerindeliliği konusunda bir takdir payı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbiri veya yöntemi açıkça gösterdiğinde ilgili merci bunun gereklerini yapmak zorundadır (*Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, § 82; *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 60).

vii. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bir ihlal kararı kendisine ulaşan mahkemenin anayasal ve yasal yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının *uygunluğunu* veya *yerindeliliğini* sorgulamak değil *ihlalin sonuçlarını gidermek* üzere ilgili usul hukukunun imkân ve gereklilikleri çerçevesinde yargısal işlemlere başlamaktır (*Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri [GK]*, B. No: 2017/22355, 26/12/2019, § 102; *Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 57).

viii. Son olarak 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin Anayasa Mahkemesince belirleneceği ifade edilmiştir. Zira kurala göre ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasına karar verildiğinde dosya *ihlale neden olan kararı veren mahkemeye değil ilgili mahkemeye* gönderilmelidir. Bu sebeple somut başvurunun koşullarını, ihlalin niteliğini, ihlal nedeniyle meydana gelen ve ortadan kaldırılması gereken sonuçlara göre Anayasa Mahkemesi yeniden yargılamayı yapacak olan mahkemeyi ilgili usul hukukunun kurallarını da gözeterek belirleme yetkisini haizdir (*Kadri Enis Berberoğlu (3), § 98*).

195. Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde Anayasa Mahkemesinin ihlal kararını gönderdiği ilk derece mahkemesinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile ifade özgürlüğü ihlallerinin giderimi için yapması gereken zorunlu işlemler şunlardır:

- i. Yeniden yargılama işlemlerine başlanması,
- ii. Mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ve ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması,
- iii. Başvurucunun hükümlü statüsünün sona erdirilmesi,
- iv. Yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi (aynı yöndeki karar için bkz. *Enis Berberoğlu (3), §§ 99, 100, 140*).

196. Bu bağlamda ayrıca başvurunun yasama dokunulmazlığı kaldırdığı takdirde devam olunacak *yeniden yargılamada* ifade özgürlüğü bakımından Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesi gerekmektedir.

197. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

198. Diğer taraftan mevcut başvuruda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden ulaşılan ihlal, yasama dokunulmazlığına ilişkin olarak Cumhuriyet savcılıklarının veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân verecek açıklıkta bir Anayasa veya kanun hükmünün bulunmamasından kaynaklanmıştır.

199. Anayasa'nın 14. maddesindeki *durumlar* kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle yetkili adli makamlarca yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti yönteminin hukuk alanında etkin bir şekilde uygulanabilmesi için gerek 14. maddedeki *durumlar* kapsamına giren suçların belirlenmesi ve gerekse de usul ve esasa ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistemin kurulması konusunda takdir yetkisi yasama organına aittir.

200. Bununla birlikte böyle bir kanunun çıkartılmaması anayasal bir boşluk meydana getirmeyecektir. Zira Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan dokunulmazlıkların Meclisçe kaldırılması usulünün tüm suçlar yönünden uygulanması mümkündür.

201. Bu itibarla başvurunun yargılama sırasında milletvekili olması, başvuruya konu olayın dokunulmazlığın istisnalarından birini oluşturması ve Anayasa Mahkemesi kararının bu konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

202. Öte yandan somut olayda ihlalin tespit edilmesinin başvurunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 30.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

203. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

204. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 852,20 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 4.452,20 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

## VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurunun yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ile yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi şeklindeki işlemlerin yerine getirilmesi için Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/490, K.2018/80) GÖNDERİLMESİNE,

D. Kararın bir örneğinin bilgi için Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucuya net 30.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

F. 852,20 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 4.452,20 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 1/7/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan  
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili  
Kadir ÖZKAYA

Üye  
Engin YILDIRIM

Üye  
Hicabi DURSUN

Üye  
Celal Mümtaz AKINCI

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
M. Emin KUZ

Üye  
Rıdvan GÜLEÇ

Üye  
Recai AKYEL

Üye  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye  
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye  
Selahaddin MENTEŞ

Üye  
Basri BAĞCI

Üye  
İrfan FİDAN

## FARKLI GEREKÇE

Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fırcasında yer alan ve suç soruşturma ve kovuşturmasına devam noktasında milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasının gerekmediği iki halden bir tanesi olan “Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumların” hangi suçlara tekabül ettiğine dair yasama tarafından bir belirleme yapılmamış olmasına rağmen hükmün bu haliyle de soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından uygulanabilir olduğunu değerlendirmekteyiz.

Şüphesiz yasamanın konuya müdahil olarak belli kriterler dahilinde 14 üncü maddenin kapsamına hangi suçların girdiğine dair bir liste ihdas etmesi belirlilik ve öngörülebilirlik açısından daha olumlu bir seçenek olacaktır.

Ancak bu belirlemenin yargı kararlarıyla yapılması kısmi bir belirsizliğe neden olsa da bu durum içtihatların oluşturulması aşamasına yönelik dönemsel bir belirsizlikten öteye geçmeyecektir.

Diğer taraftan Anayasa hükmünün muhtevassından kaynaklanan belirsizliklerin oluşturduğu zorluklar yasama organı açısından da geçerlidir. Yapacağı her türlü belirleme anayasal düzeyde tartışmalara konu olabilecektir.

Anayasayı nihai olarak yorumlamak Anayasa Mahkemesinin yetkisinde olmakla birlikte, bir çok makam kurul, organ ve kişi Anayasa hükümlerini kendi görev alanlarıyla ilgili olarak yorumlamak ve uygulamak durumundadırlar. Yargılama mercilerinin de gerektiğinde bu yorumu yapmaları gayet doğaldır.

Öte yandan, anayasa hükümlerinin özellikleri gereği kanunlara kıyasla daha genel düzenlemeler olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Onların bu nitelikleri hükümlerinin uygulanmama gerekeşi olmamalıdır.

Konuyu aşağıdaki şekilde örneklendirmek mümkündür:

Somut olayda inceleme konusu kapsamında olmadığı için üzerinde değerlendirme yapılmayan “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” durumu ilk bakışta daha belirgin ve rahat uygulanabilir bir hüküm gibi gözükmeyle birlikte, içeriğinde bir çok müphem noktayı da barındırmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda suçüstü hali tanımlanmış olmakla birlikte bunun ağır cezayı gerektiren versiyonu belirgin değildir.

Özellikle 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ile ağır hapis yaptırımı mevzuatımızdan çıkartılmıştır. Buna bağlı olarak ağır hapis cezasını gerektiren fiiller bu kapsamdadır denilme imkânı da ortadan kalkmıştır.

Ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar ağır cezayı gerektiren suçüstü kavramına dahildir şeklinde ki bir kabulde de bir takım belirsizlikler olacaktır. Avukatların görevleri nedeniyle işledikleri her türlü suçun yargılmasının ağır ceza mahkemelerinde yapılacağı dikkate alındığında suçüstü hükümlerinin geçerli olduğu her suç ithamı avukatlar açısından ağır cezayı gerektiren bir suçüstü hali olarak değerlendirilebilecektir.



Dile getirilen bu belirsizlikler söz konusu hükmün uygulanmasında bir takım zorluklar ortaya çıkartsa da, bu durum Anayasanın bu hükmünün uygulanmama gerekçesi olamaz. Somut olay temelli gidildiğinde adam öldürme suçu gibi bir eylemin ağır cezaı gerektiren suçüstü hali kapsamında kalacağı hususu her türlü tereddütten varestedir.

Anayasanın 14 üncü maddesine hangi suçların gireceği noktasının belirginleşmesinde de yargı kararlarının belirleyici olacağında bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira içtihat hukukunun ağırlıklı olarak uygulandığı sistemlerde de ceza hukukunun çok önemli kavramlarındaki belirginleşme yargı kararlarıyla sağlanmaktadır.

Benzer bir uygulama ülkemiz açısından da söz konusudur. Bilindiği gibi bir oluşumun terör örgütü olarak kabul edilmesi noktasında yasal olarak belirlenmiş bir usul bulunmamaktadır. Yıllardır kabul edildiği haliyle, bir oluşuma terör örgütü nitelendirmesinin yapılması yargı kararlarıyla olmaktadır.

İlk yargı kararı verilene kadar terör örgütü kabul edilmeyen bir oluşumun faaliyetlerine iştirak eden kişiler açısından kısmi ve dönemsel bir belirsizlik hatta öngörülemezlikten bahsedilse de bu durum oluşan ilk içtihatla birlikte ortadan kalkmaktadır.

Bu noktada önemli olan husus, içtihatların üzerine inşa edilebileceği asgari bir kanuni alt yapının mevcut olması gerekliliğidir.

Anayasanın 14 üncü maddesine bakıldığında, söz konusu uygulamaya temel teşkil edecek yeterlilikte yasal bir takım kıstasların bulunduğu açıktır.

Öncelikli olarak isnat edilen suçların soruşturmasına seçimlerden önce başlanılmış olması somut ve öngörülebilir bir kıstastır. Bunun yanında bu unsur ilgililerine objektif bir güvence de sağlamaktadır. Kötü niyetli olarak, milletvekili seçilme ihtimali bulunan bir kişiyi elimine etmek için ön alınarak seçim öncesi 14 üncü madde kapsamında bir soruşturma başlatılması ihtimal dahilinde olmakla birlikte hayatın doğal akışına göre çok mümkün gözükmemektedir.

İkinci önemli bir kriter ise soruşturma konusu faaliyetlerin Anayasanın 14 üncü maddesinde tanımlanan durumlarla ilgili suç nitelendirmeleriyle alakalı olma gerekliliğidir.

14 üncü madde kapsamında dile getirilen durumların milletvekili dokunulmazlığının etkisiz kılınması bağlamında bir değerlendirme ihtiva ettiğinden “durumlar” tabirinin bu bağlamda suçlara tekabül ettiğinde bir tereddüt bulunmamaktadır.

Madde muhtevası da bir takım suçları önceleyen bilgiler ihtiva etmektedir. Bu suçların devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozan ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyet vasfında olduğu aşıkardır.

Dahası anayasa koyucunun düzenleme içeriğinde “fiil” veya daha önceki halinde yer alan haliyle “eylem” yerine “faaliyet” tabirini tercih etmesi, isnatlara konu olabilecek maddi vakıaların bir yoğunluk eşğine ulaşması gerekliliğini de göstermektedir.

Yapılan bu değerlendirmeler çerçevesinde Anayasanın 14 üncü maddesinin uygulanması açısından yasamanın konuya müdahil olmasının mutlak bir gereklilik olmadığı,

konunun yargı kararlarıyla da belirginleştirilmeye müsait olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Aksi bir düşünce ile yargının bu fonksiyonu yerine getiremeyeceğini iddia etmek ve yasanın konuya müdahil olmasını beklemek, Anayasanın 14 üncü maddesinin yasama tarafında yapılacak düzenlemeye kadar uygulanamayacağı anlamına gelecektir.

Bu kabul, görevi Anayasanın lafzı ve ruhuyla uygulanmasını temin etmek olan Anayasa Mahkemesinin varlık sebebiyle de örtüşmeyecektir. Dahası bu durum Anayasanın üstünlüğü ilkesine de sekte vuracaktır.

Diğer taraftan Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının 14 üncü maddeye yaptığı göndermenin hayatiyet kazanması için yasa koyucunun düzenleme yapmasını mutlak manada gerekli kılan bir Anayasa hükmü de mevcut değildir.

Çoğunluk tarafından bu duruma gerekçe olarak gösterilen Anayasanın 14 üncü maddesinin son fıkrası ile 67 nci maddenin üçüncü fıkraları, doğrudan dokunulmazlığın istisnalarının belirlenmesiyle ilgili değildir. 14 üncü maddenin son fıkrası, maddede belirlenen durumlara aykırı faaliyetlerin müeyyidelendirilmesinde kanuniliğe işaret etmektedir. 67 nci maddede ise seçme ve seçilmeye ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması emredilmektedir.

Çoğunluğun görüşünün, kanuni bir düzenleme yapılmasına kadar Anayasanın 14 üncü maddesi kapsamına girme ihtimali bulunan her itham için dokunulmazlığın kaldırılması yolunun işletilmesi şeklinde yorumlanması daha büyük hukuki sorunların çıkmasına neden olacaktır.

Diğer taraftan anayasa koyucu, bir çok ülkede mevcut olmayan, Anayasanın 14 üncü maddesinde yer alan durumlarla ilgili istisnayı getirirken dokunulmazlık kurumunun sağladığı korumadan ilgisinin yararlandırılmaması konusunda bilinçli bir tercih yapmıştır. Bu tercihin hayata geçirilmesi sırasında makul bir takım kriterlerin belirlenmesi mümkün olmakla birlikte bunların alternatif bir dokunulmazlık oluşturacak düzeye getirilmesi anayasa koyucunun bu tercihi ile de örtüşmeyecektir.

Anayasanın 14 üncü maddesine 2001 yılında son hali verilirken maddenin özellikle ikinci fıkrasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17 nci maddesiyle uyumlu hale getirilmesi murat edilmiştir. Maddenin söz konusu kısmı hak ve özgürlüklerin yorumlanması ile alakalıdır. Maddenin eylemlere dair ve dolayısıyla suç olgusuyla daha çok ilişkili olan kısmı birinci fıkradaki düzenlemelerdir. Yargı kararlarının ağırlıklı olarak birinci fıkra ile düzenlenen konulara dair değerlendirme yapma eğilimi bu anlamda kendi içerisinde bir tutarlılık göstermektedir.

Kaldı ki Anayasanın 14 üncü maddesinin muhtevassından hareketle uygulanmasının mümkün olduğu ve düzenlemenin somut olay bazlı değerlendirmelere imkan sağladığı aşikardır.

Başvuruya konu edilen olay bağlamında konu değerlendirildiğinde; şiddete teşvik unsuru ihtiva etmeyen, faaliyet boyutuna dahi ulaşmayan ve Anayasanın 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen bir hakkın kullanılmasını veya öngörülenden daha geniş bir şekilde sınırlandırılması sonucunu da doğurmayan düşünce açıklaması niteliğindeki bir fiil, terör örgütü propagandası olarak nitelendirilerek 2 yıl 6 ay hapis ile cezalandırılmıştır.

Başka bir haber sitesinden alıntılanan bir habere yapılan kısa bir yorum niteliğindeki eylem Anayasanın 14 üncü maddesinde yer alan ve manasında belirli bir yoğunluk düzeyini de ihtiva eden “faaliyet” boyutuna dahi ulaşmamış, tek bir fiil düzeyinde kalmıştır.

Bu bağlamda somut olayda kanunilik unsuru gerçekleşmemiş olduğundan çoğunluğun ulaştığı sonuca bu gerekçelerle iştirak edilmiştir.

Üye  
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye  
Basri BAĞCI

Üye  
İrfan FİDAN