

# **HUKUK**

## **HALİT ÇELENK**

İlk baskı: Süreç, Mart 1986

İnternet edisyonu: Ocak 2014



## İÇİNDEKİLER

1-GİRİŞ .....	5
2-NİTELİK VE AMAÇ .....	6
Devlet nedir?	
Hukukun önemi	
Hak ve özgürlük kavramları	
3-DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ .....	13
4-141 ve 142. MADDELER .....	20
Maddelerin kökeni	
Düşünce mi, eylem mi?	
Devletin korunması	
Zor ögesi	
Uygulamalar	
Zor ögesi üzerine düşüncelerimiz	
5-İNSAN HAKLARI VE 141 - 142. MADDELER .....	37
141. maddede ölüm cezası	
Hukuka aykırı uygulamalar	
Töb-Der davası	

6- "GÜÇLER AYRILIĞI" İLKESİ BİR KENARA İTİLİYOR .....	54
Yürütme yargıyı yönlendiriyor	
Yargı yürütmeye yol gösteriyor	
Savunma hakları kısıtlanıyor	
7-146. MADDE .....	62
146. maddenin uygulaması	
Uygulamadaki yanlışlar	
146. maddede "cebir" konusu	
TCK'nun 146. maddesini ne şekilde anlamak gerekir?	
146. maddenin ikinci ögesi de "teşebbüs"tür	
İcraya başlama koşulu	
Elverişli vasıta koşulu	
Örnek bir karar	
Bir başka örnek	
Çifte standart uygulaması	

## GİRİŞ

Ülkemize bir bakıma “Olağanüstü dönemler” ülkesi denilebilir. Her on yılda bir olağan dönemler kesintiye uğramakta ve olağanüstü dönemler başlamaktadır. Bu dönemlerde de en çok uygulama gören yasa maddeleri Ceza Yasası'nın 141-142. ve 146. maddeleri olmaktadır.

Bilindiği gibi, 141-142. maddeler “Düşünce”yi cezalandıran maddelerdir. Cezaları arasında ölüm cezası da bulunan bu maddelerle hukukumuzda “Düşünce suçu” kavramı girmiş ve yerleşmiştir. Yani maddeler kimi hallerde düşünce suçuna ölüm cezası vermektedir. Düşünce suçu sözleri Yüksek Yargı organlarının kararlarında bile yer almış ve kullanılmıştır. Gerçekte “Düşünce” kavramı ile “suç” kavramı birbirleriyle bağdaşmaz kavramlardır. “Düşünce suçu” sözleriyle Demokrasi ve İnsan Hakları'nın bağdaşmadığı gibi. Ama gerçek bu olsa da ortada bir olgu vardır. Anayasa'da bir yandan düşünce açıklama özgürlüğü yer alırken öte yandan da 141-142. maddelerin amacı doğrultusunda hüküm ve sınırlamalara yer verilmiştir. Bu açık ve barışmaz bir çelişkidir. Bu açıdan demokrasimize “141-142'li demokrasi” denilebilir.

Okuyucuya sunduğumuz bu kitapçıkta, genel olarak Hukuk üzerindeki düşüncelerimizi açıkladıktan sonra, geçtiğimiz yıllarda en çok uygulama gören Ceza Yasası'nın 141-142. ve 146. maddeleri üzerinde özet olarak bilgi vermeye çalıştık. Özellikle maddelerin uygulanış biçimlerini ve bize göre uygulama yanlışlarını açıklamaya çaba gösterdik. 12 Mart öncesinde, sonrasında ve 12 Eylül döneminde maddelerin değişik uygulamaları olmuştur. Yargı organları maddelerin öğeleri üzerinde başka başka yorum ve değerlendirmeler yapmışlardır. Ancak bu uygulamaları, bunların örneklerini bu küçük kitabın sayfalarına sığdırmak olanağı bulunmadığı için açıklamalar sınırlı kalmıştır.

141-142. ve 146. maddelerle bunların uygulanış biçimi üzerinde okuyucuya, özet olarak da olsa, bir açıklama yapabildiysek, kendimizi mutlu sayacağız.

## NİTELİK VE AMAÇ

Hukuk, üzerinde çok tartışılan, her gün değişik biçim ve görüntüler altında karşımıza çıkan bir konu. Gün geçmez ki, yeni bir yasa, bir dava, bir tutuklama, bir seçim, bir toplantı, bir yürüyüş, bir grev, bir lokavt, bir mal sahibi - kiracı anlaşmazlığı, bir işkence, bir dernek ya da sendikanın kapatılması, bir görevden uzaklaştırma olayı, bir işten çıkarma, bir boşanma, bir miras ve benzeri olayla karşılaşmayalım. Bu tür olayların hepsi hukuk'u ilgilendirir. Kısaca söylemek gerekirse yaşamımızın her adımında karşımıza hukuk kuralları çıkar.

İnsan ve toplumu bu kadar yakından ilgilendiren, kişisel ve toplumsal yaşamı her yönü ile içine alan ve adına "*Hukuk*" denilen şey nedir?

İlk bakışta hukuk, insanlara "*yaptırımlı (müeyyideli) bir kurallar toplamı*" olarak görünür.

Bireylerin bireylerle, bireylerin devletle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar toplamı. Bu görüntü, gerçeği yansıtıyor mu? Hukuk sadece bu mudur? Bir kurallar toplamı mıdır?

Konuya biraz daha yalandan bakılınca, sözü edilen görüntünün altında başka bir gerçeğin yattığını görmemek olanaksız. Gerçekten ortada bir kurallar toplamı vardır. Ama aslında bu kurallar toplamının arkasındaki *gerçeği* görebilmek için "*Devlet*" kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

### Devlet Nedir?

Kimi hukukçulara göre *devlet*, toplumun dışında, toplum üstü, sınıflarüstü bir örgüt, toplum ile toplumsal sınıflarla ilgisi olmayan, toplum olayları karşısında yansız bir "*hakem*" rolü oynayan bir örgüttür. Ünlü düşünür Hegel'e göre o "*Ahlak düşüncesinin gerçeği*", "*akılın imgesi ve gerçeği*"dir. Bu anlayışa göre devlet sınıflar arasındaki çelişkileri, bireyler arasındaki anlaşmazlıkları yansız bir hakem gibi çözüme bağlama işlevini yapmaktadır, görevi ve niteliği budur.

Oysa böyle "*soyut*" bir devlet hiç bir zaman varolmamıştır.

Gerçekte, devlet, toplumdan, toplumsal sınıflardan bağımsız, onların üstünde ve dışında bir örgüt değildir. Aksine, toplumun içinden çıkmış, kaynağını toplumsal sınıflardan ve sınıflararası mücadeleden alan tarihsel bir örgüttür.<sup>1</sup>

Devletin varlığı, başlangıcı bilinmeyen zamanlara kadar uzanmamaktadır. İnsanlık tarihinde devlet her zaman varolmamıştır. İnsanlar bir zaman devlet'e ve devlet gücüne gereksinme duymadan, devletsiz yaşamışlardır. Sınıfsız toplumlarda devlet'e rastlanmamaktadır. Eski toplum biçimleri üzerinde yapılan sosyolojik araştırmalar, bu araştırmaların sonuçları bize bunu göstermektedir. Yine bu araştırmalar, son incelemede, sınıfsız toplumlarda, belli toplumsal ve ekonomik gelişmeler sonucu olarak bir sınıflaşma sürecinin başladığını, giderek sınıfların doğduğunu ve bu sınıfların meydana gelmesiyle beraber devletin de tarih alanına çıktığını

<sup>1</sup> "İnsanlar, tıpkı hayvanlardan türemiş olduklarını unuttukları gibi, hukuklarının da ekonomik yaşam koşullarından kaynaklandığını unuturlar. Hukuk sisteminin karmaşık ve geniş kapsamlı bir bütün haline gelmesiyle, yeni bir toplumsal iş bölümü zorunluluğu doğar; bir profesyonel hukukçular zümresi oluşur ve ' onlarla birlikte hukuk bilimi ortaya çıkar. Bu bilim, sonraki gelişmesinde, değişik toplulukların ve çağların hukuk sistemlerini, belirli ekonomik ilişkilerin bir anlatımı olarak değil de, varoluş nedenlerini kendi bünyelerinde taşıyan sistemler olarak karşılaştırır. Bu karşılaştırma, bütün hukuk sistemlerinde az çok ortak yanlar bulunduğunu varsayar. Hukukçular da, bütün bu hukuk sistemlerinde ortak olan öğeyi 'tabii hukuk' adı altında toplarlar. Bununla birlikte, neyin 'tabii hukuk' olup neyin 'tabii hukuk' olmadığı ölçütü, hukukun en soyut anlatımı olan adalet değerinde aranır. Bu nedenle, artık hukukçulara ve onlara gözü kapalı inananlara göre, hukuk gelişimi, hukuki deyimleri kullanacak olursak, insanlığa özgü koşulları adalet ülküsü ve ebedi adalet ile daha iyi bağdaştırmak için yürütülen bir savaşa indirgenmiş olur. Oysa burada söz konusu olan adalet, varlığını sürdüren ekonomik ilişkilerin, kimi zaman tutucu, kimi zaman devrimci yönden ideoloji katına çıkarılıp yüceltilmiş bir yansımasından başka bir şey değildir.

Yunanlıların ve Romalıların adalet anlayışı, köleliği adaletli buluyordu. 1789'un burjuva adalet anlayışı ise feodalizmi adaletli bulmuyor ve ortadan kaldırılmasını istiyordu." (Marx-Engels. **Devlet ve Hukuk Üzerine**. Derleyen ve çeviren Rona Serozan. sa: 65-66)

göstermektedir.

O halde devlet, toplumsal gelişmede sınıfların doğuşu, sınıf ayrıcalıkları ve sınıf çatışmaları ile yaşıttır ve kaynağını bu gelişmeden almaktadır. Bu gelişme süreci içinde, toplumun kendi ortak çıkarlarını iç ve dış saldırılara karşı korumak üzere ortaya çıkan devlet, daha sonra, ekonomik ve giderek siyasal açıdan güçlü olan sınıfların çıkarlarını koruma işlevini üstlenmiştir.

Denilebilir ki hukuk, tarihsel gelişme süreci içinde, devletin tarih alanına çıkışı ile birlikte doğmuş ve gelişmiştir.

İşte hukuk, devletten soyutlanamayan, devlet'e sıkı sıkıya bağlı ve ayırd edici özelliğini devletten alan bir kurum olmuştur. Bu nedenle hukuk'u düşünürken, onu incelerken devletten ayrı ve ondan bağımsız olarak ele almak gerçeğe ters düşer.

Devletin tarih alanına çıkışından önce de toplum yaşamında kimi adet ve geleneklere rastlanmakta ise de gerçek anlamda hukuk, devlet tarafından konulan yaptırımlı kurallar olarak görünmektedir.

2361 yıl önce Eflatun, *Devlet* adlı yapıtının birinci kitabında Trasymakhos'un diliyle şunları söylemiştir:

*"Her hükümet kanunları kendi işine geldiği gibi kurar. Demokratlık, demokratlığa uygun kanunlar, Tyrannis, tyrannis'e uygun kanunlar kurar, ötekiler de tıpkı böyle; bu kanunları kurmakla kendi işlerine gelen şeylerin idare edilenler için de doğru olduğunu söylerler; kendi işlerine gelenden ayrılanı da, kanuna, hakka karşı geldi diye cezalandırırlar... her şehirde kuvvet hüküm süren unsurun elindedir" (sa: 31)*

Bu açıklamalar, devletten ayrı düşünülemez olan hukuk'un sınıfsal niteliğini de ortaya koymaktadır.<sup>2</sup> Hukukun en önemli konularından birisini oluşturan "*mülkiyet*", sınıflararası üretim ilişkilerinin hukuksal ifadesinden başka birşey değildir. Sosyal sınıfların ayrımında mülkiyet başta gelen bir ölçüdür. Başka bir deyişle toplumsal

<sup>2</sup> "Ancak hukuk sistemi, tümü ile, onu yaratan sınıfın somut ihtiyaçlarını" yansıtır: İdeolojik içeriği bu sınıfın toplum içindeki ekonomik fonksiyonunun sonucudur; ve dâhi hukukçular bir hukuk hareketinin biçimine dehalarının damgasını vursalar bile, bunlar, ancak birer aracı veya yapımçı, çok çok bir ihtiyacın tercümanlarıdır." (Monique Roland. **Hukukun Payı**, sa: 207)

sınıflar, belli mülkiyet çeşitlerine sahip olup olmadıklarına göre tanımlanırlar. Hukuk, bu sınıfların ekonomik çıkarlarına paralel olarak gelişir ve üstünlük sağlayana hizmet eder. Sınıflı toplumlarda devlet, yukarıda açıklandığı gibi egemen sınıfın çıkarlarını gözönünde tutmakta ve korumaktadır. Bu toplumlarda yasalar, yönetici sınıfların çıkarlarına uygun olan ve onların örgütlenmiş gücü tarafından korunan bir “*sosyal ilişkiler sistemi*” ni belirler. Bu açıdan sözü geçen sınıflı toplumlarda *adalet bir sınıf adaleti* olmaktan öteye gidememektedir.<sup>3</sup>

Özetlemek gerekirse hukuk, devlete sıkı sıkıya bağlı, kaynağını devletten alan, ekonomik ve giderek siyasal gücü elinde bulunduran sınıfların iradelerini yansıtan bir kurumdur.

## **Hukukun Önemi**

Yukarıda hukuk’un devletle ve toplumsal sınıflarla ilişkilerini hukukun, kaynağını bu ilişkilerden aldığını açıklamış bulunuyoruz. Gerçekten belli bir toplumda, hukukun niteliğine bakarak, o toplumun hangi gelişme aşamasında bulunduğunu, bu toplumdaki sınıflararası dengenin durumunu saptamak olanaklıdır.

Ancak burada önemli olan bir nokta üzerinde durmakta yarar vardır.

Hukukun, siyasal iktidarı elinde bulunduran sınıflar tarafından, yönetilen sınıf ve tabakalar üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmasına karşın, tarih boyunca bu baskılara karşı verilen mücadeleler sonunda bir çok “*haklar*” ve “*özgürlükler*” elde edilmiştir.

Ulusal ve uluslararası alanda “*İnsan Hakları*” denilen bu hak ve özgürlükler, binlerce yıl süren, çoğu kez kanlı savaşımalar sonunda kazanılmıştır. Kimi çevrelerce iddia edildiği gibi bu haklar yönetici sınıflar tarafından bir “*atıfet*” olarak tanınmamış, kendiliğinden verilmemiş, işçi ve emekçi sınıf ve tabakaların dirençli savaşımaları

<sup>3</sup> “... Hukuk, aslında, sınıflı toplumlarda, iktidardaki egemen sınıfın sömürsününün bir kılıfıdır. Devlet gibi hukukun da ‘sınıfsal’ bir içeriği vardır. Her hukuk kuralı, mutlaka, iktidardaki sınıfın ideolojisini, giderek temel çıkarlarını yansıtır ve korur” (Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi, sa: 9-10)

sonunda kazanılmıştır. Daha sonra bu haldar Anayasalarda “*Temel hak ve özgürlükler*” başlığı altında düzenlenmiştir.

Anayasalarda ve uluslararası antlaşmalarda yer alan bu haklar, Ceza yasalarında, Ceza Yargılamaları usulü yasalarında ve öteki özel yasalarda da yer almıştır.

Yaşam hakkı, seçme ve seçilme hakkı, düşünce, bilim ve sanat özgürlüğü, sendika kurma, grev ve toplu sözleşme hakları, sekiz saatlik çalışma hakkı, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, savunma hakkı, kişi güvenliği, bağımsız mahkemelerde yargılanma hakkı, seyahat özgürlüğü, işkence yasağı, sansür yasağı, basın özgürlüğü ve benzeri haklar bunların başlıcaları sayılabilir.

*“Günümüzde insan hakları konusu sosyal bilim dalları arasında önemli bir yer almış ve bir siirendenberi dünya üniversitelerinde İnsan Hakları Hukuku adı altında yeni bir bilim dalı oluşmuştur. Böylece insan hakları ve özgürlükleri ulusal sınırları aşarak insanlığın, tüm ulusların ortak değeri olmuştur.” (Prof. C. Talas, Cumhuriyet. 5.6.1984)*

Bu hakların kullanılmasının, yeni yeni hak ve özgürlüklerin elde edilmesine yardımcı olacağı ve yönetilen sınıf ve tabakaların toplum düzeninde söz ve karar sahibi olmasına olanak sağlayabileceği açıktır.

Bu yönden insan haklarına, bu hakların titizlikle korunmasına ve daha genişletilmesine çaba gösterilmesinin önemi ortadadır.

Toplumsal mücadelede “hukuk” kurumu’nu (müessese) küçümsemek, ona gereken değeri vermemek yerinde bir tutum olmadığı gibi, hukuk’u her şey saymalı, toplumsal gelişmede ona bir “*yaratıcı*” ve “*yapıcı*” güç olarak bakmak da yerinde değildir.

İnsan hakları, kişi hak ve özgürlükleri, başka bir deyişle demokratik haklar ve bu hakların genişlemesi için mücadele, her yurtseverin vazgeçilmez görevi sayılmalıdır.

## **Hak ve Özgürlük Kavramları**

Dil’in toplumsal bir olgu olduğu, bilinçle birlikte var olduğu, onunla karşılıklı etkileşerek geliştiği kabul edilmektedir. Hak ve özgürlük kavranılan da insanla birlikte insan bilincine koşut olarak doğmuş ve gelişmiştir.

Bu kavramlar ilk bakışta, *Adalet, Eşitlik, Tanrı, sayı* kavramları gibi *soyut* kavramlar olarak görünmektedir. Gözle görülmez, elle tutulmaz, sesi duyulmaz kavramlar gibi. Oysa gerçek bunun tersidir. Bu kavramlar, temelde *somut*, elle tutulur, gözle görülür kavramlardır. Ancak bunu anlayabilmek ve görebilmek için anılan kavramların kökenine inmek, tarihsel gelişimini izlemek gerekmektedir. Nasıl *Tanrı* kavramının kökeninde *Totem* varsa, *Hak* ve *Özgürlük* kavramlarının da kökeninde somut olgular yatmaktadır. Hak ve Özgürlük kavramları, kaynağını sınıf çelişkilerinden, sömürü sistemlerinden ve doğa'ya karşı savaşımdan almaktadır.

Özgürlük sorunu ve özgürlük savaşımı, insanoglu ile yaşittır. İnsan yeryüzünde görüleli beri bu savaşım başlamış, önce Doğa'ya karşı, daha sonra da, toplumlarda sınıflaşma süreci başlayınca, egemen sınıflara karşı verilmiştir.

Ateş yakmayı bilmeyen insan doğa'ya tutsaktı. Bu tutsaklık binlerce yılı kapsayan dönemler boyunca sürdü. Sürtme ile ateş yakma, doğaya karşı savaşımında önemli bir aşama oldu. Buharı, elektriği, atomu bulan insan, doğaya tutsaklıktan yavaş yavaş kurtuldu. Tutsaklığı adım adım yendi.

Doğaya karşı özgürlük savaşı sorunu çözmedi, çözmezdi de. Toplum yaşamında sınıflaşma ve sömürü olgusu ortaya çıkınca insan için ikinci bir "*tutsaklıktan kurtulma*" savaşımı başladı. Bu savaşım daha zor ve amansız oldu. Çünkü kendisine karşı savaşım verilenler, bilinçli ve örgütlü idi. Efendi idi, senyördü, patrondu... Tutsaklık, değişik dönemlerde değişik adlar altında sürdü ama tutsaklık değişmedi. Sadece köle, serf, işçi adları değişti. Giderek tutsaklaştırma yöntemleri gelişti, inceldi. İleri bir tekniğin desteğini sağladı. Toplumsal savaşım, iç savaşlar, evren savaşları egemen sınıfların bu tutsaklaştırıcı, sömürücü ve özgürlüğü yokedicili tutumundan kaynaklandı. Savaş bugün de sürüyor.

Anayasa hukuku alanında "*İnsan Hakları*" denilen "*Temel hak ve özgürlükler*" için mücadele, temelde, bir "*Demokrasi mücadelesi*"dir. Yukarıda açıklandığı gibi bu hakların gerçekleşebilmesi için yapılan mücadeleler uzun bir tarih dönemini kapsamıştır. Özellikle "*düşünce*", "*basın*", "*bilim ve sanat*", "*sendika*", "*grev ve toplu sözleşme*", "*kişi dokunulmazlığı*", "*işkence yasağı*", "*bağımsız yargı*" ve

“savunma hakkı” gibi hak ve özgürlükler demokrasinin başta gelen ve “onsuz olmaz” koşul ve kurallarıdır.

Bu hak ve özgürlüklerin her birisi, geniş bir inceleme konusu olarak önem taşımaktadır. Ancak biz burada, bir kitapçığın dar çerçevesi içinde, önce *Düşünce Özgürlüğü* üzerinde duracak, bu özgürlüğü kullanılamaz hale getiren, onu fiilen ortadan kaldıran T.C.Y.’nın 141-142. maddelerinin niteliği ve uygulamaları üzerinde açıklamalarda bulunacak, daha sonra da özellikle 12 Eylül döneminde yoğun bir uygulama alanı bulan bu maddeler arasında bulunan aynı yasanın 146. maddesinin uygulanış biçimi ve bunun yanlışlıklarını irdelemeye çalışacağız.

## DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Doğa bilimlerine göre canlı varlık, gelişmesinin belli bir aşamasında “düşünme” yeteneğini kazandı. Bu, varlığın gelişmesinde belki de en mutlu ve en önemli bir aşama oldu. O dönemden beri artık yeryüzünde “insan” vardır. Kimi kez “Eşrefi mahlûkat, kimi kez de “Düşünen hayvan” olan insan.

Gerçekten insan’ı hayvandan ayıran onun “düşünebilmesi” dir. O ancak düşünebildiği için insandır. Düşünme, insan’a özgü bir işlemdir. İnsan’ı düşünceden soyutlamak onu yok saymakla birdir. İnsanla düşünce böylesine ayrılmaz bir bütündür. Fransız düşünürü Descartes’e “Düşünüyorum, öyleyse varım” dedirten bu gerçektir.

İnsanla düşünceyi birbirinden ayırmak ne kadar olanaksız ise, düşünce ile özgürlüğü de ayrı düşünmek o kadar olanaksızdır. Birçok özgürlükler düşünce özgürlüğünün bir ürünü ve onun uzantısıdır. “Düşünce özgürlüğü, özgürlüklerin anasıdır” denilmesi de buradan gelmektedir. Çağdaş anlamdaki düşünce özgürlüğü ilkesi, yüz yılların siyasal haklar savaşının bir ürünü olmuştur. Eski çağlarda, Atina ve Roma’da, özgürlüklerden ancak sınırlı bir yurttaş kesimi yararlanmakta idi. Metek denilen yabancılara bu hak tanınmamıştı. Orta çağlarda bireyler bir yandan feodal beylerin, öte yandan da kilisenin baskısı altında kalmış, düşünce özgürlüğünden yoksun yaşamışlardı. Bu dönemde Hristiyanlığın ilkeleri tek gerçek sayılıyordu. Yakın çağların düşünce özgürlüğü, kökenini 17 ve 18. yüzyılların Doğal Hukuk ve Kişi hakları ilkelerinden almıştır. Giderek bu özgürlükler 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları bildirisine ve daha sonra da çağdaş Anayasalara girmiştir. Altında ülkemizin de imzası bulunan “İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde şu düşüncelerin yer alması, yüzyıllarca süren siyasal mücadelelerin bir ürünü olmuştur:

*“Her ferdin fikir ve fikirlerini açıklama hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek; memleket sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve düşünceleri her vasıta ile aramak, elde etmek ve yaymak hakkını da gerektirir.” (Madde: 19)*

İngiliz düşünür ve tarihçisi John B. Bury bu konuda şöyle demektedir:

*Düşünce özgürlüğünün bir anlamı olabilmesi için, onun düşündüğünü söyleme ve örgütlenme özgürlüğüyle birlikte olması gerekir.*

*Çağımızda en uygar ülkelerde düşüncelerini söyleme özgürlüğü, doğal ve olağan bir durum gibi görünür. Oysa, bu hak ancak son zamanlarda elde edilebilmiştir. Buna varmak için aşılacak yollar ise kan deryalarından geçmiştir. İnsanın düşüncelerini yayması ve her sorunu tartışmasının zararlı bir şey olmadığına en aydın kafalı kişileri bile inandırabilmek için yüzyıllar geçmiştir.”<sup>4</sup>*

Server Tanilli de “düşünce özgürlüğü” konusunda şu açıklamaları yapmaktadır:

*“Batı demokrasisinin başta gelen özelliği, toplumda değişik düşüncelerin varlığını ve yaşama hakkını tanımasıdır. Batı demokrasisine “çoğulcu demokrasi” denmesi de bundan ileri geliyor.*

*Çoğulculuk, siyasal liberalizmin özüdür. Buna göre, hiç bir düşüncenin ayrıcalığı yoktur: Her düşünce özgürdür; özgürce açıklanır, özgürce örgütlenir.*

*Ve her düşüncenin iktidara gelme hakkı vardır.*

*Çoğulculuk ilkesinde şu noktalar önemli: —Düşünceler, önce içerik bakımından özgürdür. Hiçbir düşüncenin içeriğine sınır getirilemez. Düşünceleri yararlı ya da zararlı; ılımlı ya da aşırı; meşru ya da meşru olmayan düşünce diye ayırmak yanlış olduğu gibi, bu ayırımları sağlıklı olarak belirleyecek bir ölçü de yoktur.*

*Örneğin, grev hakkı yararlı mıdır, zararlı mıdır?*

*Emekçiler için yararlı, sermayeci için zararlıdır. O halde?*

*O halde, düşüncelerin içeriği için hakem belirlenemez. Düşünce düşüncedir. Ve içeriği ne olursa olsun, “insan haklarının en soylusu” olarak saygıya değer. Özellikle bir kurulu düzene ve Anayasaya uygun düşünenlerin değil, “herkessin hakkıdır. Bundan şu önemli sonuç çıkar: “Düşünce suçu” diye bir şey kabul edilemez demokraside.*

*Nedir “düşünce suçu”?*

*Bir ideolojiyi ya da herhangi bir düşünceyi savunup yaymanın, başkalarına aşılama çabasının suç sayılması.*

*Ama şu ya da bu düşünceyi suç sayarsak, düşüncenin özüne*

<sup>4</sup> Fikir ve Söz Hürriyeti adlı yapıt

*karışmış olmuyor muyuz? O zaman nerede kaldı düşünce özgürlüğü?*

*Demokraside, düşüncelere sınır konamaz. Ancak demokrasi, kendini korumayacak demek midir bu? Hayır.*

*Her rejim gibi, demokratik rejimin de varlığına yöneltilecek tehlikeler karşısında kendini koruma hakkı vardır.*

*Ne zaman vardır o tehlikeler?*

*Düşüncelerin kamu düzenini, devletin iç ve dış güvenliğini bozmak amacıyla, somut ve suç sayılan eylemlere çağrıda bulunarak, kışkırtmalara girişerek, açık ve mevcut bir tehlike halini alması halinde vardır o tehlikeler. Devlete karşı şiddet yoluyla işlenmiş suçlar, sabotajlar, silahlı çatışmalar vb. Bunlar maddi olaylardır, suçtur ve cezalandırılırlar. Ancak, o maddi olayların esinlendiği düşünceler yasaklanamaz ve cezalandırılmaz. Aksi takdirde, “düşünce suçu” yaratılmış olur.*

*Ama “anarşizm” —ki çok önemli bir düşünce akımıdır— üzerine yazılar ve eserler koğuşturulamaz, giderek yasaklanamaz ve cezalandırılmaz.*

*İkinci olarak, düşünceler özgürce açıklanmalıdır. Düşünce özgürlüğü, bir “iç alem özgürlüğü” değildir. Onun bir anlam taşıması için, başkalarına iletilmesi gerekir. Böylece, düşünce özgürlüğünü, “düşünce özgürlüğü” ve “açıklama özgürlüğü” diye ikiye ayırmak, birincisinin sınırsız ikincisinin ise sınırlı olduğunu ileri sürmek yapay olduğu kadar, “düşünce özgürlüğü yoktur” demenin dolambaçlı bir biçimde söylenmesinden başka bir şey değildir.*

*Düşüncelerin özgürce açıklanması, yalnız kişinin bir hakkı değildir. Toplumun da, kişilerin düşüncelerini serbestçe açıklamalarından göreceği bir yarar vardır. Çünkü bir kişinin açıklama özgürlüğü, başkalarının da öğrenme ve bilgilenme özgürlüklerinin kaynağıdır. Düşünceleri açıklamanın kısıtlanması, bu kaynağı kurutur. Sonunda, serbest bir kamuoyu rejimi kurmak, bütün seçeneklerin tartışılmasını sağlamak ve en geniş anlamda yönetime katılmayı gerçekleştirmek savında olan demokrasi de bundan zarar görür.*

*“Düşüncelerin açıklanması” kavramına, “propaganda” da girer.*

*Nedir propaganda?*

*Örneğin, “anarşist” eylemler koğuşturulur.*

*Propaganda, düşünceleri etkilemek ya da güdülemek, bir*

*düşünceye yandaş kazanmak amacıyla yapılan sistemli ve etkili bir düşünce aşılması” çabasıdır. Propagandanın etkili bir düşünce yayma biçimi olması, karşısındakiler üzerinde duygusal bir değişim de yaratması, onun hukuka aykırı bir yöntem olduğunu göstermez.*

*Böylece, propaganda, düşünceleri açıklama özgürlüğünün doğal bir parçasıdır. Propaganda yasağı ise, aslında bir “düşünce suçu” yaratmaktır.*

*Ancak, belli bir düşüncenin aşılması ve benimsetilmesi çerçevesini aşan “açık ve somut kışkırtma ya da suça iteleme” niteliğindeki açıklamalardır ki ceza hukukunun konusuna girer ve bastırılabilir. Bu durumda ise söz konusu olan zaten bir düşünce açıklaması değil, bir eylem ya da eyleme çağrıdır.*

*Nihayet, düşünceler özgürce örgütlenmelidir.*

*Bu örgütlenme, geçici nitelikteki “gösteri ve yirüyüşler”den “dernekleşme”ye ve “partileşmeye” dek uzanır.”<sup>5</sup>*

*Prof. Mümtaz Soysal da düşünce özgürlüğünün sınırlanamayacağını şu sözlerle dile getiriyor :*

*“Düşünce özgürlüğü, özle öz olmayanın ayırlamadığı bir özgürlük. Azıcık sınırlandığı zaman bütünüyle yok olan bir özgürlük bu. Çünkü, düşüncenin sınırı yok. Kaldı ki, sınırsız düşünce özgürlüğünün kurulu düzeni yıkmaya varacağından korkanları teselli edecek çare de yine düşünce özgürlüğünde gizli. Tehlikeli sayılabilecek düşünce başka bir düşünce ile çürütülebiliyorsa tehlikeli olmaktan çıkar.*

*Bakın, şunu da unutmayalım. Kendi dünya görüşünüzü doğru belleyip zor kullanarak, başkalarına ağız açtırmamaya, kalem oynattırmamaya zorbalık derler. Kurulu düzendeki ekonomik çıkarlarla birleştirdince de bunun adı faşizm olur. Çıkıp bunun doğruluğunu da savunabilirsiniz. Ama, ne olur demokrasi adına faşizmi savunmayın.”<sup>6</sup>*

*Fransız Devlet Güvenlik mahkemesinde 1972 yılında çeşitli sabotaj eylemlerine katılan bir grup insan yargılanırken Fransız hakim Romeiro duruşmanın başında sanıklara şunları söylemiştir:*

<sup>5</sup> Devlet ve Demokrasi, sa: 31-33.

<sup>6</sup> Sınırlı Düşünmek, Barış: 7.2.1974

*“Fransız hukukunda düşünce suçu diye bir şey yoktur. Burada yargılayacağımız maddi olaylardır. Yoksa bu olaylara ilham veren fikirler değildir.”<sup>7</sup>*

\*\*\*

Demokratik ilkelerin egemen olduğu bir ülkede, düşünce özgürlüğü yaşamın bir parçasıdır, yaşamla özdeşleşmiştir ve yaşam kadar değerlidir. Bu tür bir yönetimde, *“düşünceler yazıya dökülünce eylem olur”* biçimindeki değerlendirmeler geçerli sayılmaz. Bu ülkelerde, *“yararlı düşünceler - zararlı düşünceler”* ayırımına rastlanmaz.<sup>8</sup> Kimi düşüncelere aşırı, kimilerine ılımlı gözü ile bakılmaz. Düşüncelerin doğru ya da yanlış olabileceği düşünülür ve bunlar tartışılarak saptanır. Kitaplar, çeviriler, yazılar yasaklanmaz. Evrensellik kazanmış düşünce sistemlerine kapılar kapanmaz. Kitaplar yakılmaz. İnsanlar düşüncelerinden ötürü kınanmaz.

Toplumun ekonomik ve toplumsal düzenini eleştirenler, düzenin değişmesini isteyenler ve hatta bu değişiklik için “zor” kullanılmasını önerenler suçlanmamakta, hainlikle itham edilmemekte, bu öneriler düşünce alanında kaldıkça, somut eyleme dönüşmedikçe düşünce özgürlüğü sınırlan içinde sayılmaktadır. Devlet’in *“Düşünce”*ye karşı değil *“eylem”*e karşı savunulması ilkesi benimsenmektedir.

Demokratik haklara saygı duyulan ülkelerde, *“Tanrı huzurunda, insan aklı üzerinde her türlü baskıya karşı ebedi düşmanlık andı içtim”* diyen devlet adamları ve liderler (Thomas Jefferson), *“Düşünce”*yi Varlık’ın ayrılmaz niteliği sayan düşünürler (Descartes), *“İnsan Doğa’ya özgür geldi, ama her yerde zincirler içindedir”* diyerek tutsaklığına başkaldıran düşün adamları (J. J. Rousseau), *“Düşüncelerinin karşısındayım, ama senin bu düşüncelerini savunma*

<sup>7</sup> Le Monde, 6.10.1974

<sup>8</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi 1945 günlü bir kararında şöyle demektedir: *“...Halkı zararlı düşünce akımlarına karşı korumaya kalkışmak, devletin ne görevidir ne de hakkı... Anayasa koyucuları bizim adımıza doğru ile yanlış arasında bir ayırım yapmak için hiç bir yönteme güvenmediklerinden, gerçeği aramada herkesin kılavuzu yine kendisi olmak gerekir.”* (Thomas V. Collins. 323 US. 116. Bülent Tanör, T.C.K. 142. Madde. Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, sa: 14)

*hakını ölünceye kadar destekleyeceğim*” diyerek düşünceye saygının tipik örneğini veren ünlü yazarlar (Voltaire) yetmiş ve bunların sözleri düşünce özgürlüğünün özdeyimleri arasına girmiştir.

Demokratik haklar ve düşünce özgürlüğü savaşımı, daha nice bilinen ve bilinmeyen mücadele adamlarının kanları ile yoğrulmuştur.

İnsanlara *“düşünme”*yi öğretmekten başka tasası olmayan, diyalektik öğretim yöntemini bulup uygulayan, düşüncelerini sonuna kadar savunmak için baldıran zehirini içerek ölümü göze alan Sokrat’ı,

*“Sanıyorum ki bilgisizliğin bilime karşı duyduğu kin ve nefretten daha zorlu bir kin ve nefret yoktur”* diyen, bilim yolunda gözlerini yitiren, dünyanın yuvarlak ve hareket halinde olduğunu söylediği için ölüm cezası ile yargılanan, duruşmada hakimin: *“düşüncelerinden vazgeçersen cezadan kurtulabilirsin”* sözlerine karşı gözlerini güneşe çevirerek *“Bakınız yine dönüyor”* yanıtını veren, günümüzde düşünceleri ilkokul kitaplarında yeralan ünlü Bilgin Galile’yi.

Yapıtları ile dünya hakkındaki bilgilerin akıl ve deney üzerine temellenmesini savunduğu ve böylece Hıristiyanlığın ilkelerine karşı çıktığı için ateşte yakılarak öldürülme cezası ile yargılanan, ölüm kararını okuyan hakimlere: *“Sizler bu hükmü verirken benden çok korkuyorsunuz”* diyen, sonunda işkencelere rağmen vazgeçmediği düşüncelerinden ötürü Roma’da Camp Dei Fiori’ de odun ateşinde yakılan, bedelini yaşamı ile ödediği bilimsel buluşları çağdaş evren kuramının (Kâinat teorisinin) temel taşlarından biri olan *“Dogma”* düşmanı, diyalektikçi düşünür Giordano Bruno’yu,

Düşüncesi uğruna hayatını veren bir mutasavvıf Hallacı Mansur’u,

*“Padişaha karşı huruç ettiği”* için asılan ve asılırken, deve yününden hazırladığı ipi cellat’a kendi eliyle veren, *“Varidat”* yapıtının sahibi Şeyh Bedrettin’i,

Ömrünü zindanlarda ve sürgünlerde geçiren,

*“Ne mümkün zulm ile bidat ile imhayı hürriyet*

*Çalış idraki kaldır muktedirsen ademiyetten”*

diyerek baskılara başkaldıran ozan Namık Kemal’i,

anımsamamak olası mıdır?

İşte ülkemizde 141 -142. maddeler, insanın en doğal, en kutsal ve vazgeçilmez hakkı olan'ı *"tarih boyunca uğruna nice kanlar dökülen, kurbanlar verilen düşünce ve düşüncesini açıklama"* özgürlüğünü ortadan kaldırmıştır.

## 141 -142. MADDELER

Toplumsal bilimsel alanında yapılan araştırmalar, sınıflara ayrılmış ve sınıflararası çıkar çelişkilerinin egemen olduğu toplumlarda, bu çelişkiler gözönüne alınmadan hiçbir ekonomik, sosyal ya da siyasal sorunu açıklamanın, ona çözüm getirmenin mümkün olmadığını göstermektedir. Sınıfsal çıkarların, sınıf çelişkilerinin zorunlu olarak tüm topluma ve toplumsal kurum ve olaylara yansması, bu sonucu doğurmaktadır ki, bu da doğal bir olgudur.

Hukuka, Adalet'e ve yasalara da bu açıdan bakmak, bu kurum ve kavramları da yukarıdaki görüş açısına göre değerlendirmek bilimsel verilere uygun düşecektir.

### **Metinler:**

141. madde şöyledir:

*"Madde 141*

*1. Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmaya veya memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlarından herhangi birini devirmeye matuf cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim sevk veya idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

*Bu kabil cemiyetlerin bir kaçını veya hepsini sevk ve idare edenler hakkında ölüm cezası hükmolunur.*

*2. Devlet'in siyasi ve hukuki nizamlarını topyekün yoketmek gayesini güden cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler ve bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

*3. Amacı Cumhuriyetçiliğe aykırı olan veya demokrasi*

*premsiplerine aykırı olarak Devletin tek bir fert veya bir zümre tarafından idare edilmesini hedef tutan cemiyetleri kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk veya idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis ile cezalandırılırlar.*

*4. Anayasanın tanıdığı kamu haklarını ırk mülâhazası ile kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya milli duyguları yok etmeye veya zayıflatmaya matuf bulunan cemiyetleri kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veyahut bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan onbeş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.  
(Ağır Ceza)*

*5. 1, 2 ve 3 üncü fıkralarda yazılı cemiyetlere girenlere beş yıldan on iki yıla kadar ağır hapis (Ağır Ceza) ve dördüncü fıkrada yazılı cemiyetlere girenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.  
(Asliye)*

*6. Yukarıki fıkralarda yazılı filleri Devlet daireleri, belediyeler veya sermayesi kısmen veya tamamen Devlete ait olan iktisadi teşekküller, sendikalar, işçi teşekkülleri okullar, yüksek tahsil müesseseleri içinde veya bunların memur, müstahdem ve mensupları arasında işleyenler hakkında verilecek ağır hapis ve hapis cezalardan üçte bir nisbetinde arttırılır,*

*7. Bu maddede yazılı suçları işleyenlerden biri suçu ve diğer failleri son tahkikat açılıncaya kadar yetkili makamlara ihbar ettiği ve bu ihbarın doğruluğu anlaşıldığı takdirde hal ve şartlara ve hadisenin hususiyetlerine göre ölüm cezası yerine on yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ve ağır hapis cezaları da dörtte bire kadar indirilerek hükmolunabilir.*

*8. Bu maddede yazılı olan cemiyet iki veya daha ziyade kimselerin aynı amaç etrafında birleşmeleriyle vücut bulur."*

*142. madde de şöyledir:*

*"Madde 142*

*1. Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal devlet nizamlarından herhangi birini devirmek veya Devlet siyasi ve*

*hukuki nizamlarını topyekûn yoketmek için her ne surette olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

*2. Cumhuriyetçiliğe aykırı veya demokrasi prensiplerine aykırı olarak Devletin tek bir fert veyahut bir zümre tarafından idare edilmesi için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse aynı ceza ile cezalandırılır. (Ağır Ceza)*

*3. Anayasanın tanıdığı kamu haklarını ırk mülâhazasıyla kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya milli duyguları yoketmek veya zayıflatmak için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. (Asliye)*

*4. Yukarıki fıkralarda yazılı fiilleri övenler, birinci ve ikinci fıkralarda yazılı hallerde iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis (Ağır Ceza) ve üçüncü fıkroda yazılı halde altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. (Asliye)*

*5. Yukarıki fıkralarda yazılı fiilleri 141 inci maddenin 6 ncı fıkrasında yazılı kimseler arasında veya aynı fıkroda tasrih edilen yerler içinde işleyenlere verilecek ceza üçte bir nisbetinde arttırılır.*

*6. Yukarıki fıkralarda yazılı fiiller neşir vasıtası ile işlendiği takdirde verilecek ceza yarı nisbetinde arttırılır.*

*7. Bu maddede yazılı suçlan işleyenlerden biri suçu ve diğer failleri son tahkikat açılıncaya kadar yetkili makamlara ihbar ettiği ve bu ihbarın doğruluğu anlaşıldığı takdirde hal ve şartlara ve hadisenin hususiyetlerine göre ağır hapis ve hapis cezaları dörtte bire kadar indirilerek hükmolunabilir.”*

## **Maddelerin Kökeni**

Yıllardan beri yukarıya alınan 141-142. maddelerin faşist İtalyan Ceza Yasasından yasalarımıza aktarıldığı ve kökeninin İtalyan faşizmi olduğu sık sık söylendi, yazıldı ve mahkemelerde savunuldu. Bu sav, gerçeği dile getiriyordu. İtalya’da Mussolini’nin önderliğinde gerçekleştirilen faşist yönetim 1922’ de ülkeye egemen oldu. “Unitaire, Totalitaire ve Otoritaire” ilkeleri benimseyen faşizm, insan

hak ve özgürlüklerini, yani demokrasinin klâsik temel ilkelerini hiçe sayıyordu. O'nun için insan yoktu, devlet vardı. Bu devlet de faşist devletti. Mussolini, faşizmi ve faşist devlet şeklini pekiştirmek ve korumak için aldığı önlemler yanında, hukuk alanında da yeni yasal düzenlemeler getirdi. O tarihte İtalya'da Zanardelli ceza yasası yürürlükte bulunuyordu. Bu yasa, demokratik hak ve özgürlüklere belli oranda yer veren bir yasaydı. Bu yasa ile faşizmi yerleştirmek ve onu korumak olanaksızdı. Bu nedenle 1820 yılında "Devleti koruma yasası" (*La Legge Speciale Per La Difesa dello stato*) adı altında yeni ve özel bir yasa çıkarıldı. Bu yasa faşist devleti koruyacak ve kollayacaktı. Bir yandan da yeni bir genel ceza yasasının hazırlık çalışmaları başladı. Hazırlıklar 1930 yılında tamamlandı. Zanardelli ceza yasası yürürlükten kaldırıldı ve onun yerine Rocco yasası kabul edildi. Bu yasanın 270 ve 272 nci maddeleri, daha önce 1928 yılında çıkarılan "Devleti koruma yasası"nın faşist devleti koruyan hükümlerini düzenledi. Bu maddeler aynı zamanda adı geçen özel yasanın görevini üstlendi. Ceza yasamızın 141 ve 142. maddelerine kaynak olan 1930 İtalyan Ceza Yasasının 270 ve 272. maddelerinin gerekçesinde şöyle denilmekteydi:

*"... Bu nedenle, söz konusu hükümler, faşist devletin şahsiyetinin korunması yönünden temel bir unsur teşkil etmektedir."* (Bakanlık raporu, sa: 49-55)

Türk Ceza Yasasının 141. maddesine kaynak olan İtalyan Ceza Yasasının 270. maddesinde şu hükümler yer alıyordu:

*"Her kim devlet topraklarında bir sosyal sınıfın diğer bir sosyal sınıf üzerinde cebren diktatörlüğünü kurmaya veya cebren bir sosyal sınıfı ortadan kaldırmaya veya her ne şekilde olursa olsun devletin ekonomik veya sosyal yerleşmiş düzenini cebren yıkmaya yönelmiş cemiyetleri kurar, teşvik eder, yönetir ve düzenlerse, beş seneden oniki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

Ceza Yasamızın 142. maddesine kaynak olan 272. madde de, aynı amaçla propaganda eylemlerini cezalandırıyordu.

İşte 1937 yılında bu maddeler, İtalyan Ceza Yasasından alınarak Ceza Yasamıza aktarıldı.

İnceleme konusu maddelerin kaynağı olan 1930 tarihli İtalyan

Ceza Yasası hakkında Sayın Prof. Faruk Erem şöyle demektedir:

*“... 1930 İtalyan Ceza Kanunu teknik bakımdan mükemmel olmasına rağmen, az çok faşizm akidelerini aksettiren bir kanundur ve faşist devlet anlayışı ve bilhassa kanunun bu babında yer alan hükümlerde tezahür etmektedir.” (Erem, Hürriyet ve Suç, sa: 8)*

141 -142. maddelerin kökeni üzerinde Sayın Çetin Özek de şöyle diyor:

*“... Faşizmin kişi ve kişi özgürlükleri konusundaki anlayışı da, kanunun düzenleyişi ile denk düşmektedir. Kişinin devlet dışında bir değer ve varlığı yoktur. Devlet iradesi, otoriteyi, kuvveti, hukuki şahsiyeti temsil ederken, tek tek kişilerin haklarına uymak zorunda değildir. Kişilerin dışında bir varlık olan “millet” temsil eden dahi devlettir. Hukuku yaratan da devlettir. Bu bakımdan kişilerin davranış sınırlarını devlet özgürce çizebilir. Kişi, sadece “credere, obbedire e combattere: inanmak, itaat etmek ve savaşmak” görevleriyle karşı karşıyadır. Bu nedenle de, kişinin subjektif bir hakkı, devletten talep olanakları bulunamaz. Öyleyse, kişinin özgürlüğü ancak devletin kişi için saptadığı alan içinde ve objektif hukuk kurallarının tanıdığı olanaklarla ölçülüdür. Durum böyle olunca, devlet kişiye kendi temel ideolojilerine uygun olmayan biçimlerle düşünmek olanaklarını ve özgürlüğünü tanımayabilir. Kişi devlet içinde ve devletin egemenliğinin, otoritesinin bir süjesi olarak, devletin istediği gibi düşünmek, davranmak zorundadır. Faşizmin özgürlük, kişi ve devlet konusundaki görüşleri bu şekilde birbirine uygun ve birbirini tamamlar yolda biçimlenince, ceza kanununun devletin temel olarak kabul ettiği görüşlere aykırı görüşleri, salt düşünceleri, eylemi beklemeksizin, cezalandırmasına şaşmamak gerekir. Faşizm düşüncelere dahi zincir vurmaya, faşist devletin savunulması yönünden gerekli ve haklı bulurken, gerçekte kendi sınıf düzenini ve ona uygun politik yapılı, tutucu davranışı gerçekleştirmektedir. Bu açıdan, düşüncüyü cezalandıran normlar, tüm anlamıyla faşist bir düşünce sisteminin ürünüdür. 141, 142. maddeler de bu ürünlerden biridir. (141-142, sa: 80-82)*

Gerek İtalyan Ceza Yasasının 270 ve 272. maddelerinin

gerekçeleri, gerekse doktrin, bu maddelerden dilimize çevrilerek yasamıza alınan 141 -142. maddelerin, faşist bir iktidarı korumak ve kollamak amacı ile düzenlendiğini açıkça göstermektedir.

### **Düşünce mi, Eylem mi?**

141 -142. maddelerin niteliği nedir? Bu maddeler, düşünceyi mi cezalandırmaktadır, yoksa eylemi mi?

Gerek 141. madde ve gerekse 142. madde eylemi değil düşünce'yi cezalandırmaktadır. Propaganda suçlarını cezalandıran 142. madde üzerinde bir duraksama yoktur. Bu maddenin düşünce'yi cezalandırdığı tartışmasızdır. Ancak kimi çevrelerce 141. maddenin düşünceyi değil, eylemi cezalandırdığı ileri sürülmektedir. Bu çevreleri yanıltan, maddedeki “örgütlenme” (cemiyet kurma) sözüdür. Örgütlenmenin bir eylem olmadığı açıktır. Örgütlenme hakkı, Anayasamızca yurttaşlara tanınmış temel haklardanır. Bu temel yasaya göre, herkes tek başına ya da toplu olarak düşüncesini açıklayabilir ve yayabilir. Toplu halde düşünce açıklamanın bir biçimi de “*dernek kurma*”dır. 1630 sayılı Demekler Yasası da yurttaşların örgütlenme hakkını kabul etmiş ve düzenlemiştir. O halde örgütlenme, ya da iki ve daha çok kişinin aynı amaç etrafında bir araya gelmesi, “*ortaklaşa düşünce açıklama özgürlüğü*” açısından, Anayasal bir haktır, suç değildir.

Kişinin ya da tüzel kişinin, örneğin bir derneğin, suç işlediğini ya da yasa dışına dönüştüğünü kabul edebilmek için bunu yöneten kişilerin bir “*eylem*”de bulunması gerekir. Suçun öteki öğeleri de olayda gerçekleşirse, suç “*işlenmiş*” olur. Eylem, “*fiil*” karşılığı olarak kullanılmaktadır. Fiil ise, “*icra hareketleri*”nden oluşur. İcra hareketleri yoksa, fiil de yoktur. Hatta icra hareketlerinin eksik kalmış ya da tamamlanmış olmasına göre, “*eksik kalkışma*” “*tam kalkışma*” (Ceza Yasası, madde; 62) söz konusu olmaktadır. Demek ki eylem (fiil) için, icra hareketlerinin varlığı zorunludur. Bütün bunlar iki ya da daha çok kişinin bir araya gelmesinin, aynı amaç etrafında birleşmesinin, yani “*cemiyet*” haline dönüşmesinin, bir “*eylem*”de bulunulmuş olduğunu, yani bir eylemin varlığını göstermez. Kişinin ya da derneğin belli bir düşünceyi veya amacı benimsemesi, onu

yayması, düşünce açıklama özgürlüğü alanında kalan bir davranıştır, eylem değildir, "fil" değildir. Ceza Yasasınca öngörülen "eylem" (fil), icra hareketleridir.

Bu düşüncemizin yerinde olduğunu gösteren bir örneği burada hatırlatmakta yarar görüyoruz. Bu örnek, 141 -142. maddelerin en katı, en acımasız ve madde öğeleri zorlanarak uygulandığı 12 Mart döneminin uygulamaları ile ilgilidir. Şafak davası adı ile anılan Türkiye İhtilalci İşçi Köylü Partisi davasına ait, üç askeri savcı tarafından hazırlanan iddianamenin 563 - 564. sayfalarında bu konuda şu düşüncelere yer verilmiştir:

*"Türkiye İhtilalci İşçi Köylü Partisinin tüzük, program, kararlar, bir kısım sanık beyanları ve parti neşriyatına göre, Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan mene cebren teşebbüs ile T.C.K.'nun 148. maddesini ihlal edip etmediği hususu da nazarı dikkate alınmıştır. Parti haddi zatında komünizmi gerçekleştirmek istediğini, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek, sosyal bir sınıfı ortadan kaldırma ve memleket içinde müesses iktisadi ve sosyal temel nizamları devirme maksatlarına matuf olarak tesis ve teşkil edildiği cihetle, elbette meri Anayasayı ilga etmek istemekte ve elbette bu Anayasaya göre teşekkül etmiş Büyük Millet Meclisini iskat etmeyi düşünmektedir. Zaten Parti proletarya diktatörlüğünü kuracağını saklamamakta bunu açıkça ilan ve bildirmektedir. Buraya kadar T.C.K.'nun 146. maddesi unsurları tamamlanmakta, hadiseye uymaktadır. Ancak suçun tekevvünü için kanun başka bir temel unsur daha aramaktadır. Bu "cebren teşebbüs" dür. Partinin faaliyetleri arasında Anayasanın tamamının veya bir kısmının tağyir ve tebdil veya ilgasına ve Büyük Millet Meclisinin iskata veya vazifesini yapmaktan menedilmesine müteveccih cebre müstenik bir teşebbüsü bulunmamaktadır. Teşebbüs için icra hareketlerine başlamış filin ikanda yol alınmış bulunması gereklidir. Mücerret Anayasayı ihlale ve Büyük Millet Meclisini iskata matuf bir cemiyetin teşkili, bu yolda propaganda yapılması, Meclisin tahkir*

*ve tezyifi icrai hareketler ve dolayısıyla T.C.K.'nun 146. maddesinin ihlali olmayıp, Cumhuriyete, demokrasiye, insan haklarına dayanan Anayasa düzenine karşı ve bu değerler aleyhine vaki olmuş fiili birleşmelerdir. Ve bu haliyle T.C.K.'nun 141. maddesini ihlal etmektedir. Parti 146. madde ile menedilen hususları arzulamakta, düşünmekte, programına almış bulunmaktadır. Ancak bu kasta bağlı olarak vesaiti mahsusa ile cebren teşebbüsü gösterir icrai hareketler Partinin çeşitli faaliyetleri arasında mevcut değildir. Parti silah ve mermi temini yolunda faaliyet göstermiş, çeşitli silah ve mermiler ele geçirilmiştir. Esasen, Parti gayesine silahlı halk savaşı yoluyla varacağını da iddia etmekte, bundan başka yol görmemektedir.*

*Ne var ki, Parti, temin ettiği silahlarla amacının tahakkuku yolunda, Anayasayı taşıyır, tebdil ve ilgaya ve Büyük Millet Meclisini iskat veya vazifesini yapmaktan men için cebren teşebbüse geçip silahlı bir harekete girişmemiştir. Böylece T.C.K.'nun 125. maddesinin olduğu gibi, 146. maddesinin de hadiseye uymadığı, suçun tamamıyeti için gerekli bütün unsurların tekevvün etmediği ve gerçekleşen hali ile fiilin 141. maddenin şumulü içerisinde kalıp bu maddeye uyduğu anlaşılmaktadır."*

Üç Sıkıyönetim Askeri savcısı tarafından hazırlanan ve yasa maddelerinin tartışma bölümü yukarıya alınan Şafak iddianamesindeki bu düşünceler T.C.K.'nun 141. maddesinin bir düşünce suçu olduğunu ve düşünce alanında kalan bir suçu cezalandırdığını göstermektedir. İddianamede bildirildiği gibi demek kurulmuş yani parti kurulmuş ama icra hareketlerine geçilmemiştir. İcra hareketlerinin başlamadığı hallerde suç düşünce alanında kalmaktadır. Eğer bu parti düşünce sınırlarını aşarak teşebbüse yani icra hareketlerine girişmiş olsaydı suç 141. maddenin kapsamından çıkacaktı. O zaman artık suça başka bir kanun maddesi örneğin 146, 125, 168. maddelerden biri uygulanacaktı. Bu da 141. maddenin eylem suçu olmayıp düşünce suçu olduğunu ispatlamaktadır.

Nitekim 12 Eylül döneminde Askeri Yargıtay Daireler Kurulu da 141. maddede yazılı suçun bir "düşünce suçu" oluşturduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme bu konuda şöyle demektedir :

*"... Komünist bir rejimi gerçekleştirmek amacı etrafında birleşen kimseler faaliyette bulunmasalar dahi söz konusu cemiyet vücut bulur. Böyle bir cemiyetin amaçlarına katılmayı da o cemiyete girme olarak kabul etmek doğru olur. Bu niteliği itibarıyla cemiyete girme suçu, cemiyet kurma suçu gibi hem şekli hem de düşünce suçudur." (11.2.1982 gün ve 28/25 sayılı karar.)*

### **Devletin Korunması:**

Öte yandan her devletin, kendi açısından, varlığını koruması ve bunun önlemlerini alması doğaldır. Ancak devlet kendini "düşüncelere" karşı değil, "eylemlere" karşı koruyabilir,

Temel haklardan olan "düşünce özgürlüğü" aynı zamanda, düşüncelerin herhangi bir amaçla açıklanabilmesini, kişilerin belirli bir düşünce düzeyine itilebilmesi için telkinlerde bulunabilme hakkını da içerir. Bu nedenle propaganda ve telkin, düşüncenin açıklanmasıdır. Düşünce' nin kurulu düzene, kurulu hukuk düzenine uygun olması da zorunlu değildir. Ekonomik ve politik düzenin eleştirilmesi demokratik rejimlerin vazgeçilmez bir gereğidir. Her yurttaş benimsediği ideolojiye göre bir düzenin kurulmasını isteyebilir. Bu onun doğal hakkıdır. Bunun yanında hukuk normları devlet'i, organizasyon olarak koruyabilir. Ama bu normların görevi, devletin ideolojik temellerini korumak değildir. Devletin ideolojik temelleri her zaman değişebilir, değiştirilebilir. Köleci toplumlarda da, feodal toplumlarda da, kapitalist toplumlarda da devlet vardır. Ama bu toplumlarda devletin ideolojik temelleri ayrı ayrıdır. Siyasal iktidarı ellerinde bulunduranlar, devlet'i organizasyon olarak koruyabilirler, ama düşünce' ye ambargo koyamazlar, devletin ideolojik temelini donduramazlar. Bu demokratik kurallara ters düşer. Böyle bir tutum, toplumsal gelişmeye de aykırıdır. Bu tür bir yönetim, kısa vadede başarı sağlar görünse de uzun vadede yenilgiye mahkum olur. Çünkü insanların iradesi ve yasal önlemler, toplumsal gelişmeyi sonuna kadar engelleyemez.

141 -142. maddeler, devleti eyleme karşı koruyan maddeler değildir. Devleti eyleme karşı koruyan maddeler, Ceza yasamızda yürürlüktedir. 125, 148 ve 188. maddeler devlete bu güvenceyi

sağlamaktadır. Ama 141-142. maddeler, devleti değil, ekonomik gücü elinde bulunduran sınıf yararına kurulmuş olan bir düzeni korumakta ve onun bekcılığını yapmaktadır. Konunun aydınlığa kavuşabilmesi için, “devlet” ile “toplum düzeni”ni birbirine karıştırmamak, toplum düzeninin “değişmez” olduğunu kabul etmemek, bu düzene karşı çıkmanın bir hak olduğunu benimsemek, iktidarı ellerinde bulunduranların bu hakları ortadan kaldırmaya yetkileri olmadığını kabul etmek gerekir.

### **Zor Ögesi:**

Türk Hukuk Sözlüğü öge’yi, “Her hangi bir hukuki hadisenin vücut bulması için zaruri sayılan şartlar” olarak tanımlamaktadır. Ceza hukukunda “suç ögesi” denildiği zaman, suçun gerçekleşmiş sayılabilmesi, yani işlenmiş kabul edilebilmesi için zorunlu koşullar anlaşılır. 141 -142. maddelerde yazılı suçların da yasal öğeleri vardır. Bunlar da *Kast* ögesi, *eylem* ögesi ve *zor* ögesidir.

Maddeler incelenirken zor ögesi üzerinde önemle durmak gerekmektedir. Çünkü bu öge, düşünce ve örgütlenme özgürlüğü ile yakından ilgili olan bir ögedir. Maddelerde zor ögesi kabul edildiği takdirde, toplumda düzen değişikliği için örgüt kurma eylemleri ancak bu yolda *zor kullanmayı amaç edinme halinde suç sayılacaktır*. Yine bu eylemlere girişilmesi için yapılan propagandalar da, zor’u içerdği takdirde cezalandırılacaktır. Yani ancak “*zor kullanma yoluyla bir ‘düzen değişikliği’ni amaç edinen bir örgütü kurmak ya da bu amaca yönelik ve zoru öneren bir propaganda suç sayılacaktır*. Zoru amaçlayan bu tür örgütlerin kurulması ve bu yönde zoru önermeyen propagandalar cezalandırılmayacaktır.

Maddelerde zor ögesinin kabul edilip edilmemesinin önemini açıklayabilmek için 23.11.1951 ve 26.11.1951 günlerinde Adalet Komisyonu Başkan sıfatıyla Mecliste konuşan eski Yargıtay Başkanı Halil Özyörük’ün şu sözlerini anımsatmakta yarar görüyoruz. Bu konuşmasında Sayın Özyörük şunları söylemektedir:

*“Kapitalizmin bazı mahzurlar tevlit ettiği aşikârdır. Bu sebeple her kapitalizmi yıkmak veya tehdit etmek isteyen fikir cereyanının komünistlik sayılması doğru olmaz. Diğer taraftan,*

fert mülkiyetinin kuvvetli tahditlerine taraftar olduğu halde, komünist olmayan fikir cereyanları da vardır. Aşırı veraset vergileri veya mirasçılık derecelerini çok tutmak gibi sosyal ve hukuki düşüncelerin komünizmle alâkası yoktur.

*Din aleyhtarlığına gelince; bu hususta şöyle düşünülmalıdır: Memleketimizde din aleyhtarlarına komünist demek adet olmuştur... Netice olarak söylemek lâzım gelirse, denilebilir ki, din mevzuunda daima inkılâp prensiplerini müdafaa eden kimselere komünist damgası vurulmamalıdır. Bunun aksine tam manasıyla lâik olmak da mümkündür. Hatta din müessesesinin geri kalmış cemiyetlere has bir müessese olduğu kanaatında bulunanlar da olabilir. Yeryüzünde öyle dinler vardır ki, bir reforma tabi tutulmadıkları takdirde, hiç sosyal hizmette bulunamazlar. Bilakis din adamlarının istismarını sağlar.*

*Anti-nasyonalist fikir sahiplerine de komünist demek doğru olmaz. Şüphesiz, komünist dahi bir anti-nasyonalisttir. Fakat bu iki fikrin hareket noktaları ayırıcıdır... Anti-nasyonalist, millet duygusunun devrini ikmal etmiş, hatta zararlı olmaya başlamış bir duygu olduğuna inanır. Çünkü onun telâkkisine göre, millet duygusu derebeylik zamanındaki dahili harpleri önlemek maksadıyla yaratılmış bir duygudur. Yani bu duygu, sulh ve sükûnu sağlamak maksadıyla icat edilmiştir. Artık küçük dahili harpler devri geçmiştir. Bu fikir, gerek milletlerarası sahada; gerek ırkçılık nazariyelerine bürünerek memleket içinde birliği parçalayıcı ve mücadeleyi kışkırtıcı bir hale gelmiş bulunmaktadır. İşte fikirleri hülâsa edilen anti-nasyonalistler milliyetçi değil, hümanistlik, beşeriyetçilik taraftarıdır.*

*... Hülâsa, din, sermaye, ahlâk, mülkiyet ve milliyetçilik düşmanlığı gibi hususların hiçbiri yüzde yüz komünistliğe delâlet etmez. Komünizmin hiç değişmeyen ana vafı, amele diktatörlüğünü cebir yoluyla tesis etmektir. İşte son tasarının kullandığı -bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü sağlamak- ibaresinin manâsı budur. Bu suretle komünizm deyince neyi cezalandırmak istediğimizi gizli, vazıh olarak tesbit etmiş oluyoruz. Memleketimizde de ırkçılık ve bölgecilik cereyanları vardır. Bir çeşit biyolojik ırk anlayışı, Orta*

*Asya'ya doğru gitme istekleri ve nihayet Türk ırkından olan dışarıdaki soydaşları kurtarmak gibi, devleti maceralara sürüklemek isteyen fikirler uzun zaman itibar kazanmıştır. Bundan daha tehlikeli bir fikir cereyanı da Anadolu Türklüğünü yalnız Konya'dan şimale çekilen bir hattın şarkında kalanlara hasreden, bunun dışında ve bilhassa garbında kalanların ezcümle İstanbul, İzmir gibi, mıntikalardaki kimselerin karışık ırklardan geldiği iddiası, şu veya bu kimsenin ırk durumunun tetkiki gibi Alman ırkçılığının kopyasını teşkil eden fikirler, bilhassa Nazi tesirlerinin memleketimizde de kendini gösterdiği devirlerde mevcut idi. Bölgecilik ve rejyonalist telakkiye mensup olanların mücadele metodu da, muhtelif siyasi kilit mevkilere geçmek ve icabında bir hükümet darbesi yapmaktı. Almanların Münih toplantıları, İtalyan Faşistlerinin Roma üzerine yürüyüşlerinin memleketimizde de tahakkuk edebileceğini zannedenler olmuştur.*

*141. maddenin 1. bendi bilhassa komünizmi alakadar eden hükmü ihtiva eder. Komünizmin esas vasfının sınıf tahakkümü, daha doğrusu diktatörlüğünden ibaret bulunduğunu ve bunun dışında kalan hususların komünizmin ancak tali vasıfları sayılabileceğini arz etmiştim.*

*...Bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümüne veya bir sosyal sınıfı kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya veya memleket içinde müesses, iktisadi veya sosyal nizamları kısmen yok etmeye matuf birleşmeler, kanunun bu hükmüne dahil olmaktadır. Fakat bütün bu faaliyetler için, bu işlerin cebir yoluyla tahakkuk ettirilmek gayesini gütmesi icabeder.*

*İşte burada da cebir unsuru, komünistlik suçunun hususi kastıdır. Binaenaleyh cebir unsuruna başka manâlar vermek, veya hakiki manâsını anlamadan cebir unsurunu kaldırmak yanlış olur... Cebir kullanma saiki, hususi kasit halinde kanunda yer almazsa şu dört mühim, netice ortaya çıkar:*

*1. Cebir unsuru konulmazsa, bütün siyasi teşekkülleri yok etmek mümkündür. Yürürlükte olan kanun, bir bakımdan çok tehlikelidir. Bu sebeple hükümetimizin sevk ettiği tasarı metnindeki cebir unsuru hiç şüphesiz iyi niyet mahsulüdür.*

*2. Cebir saiki kanunda yeralmazsa demokrasi yıkılır,*

*ferdin fikir hürriyeti çiğnenir ve 141. maddeye girmeyecek sosyal bir fikir tahayyül etmek dahi mümkün olmaz.*

3. *Cebir saiki unsur sayılmazsa, herhangi bir hükümet elinde bu madde müthiş bir silah olur.*

4. *Cebir saiki unsur sayılmazsa, bilhassa iki şey tehlikeye girer: Matbuat hürriyeti ve kürsü hürriyeti.*

*Görülüyor ki, vaktiyle kaldırılmış olan cebir unsurunu kanuna iade eden tasarı, demokratik bir zihniyetle ve bütün hürriyetlere saygı göstermek gayesi ile hazırlanmıştır.” (Dönem: 9, Cilt: 10, Toplantı: 2, sa: 224)*

Aynı günlerde Adalet Komisyonunca mütalaasına başvuru Sayın Prof. Faruk Erem de bu maddelere zor ögesinin konulması zorunluluğuna değinmiş, ve verdiği mütalaada: “Cebir unsuru konulmazsa, bütün siyasi teşekkülleri yoketmek mümkündür. Cebir unsuru kanunda yeralmazsa, demokrasi yıkılır, ferdin hürriyeti çiğnenir ve 141. maddeye girmeyecek bir sosyal fikir tahayyül etmek mümkün olmaz. Cebir saiki unsur sayılmazsa, bilhassa şu iki şey tehlikeye girer: Matbuat hürriyeti ve kürsü hürriyeti.” demiştir.

Zor ögesinin maddelere konulması görüşünü savunan parlamenterlerin konuşmalarından sonra,<sup>9</sup> hükümet sözcüsü şunları söylemek zorunda kalmıştır.

*“141-142. maddelerde zor ögesi zaten vardır. Maddelerdeki “ortadan kaldırmak”, “devirmek”, “topyekün yoketmek”, “tesis etmek” sözleri zoru anlatan sözlerdir. Bu nedenle, maddelere ayrıca “zor kullanarak” sözlerinin eklenmesine gerek yoktur.”*

1936 yılında 141-142. maddeler yasamıza aktarılırken, maddelerde zor ögesi kabul edilmiştir. Bu maddelerin İtalyan Ceza Yasası'nda karşıtı olan 270 ve 272. maddelerde de zor ögesi bulunuyordu. Maddelerin yasamızdaki ilk biçimin de zor ögesi “*şiddet kullanılarak*” sözleri ile anlatılmıştır. Ancak 1938 yılında yapılan değişiklikler sonunda bu sözler, maddelerden çıkarılmıştır.

Daha sonra 4934, 5435 ve 5344 sayılı yasalarla yapılan değişiklikler de aynı yolu izlemiş ve maddelerde “*şiddet kullanarak*”

<sup>9</sup> Bu parlamenterlerin konuşmaları için Bk. 141 -142 Üzerine, Halit Çelenk, sa: 227-243.

sözlerine yer verilmemiştir.

## Uygulamalar

Zor ögesine ilişkin uygulamalar açısından mahkeme kararlarında günümüze kadar bir uyum sağlanamamıştır. Özellikle 12 Mart öncesinin mahkeme kararları ile 12 Mart ve 12 Eylül dönemi Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinin kararları arasında bu konuda büyük bir ayrılık göze çarpmaktadır.

12 Mart'tan önceki dönemde yargı organlarının ve Yargıtay'ın birçok kararlarında, maddelerde zor ögesinin varlığı kabul edilmiştir. Bu konuda verilmiş bütün kararları ayrı ayrı incelemek ve açıklamak olanağı bulunmaktadır. Bu nedenle Yargıtay kararlamadan bir iki örnek vermekle yetinmek istiyoruz.

a. Sayın Yargıç Ali Faik Cihan tarafından yazılıp yayınlanan, *Sosyalist Türkiye* adlı kitap hakkında 142. maddeye dayanılarak açılan dava sonunda Yargıtay 1. Ceza Dairesince verilen 30.5.1987 günlü kararda şöyle denilmektedir.

*"... Vazı Kanun, 141. maddenin 1 numaralı fıkrası ile bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü ve bu arada komünist cemiyetleri kurmayı, 142. maddenin 1. numaralı fıkrası ile bu hususu ve bu meyanda komünistlik propagandası yapılmasını yasaklayarak ceza müeyyidesine tabi tutmuştur. Sözü edilen fıkradaki "tahakküm", "ortadan kaldırmak", "devirmek" gibi kelimelerin bizatihi cebir ve şiddeti tazammun etmekte olduğu şüphesiz bulunmuştur."*

b. Yargıtay 1. Ceza Dairesi eski başkanı ve Anayasa Mahkemesi eski üyesi Abdullah Üner ile A. Niyazi Gencer ortaklaşa yayınladıkları *Komünizm - Sosyalizm ve Yargıtay Kararları* adlı kitapta şunları söylemektedirler:

*"... Yargıtay 1. Ceza Dairesi de birçok kararlarında bu madde unsurlarında cebir ve şiddetin kendiliğinden mevcut olduğuna, maddeler metnindeki "tahakküm", "ortadan kaldırmak", "devirmek" deyimlerinin bizatihi cebir ve şiddeti tazammun ettiğine karar vermiştir." (sa: 24)*

c. Anayasa Mahkemesinin 27.11.1980 gün ve 979/51 Es. ve

980/59 sayılı kararında 142. madde ile ilgili olarak şöyle denilmektedir:

*“Bu hükümlerin düzenlenmesinde çok yönlü amaç güdüldüğü ortadadır. Bu amaçlardan birinin, ihtilalci sosyalizm propagandasını ya da taşıdığı adın önemi olmamakla birlikte aynı amaca yönelen ve bugünkü uygulamada kullanılan deyimlerle komünizm olarak nitelendirilen bir düzenin propagandasını yasaklamak olduğu açıktır. Gerçekten, ihtilalci sosyalizm ya da başka deyimle komünizm, burjuva sınıfını cebir ve ihtilal yoluyla ortadan kaldırarak proletarya (işçi sınıfı) diktatörlüğü kurmayı, tüm üretim araçlarını kamuya maletmeyi ve özel mülkiyeti kaldırmayı amaçlayan bir düşünce akımıdır. Nitekim anılan fıkra da yer alan Tahakküm tesis etmek, ortadan kaldırmak ve devirmek sözcükleri, komünizmin ana ögesi olan “cebir”in varlığını açıkça ortaya koymaktadır.”* (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı: 10. sa: 61)

d. İtalyan Anayasa Mahkemesi de; İtalyan Ceza Yasasının 272. maddesinde (T.C.Y. 142) öngörülen propaganda yasağından zor ögesini içeren ifadeler anladığını belirttikten sonra, 142. madde ile yasaklanan hususun *iktidarın zorla ele geçirilmesi* ya da başka bir düzenin zorla kurulmasına yönelik bir vasıta olarak propaganda olduğunu kabul etmiştir. (Bülent Tanör, *142. Madde. Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, sa: 205. İtalyan Anay. Mah. K. 22.0.1966 gün, 87 sayılı kararı.)

12 Mart ve 12 Eylül döneminde Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri, verdikleri kararlarda, maddelerde zor ögesinin bulunmadığı, işlenen suçlarda bu ögenin aranmasına gerek olmadığı görüşünü benimsemişlerdir,

### **Zor Ögesi Üzerine Düşüncelerimiz**

Zor ögesinin maddelerde yer almamasının sakıncaları yukarıda açıklanmış, bu konuda

Adalet Komisyonu sözcüsünün görüşleri, hukuk bilginlerinin düşünceleri sergilenmiştir.

Zor ögesine yer vermeyen maddelerin, düşünce ve örgütlenme

özgürlüğünü ortadan kaldırdığı açıktır. Şu soru hatıra gelmektedir: Acaba maddelere zor ögesinin konulması, düşünce ve örgütlenme özgürlüğünü sağlayabilir mi? Bu temel hakların, ön anlamları doğrultusunda yurttaşlar tarafından kullanılmasına olanak verebilir mi?

İnancımıza göre, bu sorunun yanıtı olumsuzdur.

*Düşünce ve örgütlenme özgürlüğünün yurttaşlara gerçekten tanınabilmesi için, bu maddelerin Anayasadan ve ceza yasamızdan çıkarılması zorunludur.* Maddelerin yasamızdan çıkarılması, kimi çevrelerce ileri sürüldüğü gibi bu tür eylemleri cezasız bırakmayacaktır. Çünkü, Anayasa düzenine karşı işlenen suçlar, T.C.Y.' nin 125, 146 ve 168. maddelerinde cezalandırılmıştır. Bu açıdan 141 -142. maddelerin kaldırılması, ceza yasamızda bir boşluk bırakmayacaktır.

12 Mart döneminde ve daha sonraki uygulamalarda, inceleme konusu maddelerin uygulama biçimi de yukarıdaki düşüncemizi doğrulamaktadır. Şöyle ki, bu dönemlerin uygulamalarında "*zımnî zor ögesi*" olarak tanımlanabilecek yeni bir kavram yaratılmıştır.

Bu sava göre, kimi hallerde, zor'dan açık ya da kapalı bir biçimde söz edilmese bile, zor ögesinin varlığı kabul edilmelidir. Çünkü, amaca ulaşabilmek için zor kullanılması gerekli ise, başka bir deyimle zor kullanmadan amaca varılması olanaksızsa, zor ögesi var sayılmak gerekir. Bu hallerde zor ögesinin ayrıca araştırılmasına ve ispatlanmasına gerek yoktur.

Bu savı öne sürenler, şu düşünceden hareket etmektedirler: Marksist teori sınıf mücadelesini esas alan ve devrimlerin ancak ihtilal yoluyla silahlı mücadele ile gerçekleştirilebileceğine inanan bir doktrindir. O halde, bu hedeflere ulaşmak için propaganda yapanlar ya da örgüt kuranlar zor yöntemini benimsemiş sayılmalıdırlar.

Bu sav, hukuk yönünden ve özellikle 141-142. maddeler açısından yanlış ve ceza hukukunun ana kurallarına da aykırıdır. Çünkü;

a. Maddelerde zımnî zor ögesinin kabulü, suçların temel ögesi olan *kast* ögesini ortadan kaldırır ve *kasıtsız suç* kavramının doğmasına olanak verir ki, bu ceza yasasının "*kasıtsız suç olmaz*" ilkesine aykırı düşer. Bilindiği gibi bu maddelerde yazılı suçlarda

aranan kast özel kاستtır. Özel kast, genel olarak hukuka aykırı bir neticenin bilinip, istenmesinin yeterli olmayıp ayrıca hareketin belirli bir saikin itelemesi ile veya belirli bir amaca erişmek maksadıyla fiilin işlenmesinin, suçun oluşması için yasa tarafından arandığı hallerde sözkonusu olan kast türüdür.

Bu kasdın açık, seçik görülmesi ve ispatlanması gerekir. Bunun zımnî olarak kabul edilmesi hukuk açısından olanaksızdır.

b. Zımnî zor ögesinin kabulü halinde, “*kanunsuz suç olmaz*” ilkesi ortadan kalkar. Bu öge esas alındığı takdirde sol eğilimli partilerin kurulması olanağı ortadan kalkar. Bu tür partilerin kurulmasına olanak sağlayan Siyasi Partiler Yasası işlemez hale gelir. Anayasa’ nın kabul ettiği demokratik rejimden sözedilemez. Giderek, Anayasa’ nın “*siyasal partiler demokratik düzenin vazgeçilmez unsurlarıdır*” ilkesi yaralanır.

c. Böyle bir tutum, kişi ve kuruluşları peşinen suçlamak olanağını doğurur ve kişiyi temel hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakır.

d. Kaldı ki; Avrupa’da ve dünyanın öteki birçok ülkelerinde Komünist, Sosyalist ve Sosyal Demokrat partiler program ve tüzüklerinde “*Komünizm*”, “*Marksizm*”, “*Bilimsel Sosyalizm*”, “*Kollektivizm*” sözlerini öteden beri kullanagelmekte ve buna rağmen demokratik yöntemlerle çalışmalarını sürdürmekte ve iktidar olmayı amaçlamaktadırlar. Fransız Sosyalist Partisi, Fransız Birleşik Sosyalist Partisi, İtalyan Sosyalist Partisi ve Alman Sosyalist Partisi buna örnek olarak gösterilebilir.

Görülüyor ki, zımnî zor ögesinin kabulü, demokratik yöntemlerle iktidara gelme yolunu benimseyen sol partilerin varlığını ve faaliyetlerini olanaksız hale getirmektedir. Bu tutumun, günümüz demokrasi anlayışı ile bağdaşmadığı, gerek Anayasa’ mızın “*düşünce ve örgütlenme özgürlüğü*” ilkesine ve gerekse altında imzamız bulunan İnsan Hakları Evrensel Bildirisine ve Roma Sözleşmesine aykırı düştüğü de kuşkusuzdur.

## İNSAN HAKLARI VE 141 142. MADDELER

Anayasanın ikinci maddesine göre: *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”*

Yani Anayasa, *“Hukuk Devleti”*ni Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkesi olarak kabul etmiştir.

Hukuk devleti ne demektir?

Prof. Dr. Hicri Fişek, *“Kişiyi devlete karşı korumak”* başlıklı incelemesinde şöyle diyor:

*“Hukuk devleti kavramı, Türk siyasi hayatına 1961 Anayasası ile girmiş nisbeten yeni bir kavramdır. Gerçekten de bu kavram, tek başına alındığında devlete göre çok zayıf olan insanı devlete karşı korumak amacı ile 19. yüzyılda Batı Avrupa'da ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan hukuk devletinin ana amacı temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve hukukun üstünlüğü ilkesinin tam olarak uygulanmasıdır denilebilir.”<sup>10</sup>*

Danıştay 12. Dairesi eski başkam Kâzım Yenice'ye göre:

*“Hukuk devleti, bir bakıma bireyin dokunulmaz, vazgeçilmez haklarına, yönetenlerin saygılı olma zorunluluğudur. Başka deyişle Hukuk devletinin kurumsallaştırılması yönetilenlere hukuk güveni sağlamayı amaçlar.”<sup>11</sup>*

Prof. Bahri Savcı da hukuk devleti'ni tanımlarken:

*“Bir demokraside ilk basamak, hukuk devleti kavramıdır. Bu; bütün devlet organlarının, her türlü eylemlerinin, ancak bir hukuk alanında yapıldığı; bir hukuk denetimine bağlandığı devlettir.*

*Bir başka deyimle, hukuk devleti; devletin, insan ve grupların bütün durumlarını -davranışlarını- ilişkilerini İnsan Hakları öğretisine göre düzenleyip, kendisini, gene, aynı insan hakları anlayış ve*

<sup>10</sup> Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu, T.H.K. sa: 86

<sup>11</sup> Aynı yapıt, sa: 46

*düzenlemesinin denetimine bırakması devletidir. O, Hukuk, kendisinin yetkili organlarında denirken ve, kendisinin yönetim örgütlerinde uygulanırken, gene insan hakları eksenini üzerinde kalma devletidir.”<sup>12</sup> demektedir. Görülüyor ki, Hukuk Devleti'nin başta gelen görevi, kişinin temel hak ve özgürlüklerine, insan haklarına saygı göstermektir.*

Anayasa Mahkemesine göre:

*“Hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adli bir düzen kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini zorunlu sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uygun bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir. Çünkü, yasanın da üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri vardır. Yasalar, hukukun ana ilkelerine dayanmalıdır ve hukukun yüceliğini yansıtmalıdır.”<sup>13</sup> Yine yüksek mahkemeye göre, “Devletimiz Anayasanın 2. maddesinde ifade edildiği gibi bir hukuk devletidir. Kanunlarımızın anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır.”<sup>14</sup>*

Hukuk devleti “... bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan bir devlet demektir. İnsan hak ve hürriyetlerinin ve toplumun huzur ve refahının güvenlik altına alınması ise ancak ve ancak hukuki durumlarda kararlılık sağlamakla olabilir. Öte yandan, kararlılık da hukuk devletinin gereklerinden biri olarak ‘Kazanılmış hak kavramı’nın benimsenmesiyle gerçekleşir.”<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Aynı yapıt, sa: 113

<sup>13</sup> Anayasa Mah. K. 11.10.1963 T. 124/243 sayılı karar

<sup>14</sup> Anayasa Mah. K. 22.12.1964 T. 963/166 esas, 964/76

<sup>15</sup> Anayasa Mah. K. 29.11.1966 T. 866/11-4 sayılı karar.

141 -142. maddelerin uygulanmasında Hukuk Devleti ilkesine, insan haklarına, uygar ülkelerce kabul edilen hukuk ilkelerine ve kazanılmış haklara saygı kuralına uyulmakta mıdır?

Örneğin düşünce açıklama özgürlüğüne, dernek kurma özgürlüğüne, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğüne ve kazanılmış haklara saygı gösterilmekte midir?

Bu soru üzerindeki düşüncelerimizi açıklamadan önce 141. maddenin “Düşünceye ölüm cezası” veren hükmü üzerinde durmak istiyor ve değerlendirmeyi okuyucuya bırakmak istiyoruz.

### **141. Maddede Ölüm Cezası**

141. maddenin okunmasından da anlaşılacağı gibi, maddenin ikinci fıkrası, yasadışı olarak nitelenen derneklerin bir kaçını yani iki ya da daha fazlasını yönetenlere ölüm cezası vermektedir. Başka bir deyişle madde, “*düşünce suçu*” olarak tanımlanan suçlarda ölüm cezası' nı kabul etmiştir.

Ölüm cezası, 141. maddeye 1951 yılında Tekirdağ milletvekili Şevket Mocan ve 108 arkadaşının ek değişiklik önerisi ile getirilmiştir. Öneride: “*Bu fiilleri işleyen ‘merkez icra’ ve vilayet başkan, sekreter, takviyeci, irtibatçı iseler veya bu fiiller seferberlik veya harp halinde işlenirse ölüm cezası verilir.*” denilmiştir. (2/37 sayılı yasa önerisine ek)

T.B.M. Meclisi ise bu öneriyi değiştirerek, yasadışı iki ya da daha ziyade örgütün yöneticisine ölüm cezası verilir, şeklinde yasalaştırmıştır.

Böylece düşünce'yi ölüm cezası ile cezalandıran bir yasa maddesi Türk Ceza Yasası'nda yer almıştır.

### **Hukuka Aykırı Uygulamalar**

141. maddenin amacı kuşkusuz devlet'i korumaktır. Madde bu amaçla düzenlenmiş ve kabul edilmiştir. Ancak günümüzde savunulan ve kabul edilen “*devlet*” anlayışına göre, yasalar devlet'i korurken İnsan Hakları'nı, kişinin temel hak ve özgürlüklerini de birlikte koruyacaktır. Devletin korunması demek, bu anlayışa göre,

kişi hak ve özgürlüklerinin de korunması demektir. Bir yandan devlet korunurken öte yandan İnsan Hakları da korunmalıdır. Devlet korunurken insan hakları bir kenara itilir ve bunlara saygı gösterilmezse bu, Hukuk devleti ilkelerine ve günümüz devlet anlayışına ters düşer.

Ülkemizde yıllardan beri sürdürülen uygulamalarda, yukarıda açıklanan ilkelere saygı gösterilmemiş, devleti koruma gerekçesi ileri sürülerek kişinin temel hak ve özgürlükleri görmezlikten gelinmiştir.

Burada önce "*Olağanüstü dönem yargısı*" diyebileceğimiz bir olguya değinmekte yarar görüyoruz.

Kimi siyasal partiler, sendikalar ya da dernek ve kuruluşlar hakkında kuruluşlarından ya da belli faaliyetlerinden 8-10 yıl gibi uzun bir zaman geçtikten sonra, yasadışına dönüştükleri ileri sürülerek 141. madde uyarınca davalar açılmıştır.

Bu kuruluşlar, *olağan dönemlerde*, kuruluş tarihlerinden başlayarak yıllarca faaliyet göstermişler ve haklarında ne kapatma davası ve ne de bir ceza davası açılmamıştır. "*Olağanüstü dönem*"ler başlayınca adı geçen kuruluşların yöneticileri, hatta üyeleri sorguya çekilmişler, suçlu görülerek haklarında kamu davaları açılmıştır.

Oysa olağan dönemlerde de devletin C. savcıları ve mahkemeleri görev başındadırlar. Yasalar yürürlüktedir. C. savcılarının kovuşturma ve dava açma yetkileri vardır. Kuruluşların yöneticilerinin faaliyetleri devlet görevlilerinin gözleri önünde ve denetimlerinde yürütülmüştür. Vatandaş, bu izlemelere ve denetimlere rağmen soruşturma açılmamasını suç işlenmediğinin bir delili sayarak çalışmalarını sürdürmüştür.

Ama olağanüstü dönem başlayınca, dün suç sayılmayan eylemler suç sayılmaya başlanmıştır.

Oysa ülkemizde, olağan dönemlerde de, olağanüstü dönemlerde de yasalar ve özellikle 141. madde 1936 yılından beri yürürlüktedir. Yasalar aynı yasalar iken, devlet görevlileri görevleri başında iken olağan dönemlerde dava konusu yapılmayan eylemlerin olağanüstü dönemlerde dava konusu yapılmasının gerekçesi nedir? Yasalar mı değişmiştir? Yargılama usulleri mi değişmiştir? Böyle bir değişiklik olmadığına göre yargılama alanındaki bu değişikliği açıklamak mümkün müdür? Devlet olağan dönemlerde vatandaşa tuzak mı

kurmuştur?

İşte bu değişikliğin nedeni, bir "Olağanüstü dönem yargısı"nın ortaya çıkmasıdır.

### **Olağanüstü'lük ve Yargı**

Hukuk her zaman, olağanüstü kuruluşlara, olağanüstü yargı yerlerine ve olağanüstü delil değerlendirmelerine karşı olmuştur.

1961 Anayasasının konu ile ilgili gerekçesi şöyledir:

*"Herkesin, kanunun genel olarak koyduğu görev ve yetki esasları ile belli olan hakim tarafından muhakeme edilmesi, şahıs güvenliğinin baş şartıdır. Kişilerin kanuni (yani tabii), hakiminden başka mercilerce muhakeme edilmesi, bu alanda özel muameleye tabi tutulması, hukuk devletinin asla kabul edemeyeceği bir tutum teşkil eder.*

*Kişileri genel kaidelere göre belli olan tabii hakimlerinin elinden alıp, özel olarak kurulmuş olan üst mahkemelerin veya mercilerin kararına terk eden kanunların yapılmasını önlemek gayesiyle sevk edilmiş bulunan ikinci fıkra hükmü, sadece yakın tecrübelerin yarattığı bir reaksiyon hükmü değildir; devamlı bir ihtiyaca cevap vermektedir. Birçok anayasalarda ve eski Kanunu Esasımızda bile yer almaktadır." (K. Öztürk. C: 2, sa: 1663)*

1982 Anayasası da 37. maddesinde "Yasal hakim güvencesi" başlığı altında *doğal hakim* ilkesini düzenlemiştir. Bu maddenin gerekçesinde de şöyle denilmektedir:

*"...Bu suretle davanın 'olaydan' sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne götürülmesi yasaklanmakta, yani 'kişiye' yani 'olaya' göre 'kişiyi' yahut 'olayı' gözönünde tutarak mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise 'Tarafsız yargı mercii' güvencesinin ilk gereğidir."*

Gerçekten olağan mahkemeler, yasanın genel olarak koyduğu ilkelere göre önceden kurulmuş ve kuruluş açısından somut eylemlerle ilgisi olmayan mahkemelerdir. Yargıtay, Ağır ceza, Asliye ceza ve Sulh ceza mahkemeleri gibi.

Olağanüstü mahkemeler ise, genel mahkemelerin dışında doğal hakim ilkesine aykırı olarak, belli amaçlarla ve özellikle siyasal amaçlarla kurulan mahkemelerdir.

Ceza yargılaması alanında, "olağanüstülük" her zaman

yadırganmış ve bu kavrama karşı çıkmıştır. “Olağan” ve “olağanüstü” kavramları kuşkusuz karşıt kavramlardır. Yargılama hukuku alanında bu karşıtlık özel bir önem kazanmaktadır.

Ünlü cezacı Laski'ye göre, “Kişisel özgürlükler en belirgin şekilde olağanüstü mahkemelerin kurulması ile kısıtlanır... Olağanüstü mahkemelerin mutlaka bir mahkumiyete varmak için araç olduğunu tecrübe göstermiştir.” (Erem. Ceza Usulü, sa: 93)

Sayın Kunter'e göre, “Tabii hakim ilkesini ihlal etmeyen olağanüstü mahkeme mantıken kabul edilemez... Olağanüstü mahkeme, mevcut mahkemeye itimat etmemek veya belirli maksatlara uygun bir mahkeme kurmak ihtiyacından doğar. Olağanüstü mahkemeler tabii mahkeme olmadığından Anayasa'ya aykırıdır.” (Ceza Muhakemesi Hukuku. 4. bası, sa: 94)

Biz burada olağanüstü mahkemeler üzerinde değil, ceza yargılaması alanında zaman zaman rastladığımız “olağanüstü delil değerlendirmesi” denilebilecek bir tutum üzerinde durmak istiyoruz. Bu konuyu açıklığa kavuşturabilmek için “olağanüstü mahkemeler” ve “doğal hakim güvencesi” üzerinde durmakta yarar gördük.

### **Olağanüstü Dönem Yargısı**

Kimi çevrelerde, içinde yaşamakta olduğumuz dönemin “olağanüstü” bir dönem olduğu ve bu nedenle de her alanda bu olağanüstü dönemin değer yargılarının geçerli olması gerektiği, bunun, ceza yargılaması işlevi için de sözkonusu olduğu ileri sürülmektedir.

Bu düşünceye göre, yürürlükte bulunan yasa maddesi, olağan dönemlerde başka ve olağanüstü dönemlerde başka bir biçimde ve doğrultuda uygulanabilir ve uygulanmalıdır. Delillerin değerlendirilmesi olağanüstü dönemin gerekleri gözönüne alınarak yapılmalıdır.

Böyle bir düşünce ve tutum doğru mudur? Bu, Adalet kavramı ve yargılama hukuku kuralları, hatta ceza normları ile bağdaşabilir mi?

Hemen söyleyelim ki, bu tutum ve düşünce hem yanlış, hem de Adalet yönünden tehlikelidir. Konu Anayasa hukuku ve yargılama hukuku açısından da büyük önem taşımaktadır.

## **Hukuk Devleti Açısından**

Önce, olağanüstü delil değerlendirmesi, Hukuk devleti ilkesine ve bu ilkenin "*Kazanılmış*

*Haklar*" ögesine ters düşer. Çünkü bir yasa, yeni bir dönemin olağanüstü sayılan koşullarına göre değişik biçimde ve belli bir doğrultuda uygulanırsa bu, vatandaşın kazanılmış haklarını ortadan kaldırır.

Anayasa mahkemesi Hukuk devletini şöyle tanımlamıştır:

*"Hukuk devleti demek, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir düzen kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk ve anayasaya uyan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı bulunan bir devlet demektir. İnsan hak ve hürriyetlerinin ve toplumun huzur ve refahının güvenlik altına alınması ise ancak ve ancak hukuki durumlarda kararlılık sağlamakla olabilir." (27.12.1967 T. 968/11-44) Yine yüksek mahkemeye göre "Hukuki durumlarda kararlılık ise, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan (Kazanılmış hak kavramının) benimsenmesi ile gerçekleşebilir." (8.4.1963 T. 963/16-88)*

Görülüyor ki kazanılmış haklar, hukuk devleti ilkesinin bir ögesidir. Kazanılmış hakların tanınmaması, Hukuk devleti ilkesini yaralar.

Öyleyse, yürürlükteki bir yasayı, olağanüstü sayılan dönemlerde, olağan dönemlerden farklı bir biçimde uygulamak, Anayasanın ve Hukuk devleti ilkesinin güvencesi altında bulunan kazanılmış hakları ortadan kaldırır. Toplumsal yaşamda Adalete olan güveni sarsar, istikrarı yok eder.

## **Suçların Yasallığı Açısından**

Bilindiği gibi, hukuk devleti ilkesini ceza hukuku alanında somutlaştıran en önemli kural "*Suç ve cezalarda yasallık*" kuralıdır. Bu kurala göre, suç oluşturan her eylem yasada açıkça gösterilmelidir. Yasada açıkça gösterilmeyen bir eylemden ötürü kimseye ceza verilemez. Suç ve cezalarda yasallık kuralının bir sonucu ve uzantısı olarak, yeni çıkarılan yasalar geriye yürümez. Yargılama işlevinde "*Yorum*" ve "*benzetme*" (kıyas) yöntemleri ile karar verilemez.

Olağanüstü dönemlerde, bu ilkenin dışına çıktığı takdirde

yasalar, suç öğeleri ve yürürlükte olan yargılama yöntemleri ortadan kaldırılmış ve bir kenara itilmiş olur. Böyle bir yargılama ile ulaşılabilecek sonuç ve oluşturulacak kararın Adalet'i yansıtmayacağı kuşkusuzdur.

Temelde bir insan olan hukukçular da olağanüstü dönemlerin değer yargıları ile karşı karşıya kalabilirler. Ancak hukukçu olmanın özellikleri, hukukun temel ilkeleri, hukukçuların politik yönü ağır basan bu tür değer yargılarından uzak kalmalarını zorunlu kılar. Hukukçu, kendi bünyesinde geçicilik niteliğini taşıyan bu tür olağanüstü dönemlerin her türlü etkisinden uzak kalmak durumundadır. Aksi halde "Yargı" organının "yasama" organına ait fonksiyonları üstlenmesi gibi bir sonuç doğar ki bu da gerek 1961 ve gerekse 1982 anayasasının kabul ettiği "Güçler ayrılığı" ilkesine ters düşer.

"Olağanüstü dönem" değerlendirmesi ile hukukçunun ulaşacağı sonuçlar, hukuksal ve yasal olmaktan çok siyasal bir nitelik taşıma tehlikesi ile karşı karşıya kalır.

Siyasal ve askeri açıdan olağanüstü dönemler yaşanabilir. Ancak hukuk açısından olağanüstü bir dönemden söz etmek, hukuk normlarını olağanüstü bir değer yargısı ile kendi amaçları dışında uygulamak, hukuk kavramına, suçların yasallığı kuralına ve giderek hukuk devleti ilkesine aykırı düşer. Gerek olağan ve gerekse olağanüstü dönemlerde yürürlükteki yasa maddelerinin, hukuk'un yerel ve evrensel ilke ve kurallarının olduğu gibi uygulanması hukukçunun önde gelen görevidir. Siyaset Adalet'e yabancıdır. Adalet, yabancı madde kabul etmez.

Sayın Prof. Faruk Erem bu konuda şöyle demektedir:

*"Siyasal konulu adalet'e her toplumun siyasal geriliminin arttığı dönemlerde rastlanır. Bu gerilimden adalet'in zararsız çıkabilmesi, kolay değildir."* (Olağanüstü Yargılamalar. sa: 8)

Yine sayın hocamız, siyasetin Adalet'e karışmasının sakıncalarını şöyle dile getirmektedir:

*"Oranı ne olursa olsun yabancı unsur ile derhal bozulan biricik kavram Adalettir. Örneğin %90 altın, %10 bakır tozu karışımında yine %90 altın mevcuttur. Fakat %1 dahi olsa yabancı unsurun müdahale ettiği şey Adalet değildir."* (Ceza Adaleti, sa: 6)

- Yasalar çerçevesinde faaliyet gösteren ve yasaların verdiği hakları kullanarak, yasal yöntemlere uyarak toplantı ve yürüyüşler düzenleyen kimi demek ve sendikalar hakkında; 5-10 yıl gibi uzun süreler geçtiği ve bu süreler içinde sözü edilen toplantı ve yürüyüşlerden, yapılan konuşmalardan ötürü soruşturma ve dava açılmadığı halde, aradan 5-10 yıl geçtikten sonra T.C.Y.'nin 141. maddesine dayanılarak davalar açılmış, anılan toplantıların, yürüyüşlerin ve yapılan konuşmaların suç oluşturduğu ileri sürülerek ve bu toplantılar, yürüyüşlerle yapılan konuşmalar yeniden ele alınarak 141. maddenin maddi öğelerini oluşturduğu ileri sürülmüş ve mahkumiyet kararları verilmiştir.

Dernek ve sendika yöneticilerinin; *"Bu eylemler hakkında beş yıldan, 10 yıldan beri dava açılmadı, biz de bunların suç oluşturmadığı ve yasal olduğu inancı içinde, çalışmalarımızı sürdürdük, mademki bu eylemler suç oluşturmakta idi, devletin savcıları, mahkemeleri vardı, neden bizden hesap sorulmadı, devlet bize tuzak mı kurdu? Uygulama böyle yapılırsa devlete ve toplumsal düzene nasıl güvenilecektir?"* şeklindeki savunmalarına değer verilmemiştir.

- Gerçek ya da tüzel kişi, belli bir eylemden ötürü yargılandıktan, aklanmasına hüküm verildikten ya da hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildikten sonra hakkında 141. maddeye dayanılarak dava açılabilmiş ve aklandığı eylemleri 141. madde çerçevesinde yeniden ele alınarak mahkumiyet kararı verilmiştir. Oysa kişinin belli bir suçtan aklanması, artık bu eyleminden ötürü yeniden yargılanmamasını gerektirir. Aklanma, kişi için *"kazanılmış bir hak"* tır. Kazanılmış hak, Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, hukuk devletinin bir ögesidir. 12 Eylül 1980 tarihinden sonra Töb-Der hakkında 141. maddeye dayanılarak açılan davada bu uygulamanın örnekleri görülmüştür.

- Bir dernek ya da sendikanın, yayınladığı bildiri ya da yapıtlarda *"Emperyalizm, Faşizm, Sınıf, Burjuvazi, İşçi Sınıfı bilimi"* gibi kavramlara yer vermesinden ötürü, bu kavramlar yorumlanarak ve metnin amaçlamadığı sonuçlara ulaşılarak, bu sözcükleri ancak belli bir düşünce sahiplerinin kullandığı şeklinde bir varsayım ile anılan kuruluşlar hakkında davalar açılmış ve mahkumiyet kararları verilmiştir. Oysa ceza hukukunda *"kıyas", "akıl yürütme"* (istidlal) gibi

yöntemler uygulanamaz. Böyle bir tutum, Anayasanın güvencesi altında bulunan Düşünce açıklama özgürlüğü ile bağdaştırılamaz. Bu uygulamanın örnekleri de 12 Eylül sonrası açılan Töb-Der davasının kararında görülmüştür.

Günümüz dünyasında, özellikle bilimsel alanda: İşçi sınıfı, Emperyalizm, Faşizm, Sınıf mücadelesi, Burjuvazi, İşçi sınıfı bilimi, sömürü gibi kavramlar bilim adamları, araştırmacılar, ekonomi ve siyaset bilimi uzmanları ve basın mensupları tarafından sık sık kullanılmaktadır. Bu kavramlar bilim diline mal olmuş kavramlardır. Herhangi bir kişinin bu tür deyimleri kullanması suç ögesi olarak değerlendirilemez. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu benzer bir konuda verdiği kararda şunları söylemektedir: “Bir kimsenin üslup ve edasının Marks’ın üslup ve edasına benzediği iddia ve gerekçesiyle komünistlik suçundan mahkum edilmesi gerektiğini ileri sürmenin, ne ceza hukuku prensiplerine ne de Türk ceza kanununun 141-142. maddelerinin açık hükümlerine, ne de T.C.K’nun Birinci maddesinde yazılı (Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez.) kaidesiyle bağdaştırılmasına imkan olmadığını izaha dahi lüzum görülmemiştir.”<sup>16</sup>

- 141-142. maddelerde zor ögesi vardır. Yukarıya alman mahkeme kararlarında gösterildiği gibi maddelerin yazılışı ve kullanılan sözler bunu doğrulamaktadır. 1951 yılında TBMM, de maddeler görüşülürken, bu konuda yapılan eleştirilere ve istemlere yanıt veren hükümet sözcüsü tarafından, maddelerde zor ögesinin bulunduğu, ayrıca madde metnine “cebir ve şiddet” sözlerinin eklenmesine gerek bulunmadığı açıklanmış ve bu açıklamaya göre madde oylanarak kabul edilmiştir. Yani yasa koyucunun iradesi bu yolda oluşmuştur.

Oysa 12 Mart ve 12 Eylül dönemlerinde maddelerde “zor” ögesinin bulunmadığı kabul edilerek uygulama yapılmıştır. Örneğin bir konuşmada ya da yayında “Sosyalizm”, “Bilimsel sosyalizm”, “işçi sınıfı bilimi” gibi deyimlerin geçmesi ceza yargılamasında yorumlara konu yapılmış, sosyalist bir düzenin kurulmasını istemek, bunu bir özlem olarak dile getirmek komünizm propagandası ya da övmesi

<sup>16</sup> 3.6.1968 gün ve 196 sayılı karar.

olarak değerlendirilmiştir. “Sosyalizm” ve “bilimsel sosyalizm” kavramlarında “zor” ögesi yani ihtilal yöntemi kullanma amacı peşinen varsayılmıştır.

Konuşmacı ya da yazar bu konuda açıklama yapmasa, yöntem olarak zor önermese bile sosyalist bir düzenin ancak zor kullanarak gerçekleştirilebileceği görüşünden hareket edilerek hükümler verilmiştir. Böyle bir uygulama, yoruma dayalı olup ceza hukuku ilkelerine ters düşmektedir.

Anımsatmakta yarar vardır ki, yıllarca önce Fransız, İtalyan ve İspanyol komünist partileri, iktidara gelebilmek için demokratik yöntemleri ve seçim yolunu benimsemişler Ve bunu dünyaya ilan etmişlerdir. Konunun ideolojik planda tartışması bir yana, bu olguya hukuk açısından bakıldığında, 141-142. maddeler uygulanırken “zımnî zor ögesi”nin kabulü, mantıksal dayanağını tamamen yitirmektedir. Programında “Ben komünistim, Marksist Leninistim, komünist bir düzeni gerçekleştirmeyi amaçlamış bulunuyorum, bunun için mücadele veriyorum” diyen ama seçimler yoluyla iktidara gelmeyi ilke olarak kabul ettiğini ilan eden komünist partilerinin bulunduğu bir dünyada, konuşma ya da yayınlarında “Sosyalizm”, “Bilimsel sosyalizm”, ya da “işçi sınıfı bilimi” sözlerini kullanan kişi ve kuruluşları, “Bu kavramları kullananlar, ihtilal yöntemini benimsemiş sayılırlar” mantığı ile cezalandırmak hukuka ve akla aykırı düşer.

Nitekim Şili’de Başkan Ailende, Marksist ideolojiyi benimsemiş bir kişi olduğu ve bu da Şili halkı tarafından bilindiği halde, yapılan genel seçimler sonunda halkın oylarıyla devlet başkanlığına seçilmiş ve iktidara gelmiştir. Bu örnek de yukarıda açıklanan hukuksal değerlendirmeleri doğrulamaktadır.

## **Töb-Der Davası**

12 Eylül döneminde Töb-Der (Tüm Öğretmenler Birleşme ve Dayanışma Derneği) yönetici ve üyeleri hakkında açılan dava sonunda verilen karar, bu dönemin 141. madde ile ilgili uygulamalarına önemli bir örnek oluşturmaktadır.

Bu dönemde, yasal olarak kurulmuş, on yıla yakın bir zaman süreci içinde C. Savcılarının, Kolluk Güçlerinin ve tüm devlet

görevlilerinin gözetim ve denetimi altında çalışmalarını sürdürmüş, bu süre içinde yasadışına dönüştüğü konusunda hiçbir iddia ileri sürülmemiş Töb-Der yönetici ve üyeleri hakkında 141-142. maddelere dayanılarak dava açılmış ve mahkumiyet kararı verilmiştir.

Yukarıda olağanüstü hallerde ve özellikle 12 Eylül döneminde yer verilen, bir tür “*olağandışı yargılama*” olarak nitelenebilecek bir yöntemle değinilmiş, açıklama yapılmış ve bu konuda Anayasa ve Ceza yasası maddelerine dayanılarak olağanüstü dönemlerde de olsa, hukuk alanında, olağandışı yargılama yöntemlerine başvurulamayacağı söylenmişti. 5 ya da 10 yıl süren olağan dönemlerde suç sayılmayan, hakkında kovuşturma açılmayan, hatta soruşturma açılıp da kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen, ya da beraat kararı verilen konuşma, yayın ve eylemler, olağanüstü dönemlerde yeniden ele alınıp dava konusu yapılmış ve mahkumiyet kararları verilmiştir. Yürürlükteki Basın yasasına göre “*dava zaman aşımı*”na uğramış yayınlar hakkında da soruşturmalar açılmıştır.

Töb-Der davasının yargılanmasında da, olağanüstü dönemlerin bu özel uygulama anlayışı etkisini göstermiştir. Bu davada Askeri Yargıtay önünde yapılan savunmada şu düşüncelere yer verilmiştir:

*“İddianamede ve kararda, Töb-Der ile ilgili olarak ortaya konulan ve suç sayılan eylemler, olağan bir dönemde, Hukuk Devleti ilkesine belli bir oranda saygı duyulan bir ortamda meydana gelmiştir. Her toplumda ve toplumsal gelişmenin her döneminde bir devlet düzeni, bir hukuk düzeni varolagelmiştir. Bu düzen Anayasaların ve yasaların çizdiği sınırlar içinde, yargı organlarının verdiği kararlarla yürütülür. Dava konusu eylemlerin meydana geldiği dönemde de bir devlet, bir hukuk düzeni vardı. Bu devlet, Yasama, Yürütme ve Yargı organları ile faaliyet halinde olup, var olan düzeni koruyordu. Yürütme'ye bağlı birimler, kolluk kuvvetleri ve C. savcılarını suçları izliyor ve gerek görülen hallerde kamu davaları açıyordu. Eylemler yargı denetiminden geçiyor, suç işlenip işlenmediği, yasa sınırlarının aşılmış aşılmadığı saptanıyordu. Yürürlükteki Anayasa ve yasaların tanıdığı hak ve özgürlükleri kullanan müvekkillerimiz dernek yöneticileri ve üyeleri, toplantılar, yürüyüşler düzenliyor, konuşmalar yapıyor ve derneğin amacı doğrultusunda faaliyet gösteriyordu. Bu eylem-*

*lerin ve çalışmaların suç oluşturduğunu ileri süren savcılar kamu davaları açıyor ve mahkemeler, yasalara göre bu eylemlerin herhangi bir suçu oluşturmadığı sonucuna varıyor ve beraat ve takipsizlik kararları veriyordu.*

*Bu kararların büyük bir bölümü dosyadadır.*

*Günümüzde de aynı yasa hükümleri yürürlüktedir. Ceza yasası, Dernekler yasası, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri yasası, Basın yasası ve Yargılama usul yasaları yine yürürlüktedir.*

*O dönemde suç sayılmayan, mahkeme kararları ile suç oluşturmadığı anlaşılan ya da yasalara göre zaman aşımı ve hak düşürücü süreler nedeniyle kovuşturulması olanaksız bulunan kimi eylemlerin bugün yeniden müvekkilimizin karşısına çıkarılması, Hukuk Devleti ilkesi ile ve Hukuk Devleti ilkesinin temel öğelerinden biri olan Kazanılmış haklarla bağdaşabilir mi? Toplumda istikrar kavramı ile bağdaşabilir mi?*

*Olağanüstü dönem gerekçesi ile, kurulu bir düzenin geçmiş işlevleri geçersiz sayılarak, o düzenin bahsettiği haklar (kazanılmış haklar) ortadan kaldırılabilir mi? Kusurlu olduğu ileri sürülen bir toplumsal düzenin hesabı, o düzenin yargıya ilişkin işlemlerine ve kararlarına itibar edilmeyerek müvekkilimizden sorulabilir mi? Vatandaş, yargı organları önünde aklandıktan sonra yeniden yargılanabilir mi?*

*Böyle bir tutum, "müesses nizam"ı korumak iddiasında olan 141. madde ile bağdaşabilir mi? Bir yandan müesses nizamın korunması öte yandan bu nizamın tanıdığı hakların tanınmaması bir çelişki değil midir?*

*Bütün bunlar gözönüne alınmadığı takdirde hatıra "Acaba devlet, 12 Eylül'den önce vatandaşlara bir tuzak mı kurmuştur?" sorusu gelir ki, bu soru ve düşünce devlet kavramı ile bağdaşamaz."*

*Askeri Yargıtay dördüncü dairesi, bu dava ile ilgili kararında bu konuda şöyle demektedir:*

*"... Kanunların, bütün kurum ve kuruluşları ile fonksiyonlarını tam olarak yerine getiren, suçların işlenmesinin istisnai olduğu ve suçluların da en kısa sürede yargı mercileri önüne istisnasız olarak çıkarılabildiği bir kamu düzeninin de uygulanmak üzere*

*kabul edilip çıkarıldıkları; Bu kanunlara vatandaşları ve egemenlik hudutları içinde bulunan kişileri riayet ettirmek ve kamu düzeninin bozulmasını engellemek ile görevli ve yetkili olan devlet, bütün alınan tedbirlere rağmen kamu düzeninin bozulmasını engelleyemediği takdirde, suç işlemekle kamu düzenini bozmuş kişileri önceden konmuş kurallara göre zamanında gerekli şekilde cezalandırmak yetkisi varolmakla beraber, Devletin bu görevini, bütün kurum ve kuruluşları ile uyum içinde çalışabildiği oranda yerine getirebileceği; Devletin sözünü ettiğimiz bu fonksiyonunu yerine getirmekte değişik nedenlerle zaafa düştüğü zamanlarda makul ve suç işleme kastını taşımayan kişilerin, soyut kuralların arkasına sığınıp bozulmuş olan kamu düzeninden yararlanmak ve kamu düzenindeki bozuklukları daha büyük boyutlara ulaştıracak taleplerde bulunmalarının demokratik ve makul düşünce kurallarına aykırılığı aşikar olduğu ... cihetle ... temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.” (15/ 2/083 gün, 9883/1 - 159 K.)*

Bu anlayışa göre devletin, işlevini yaparken zaafa düşmüş olduğu hallerde, bu tür dönemlerin hesabı, daha sonraki “*olağanüstü dönemlerde*” sorulabilecektir. Yani suç, zaafa düşen devlet kadrolarının değil, vatandaşların olacaktır.

İnancımıza göre böyle bir değerlendirme, Devlet, Devletin sürekliliği, Toplum yaşamında kararlılık ve güvence ve giderek Hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaştırılamaz. Vatandaş; bir mahkeme kararı ile aklanmış ise suçsuzluğunu ve bu konuda kendisinden bir daha hesap sorulmayacağını, bir olayda, bir yayında zamanaşımı süresinin geçmesi halinde vatandaş artık kendisi hakkında bu konuda bir dava açılmayacağını, bir suç olayından sonra da takipsizlik kararı alan vatandaş kendisi hakkında “*yeni bir delil ve olay*” ortaya çıkmadıkça yeniden kovuşturma açılmayacağını bilmeli, buna inanmalı ve buna güvenmelidir. Bu, Devlet’in vatandaşa verdiği, vermesi gereken bir güvencedir. Böyle bir güvence toplum ve bireyin yaşamında “*kararlılık*” (İstikrar) yaratır, huzur yaratır. Anayasa mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, toplum yaşamında *kararlılık*, Hukuk Devleti’nin bir özgesidir. Bu da “*kazanılmış haklara*” saygı gösterilerek sağlanır.

Davaya bakan Ankara sıkıyönetim 3 No.lu askeri mahkemesinin kararında hükme dayanak olarak ele alınan ve derneğin dördüncü genel kuruluna sunulan 1976 - 1978 çalışma programı hakkında daha önce 1978 yılında Ankara dokuzuncu asliye ceza mahkemesinde dava açılmış, yapılan yargılama sonunda beraat kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. (8.5.979 gün, 978/705 es. 979/295 K. Sayılı ilam)

Bu kesinleşmiş beraat kararına rağmen sözü geçen yıllara ait çalışma raporu Töb-Der kararında *“Delillerin tartışma ve değerlendirmesi”* bölümünde ele alınarak suç delili sayılmış ve hükme dayanak yapılmıştır.

Töb-Der tarafından düzenlenen Demokratik Eğitim Kurultayı (DEK) hakkında Ankara Basın savcılığı tarafından soruşturma açılmış, yapılan konuşmalar, yayınlanan bildiri ve yayınlar incelenmiş, bilirkişiden rapor alınmış ve sonunda suç görülmemeyerek takipsizlik kararı verilmiştir. Bu takipsizlik kararına karşı yasal süresi içinde itiraz edilmediğinden karar kesinleşmiştir.

Ceza Yargılamaları usulü yasasının 167/2. maddesine ve 353 sayılı Askeri Yargılama usulü yasasının 109/3. maddesine göre, takipsizlik kararı verilen hallerde, ancak *“Yeni bir delil ya da olay”* ortaya çıkması halinde yeniden soruşturma açılabilir. Töb-Der davasında, DEK’te yapılan konuşmalar ya da yayınlar hakkında yeni bir delil ya da olay ortaya çıkmamıştır. Böyle bir iddia da ileri sürülmemiştir. Buna rağmen verilen takipsizlik kararı gözönüne alınmadan ve buna değer verilmeden dava açılmış ve mahkumiyet kararı verilmiştir. Oysa suç içermeyen bir yayın veya eylem, başka hiçbir suç için delil ve dayanak olarak ele alınamaz.

Askeri Yargıtay dördüncü dairesi bu konuda: *“... Bu kararlardan sonra yeni delillerin bulunması halinde veya yeni değerlendirmeye istinaden savcılıklarca her zaman dava açılabileceğinin kabul edildiği”* ileri sürülerek bu savunma red edilmiştir. Oysa, ne Ceza Yargılamaları usulü yasasında ve ne de 353 sayılı yasadaki takipsizlik kararına rağmen, *“Yeni bir değerlendirme”* nin dava açılmasına olanak verebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Hukuk kuralları dışında, genel olarak, olaylar hakkında yeni bir değerlendirme her zaman yapılabileceğine, hatta kesinleşmiş mahkeme kararlarına konu olan olaylar hakkında da bu tür yeni değerlendirmeler yapılabileceğine

göre, bu hal yeniden dava açılabilmesi için yeterli neden kabul edilirse, takipsizlik kararlarının hiçbir hukuksal değeri kalmaz. Bu da her zaman keyfi uygulamalara yol açabilir.

Bu davada mahkumiyet kararına dayanak olarak ele alınan ve kararın *"Delillerin değerlendirilmesi ve tartışılması"* bölümünde incelenen: *"Sosyal mücadelede Töb-derin yeri ve işlevi, Üretim Eğitim ilişkileri, Emperyalizmin eğitim politikası ve Türkiye, Emperyalizm, ulusal bağımsızlık ve Kültür"* gibi yayınlarla 1976, 1977, 1979 yıllarında yayınlanan gazetelerde yer alan yazılarla ilgili soruşturma açma hakkı, Basın yasasının 35. maddesine göre dava zaman aşımına uğramışlardır. Bu koşullarda artık dava açılmaz. Buna rağmen mahkeme bu yayınları suç delili olarak ele almış ve mahkumiyet kararına dayanak olarak göstermiştir.

Derneğin yayınlarında kullanılan: *"Anti-faşist, antiemperyalist, Hakim sınıf, İşçi sınıfı, İşçi sınıfı bilimi, devrimci demokrat, baskı, sömürü"* deyimleri, *"Marksist-Leninist terminolojinin deyimleri"* olarak nitelendirilip bu sözlerin kullanılması da derneğin yasasına dönüştüğünün kabulü için gerekçe sayılmıştır. (Ankara 3 No.lu Sıkıyönetim As. Mah. nin 25.12.981 gün, 981/342- 1081 sayılı kararı)

Oysa bu sözlerin kimileri Marksist literatürle ilgili olmayıp marksist teorinin ortaya çıkmasından önce de kullanılagelen sözler olduğu gibi, kimileri de ekonomi ve sosyal bilimler alanında araştırma yapan bilim adamlarınca her zaman kullanılan ve sosyal bilimler alanında yerleşmiş sözlerdir. Kavramları, kullanıldığı yer ve anlama göre değil de, ilk kullananların düşüncelerine, kullandıkları alanlara göre yorumlamanın yersizliği de açıktır. Özellikle kesinlik ve açıklık isteyen Ceza yargılamasında bu tür değerlendirmeleri doyurucu ve haklı bulmak olanaksızdır.

Askeri Yargıtay Dördüncü dairesinin anılan kararında (sayfa: 24 - 25) şöyle denilmektedir:

*"... Gerçekten sanıkların yönetimde buldukları dönemde ve öncesinden beri süregelen ve yaygın olan yayınlarda sürekli olarak kullandıkları terimlerin başında (Anti-faşist, Anti-emperyalist, Hakim sınıf, işçi sınıfı, işçi sınıfı bilimi, devrimci demokrat, baskı ve sömürü...) Marksist ve Leninist terminolojinin deyimleri gelmekte;*

*Bu deyimlerden biri olarak en sık kullandıkları, ilk kez kapsamlı ve*

*derli toplu olarak Marks-Engels tarafından 1848 yılında*

*Manifesto'da açıklanmış bulunan (İŞÇİ SINIFININ BİLİMİ) deyimini alıp dava dosyalarına Ek: 3'deki Marksçı-Leninci Felsefe sözlüğündeki karşılığına bakıldığında:*

*"Bilimsel sosyalizm de denir. Geniş anlamda tüm Marksçı Leninci teori ve bu teorinin felsefi, ekonomik ve sosyopolitik görüşleri; dar anlamda, işçi sınıfının bilimi ya da bilimsel sosyalizm denince, Marksçılık-Leninciliğin bir parçası, yani işçi sınıfının tarihsel görevinin, proletaryanın sınıf mücadelesinin, sosyalist devrimin ve proletarya diktatöryasının, sosyalist hareketin stratejisi ve taktiğinin, sosyalizmin ve sınıfsız toplumun kuruluşunun, sosyalist ve sınıfsız toplumun yönetiminin ve ulusal kurtuluş hareketlerinin öğretisi anlaşılır.."*

Daire kararının dayanak olarak gösterdiği Marksçı Leninci Felsefe sözlüğü Almanca aslından dilimize çevrilerek yayınlanmıştır. Yani çeviri bir yayındır. Ancak sözlüğün Almanca orijinalinde yani aslında İşçi Sınıfı bilimi deyimini ve bunun açıklaması yoktur. Bu deyim ve açıklamalar, sözlüğü çevirenler tarafından kendi kişisel düşünceleri olarak çeviriye eklenmiştir. Ülkemizde bulunan hiçbir sözlükte "*İşçi sınıfı bilimi*" deyimini yer almamıştır. Avrupa'da yayınlanan sözlüklerde de bu deyim raslanmamaktadır. Daire kararında ileri sürüldüğü gibi Komünist Manifesto'da İşçi sınıfı bilimi sözü kullanılmamış ve bu konuda her hangi bir açıklama yapılmamıştır.

Bu deyim, ülkemizde, (Batıda işçi sınıfının, verdiği mücadeleler sonunda kazandığı deneyimler ve bilgilerin bütünü) anlamında kullanılmaktadır.

Bir sözlüğü dilimize çevirenlerin, sözlüğün aslına bağlı kalmayarak sözlüğe ekledikleri kişisel düşünce ve açıklamalarına ve gerçeğe uymayan gerekçelere dayanılarak hüküm verilmesi yerinde ve haklı görülemez.

Kaldı ki, daha sonra, tüzüklerinde "*işçi sınıfı bilimi*" deyimini kullanan kimi sendikalar hakkında açılan davalar sonunda, İstanbul Sıkıyönetim askeri mahkemelerince beraat kararları verilmiş ve bu kararlar kesinleşmiştir. (İstanbul Sıkıyönetim 1 No.lu As. Mah. nin 22.12.982 gün, 982/504-1146 S. lı, yine aynı mahkemenin 4.4.985 gün, 985/18-141 S. lı ve yine aynı komutanlığa bağlı 3 No.lu As. Mah. nin 19.3.984 gün, 984/1766- 810 Sayılı kararları)

## “GÜÇLER AYRILIĞI” İLKESİ BİR KENARA İTİLİYOR:

12 Mart ve 12 Eylül gibi olağanüstü dönem yargılamalarında, Anayasanın “Güçler Ayrılığı” ilkesi bir kenara itilmiştir. 1961 Anayasasının 5, 6 ve 7. maddeleri ile 1982 Anayasasının 7, 8, ve 9. maddeleri, Güçler Ayrılığı ilkesini düzenlemiş ve bunu devlet kuruluşunun temeli kabul etmiştir.

Avrupa’da 18. yüzyılda Montesquieu ve John Locke tarafından ortaya atılan Güçler ayrılığı ilkesi, kısa zamanda Avrupa ve Amerika’ya yayılmış ve tüm uygar ülkelerce benimsenmiştir. 1787 yılında Amerikan Anayasası, Güçler ayrılığı ilkesini devlet kuruluşuna esas olarak almıştır. 1789 Fransız burjuva demokratik devrimini izleyen günlerde Fransız Ulusal Meclisi tarafından yayınlanan “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” nin altıncı maddesinde şöyle denilmiştir:

*“Vatandaş haklarının güven altına alınmadığı ve Güçler ayrılığının sağlanmadığı bir toplumda Anayasa yok demektir.”*

Sayın Prof. Münici Kapani *Kamu Hürriyetleri* adlı yapıtında konunun önemini şöyle dile getirmiştir:

*“... Ancak bu prensibin, dün olduğu kadar bu gün de önem ve değerinden hiçbir şey kaybetmeyen bir yönü vardır ki, o da yargı organının diğer organlar karşısında bağımsızlığıdır. Gerçekten, Yargı organının —yani mahkemelerin— siyasi organların her türlü etkisinden uzak bulunması ve onlara karşı tam bir bağımsızlığa sahip olması, demokratik rejimin temel şartlarından birini teşkil eder. Montesquieu’nün bu konuda söyledikleri, bugün hiç şüphe yok ki aynı tazeliikle tekrarlanabilir. Mahkemelerin, Yasama ve Yürütme organından ayrılmadığı ve hakim teminatının gerçekleştirilmediği yerlerde, hürriyetlerin güvenlik altında olduğundan sözetmek de imkansızdır... Devlet kudretinin sınırlandırılması ve kamu hürriyetlerinin etkili olarak korunmasını sağlamak için mahkemelerin özellikle Yürütme organı karşısında bağımsızlığının sağlanması gerekir. Kuvvetler ayrılığı prensibinin bugün için bütün önem ve ağırlığı bu noktada toplanmaktadır.”* Güçler ayrılığı ilkesine göre Yargı, bağımsız ve her türlü siyasal etkiden uzak bulunacak ve tam bağımsız görev yapacaktır.

## **Yürütme Yargıyı Yönlendiriyor**

9.9.1971 gününde, 971/35-50 sayılı iddianame ile İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 numaralı askeri mahkemesinde Cihan Alptekin ve 18 arkadaşı hakkında T.C. yasınının 146. maddesine dayanılarak bir kamu davası açılmıştır. İddianamede sanıkların, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını ortadan kaldırmaya ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görevine engel olmaya kalkıştıkları ileri sürülmüş ve ölüm cezası ile cezalandırılmaları istenmiştir. Sanıkların, adam kaldırma, silahlı tehdit, ruhsatsız silah bulundurma, silahlı çeteye girme, kişi özgürlüğünü tahdit, patlayıcı madde koyma gibi eylemlerde buldukları iddialarını inceleyen mahkeme; yargılama sonunda, bu eylemlerin T.C.Y.'nın 146. maddesinde gösterilen suç öğelerini taşımadığı, sanıkların böyle bir suçu işlemek için gerekli ve yeterli vasıtaya sahip olmadıkları, yani olayda yasanın aradığı "Elverişli vasıta" öğesinin gerçekleşmediği sonucuna varmış, sanıkların bu suçtan beraatlerine ve olaya uygun düşen başka maddelerden cezalandırılmalarına karar vermiştir.

Bu eylemlerin, T.C.Y.'nın 146. maddesine göre cezalandırılmasını isteyen 12 Mart yönetimi tarafından bu karar beğenilmemiştir. 22 Nisan 1972 gününde verilen bu karardan 18 gün sonra yani 10 Mayıs 1972 gününde, İstanbul Bir numaralı sıkıyönetim mahkemesi, Milli Savunma Bakanlığının 1706-2-72 sayılı emriyle kaldırılmıştır. Milliyet gazetesi 16.5.972 günlü sayısının birinci sayfasında olayı şöyle haber vermiştir:

*"Milli Savunma Bakanlığı, İstanbul Bir numaralı sıkıyönetim mahkemesini lağvetmiştir. Bakanlığın bu kararı Sıkıyönetim Birinci Ordu komutanlığına tebliğ edilmiştir. Bu mahkemenin baktığı ve bakacağı davalar 3 numaralı sıkıyönetim mahkemesine devredilecektir."*

Adıgeçen mahkemenin ortadan kaldırılmasından sonra mahkemenin duruşma hakimi Hakim Albay Remzi Şirin görevinden alınmış, önce başka bir göreve verilmiş daha sonra da kadro verilmeyerek emekli edilmiştir.

Bu olay, Sıkıyönetim askeri mahkemelerinin bağımsız

olmadıkları yolunda ötedenberi ileri sürülen savunmaların haklılığını kanıtladığı gibi, Yürütme organı tarafından Anayasa'nın Güçler ayrılığı ilkesinin de bir kenara itildiğini ve Yargıya açıkça müdahale edildiğini göstermektedir.

## **Yargı, Yürütmeye Yol Gösteriyor**

12 Mart döneminde Diyarbakır Sıkıyönetim Askeri mahkemesi, DDKO davasının yargılaması sonunda verdiği kararda Anayasanın "Güçler Ayrılığı" ve "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkelerini bir kenara iterek siyasal iktidara yol gösterine yolunu tutmuş ve böylece Yasama'nın ve Yürütme'nin işlevini üstlenmeye kalkmıştır. Mahkeme, dava ile ilgili kararının sonunda "Alınması zorunlu görülen tedbirler" başlığı altında Yürütme organına şu önerilerde bulunmuştur:

*"Ceza, davalarına bakan bir mahkemenin, yaptığı yargılama sonunda tesis ettiği hükümden, böyle bir başlıklı özel kısım açarak belirli konular bazı önerilere yer vermesinin ilk bakışta yadırganacağı ve belki de olağan sayılmayacağı akla gelmektedir. Anayasamızın kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş ve o doğrultuda hükümler getirmiş bulunması da, bu düşünceyi haklı gösterebilir.*

*Ancak bilindiği üzere;*

*Mahkemelere intikal eden uyuşmazlıklar, buralarda görülen davalar bir bakıma toplumun aynası mesabesinde. Tarih içerisinde yer alacak önemli hükümler üzerinde durularak, bunlardan yararlı sonuçlar çıkarılması ve ileride daha vahim sonuçlara meydan verilmemesi bakımından, bu sonuçların daima gözönünde tutulması icap etmektedir.*

*Gerek bu neden ve gerekse sorunların çözümünde esas yerine daha çok şekle değer verildiğinin malum bulunması, mahkeme-mizi böyle bir uygulamaya gitmek zorunda bırakmıştır.*

*Hükümün (Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinin görevleri), (Atatürkçülük) ve (Giriş) bölümlerinde açıklanan sebeplerden dolayı, yurdumuz 12 Mart dönemine getirildiğine ve (Var olmak-yok olmak) gibi çok elim bir alternatifle karşı karşıya bırakıldığına göre;*

*Tüm Anayasa ilkelerinin memleketimizde geçerliliğinin, yürürlüğünün sağlanabilmesi, öncelikle vatanın bölünüp parçalanmaması, milletin birlik beraberlik ülküsünü yitirmemesi şartına bağlıdır.*

*Bu şartın gerçekleşmesi için de, velev ki hata teşkil etse bile, hayati bir konuda uyarıda bulunmalı, ilmi ve akli uyanlar nazara alınmalıdır. Bu, toplumda her bireye düşen en kutsal görev sayılmalıdır.*

*İşte usul ve kanunlara uygunluğu inancına vardığı bu sebeplerden hareket eden mahkememiz, bakıp hükme bağladığı davaya konu olan suçlarla ilgili olarak, aşağıdaki önerileri ortaya koymak gereğini duymuştur.*

*1- Devletin bu tehlikeye karşı varlığını koruyabilmesi için, Anayasamızın tüm hükümlerinde ve özellikle ekonomik sorunlarla ilgili maddelerinde yer alan emir ve direktiflerin kısa sürede uygulanması yoluna gidilmeli,*

*2- Bu teori ve uygulamasına ilişkin, her türlü yayının, yurt sathına dağılmadan kontrolü sağlanmalı,*

...

*5. Vatan bütünlüğü, millet birlik ve beraberliğini bozmaya ve Türkiye Cumhuriyetini temelden yıkmaya yönelik ırkçı-bölücü nitelikteki çabalar, güvenlik kuvvetleri ve daha çok Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından, en son teknik araçlar ve yetenekli personel kullanılmak suretiyle yakından izlenmeli ve fiillerin yargı merciine intikalinde zorunlu tüm delillerin toplanıp, tes bitlerin yapılmasına önem verilmelidir. Yukarıda kaydedilen bu önerilerle, bu konuda akla gelebilecek diğer tedbirleri almak ve uygulamak, yasama ve idare organlarının görevi cümlesinden olmakla beraber;*

*Hükme bağlanan bu dava münasebetiyle muttali olunan ve yetersiz olduğu hissedilen tedbirlerin bu şekilde hükme dercedilmesinde, suçların Genel olarak önlenmesi prensibinden hareket edilmiştir.” (Sayfa: 538-540)*

Görülüyor ki mahkeme, kendi tutumunun, Anayasa'nın 5, 6, 7. maddelerinde düzenlenen “Güçler Ayrılığı” ilkesine aykırı düştüğünün

bilinci içinde olmasına rağmen, bağımsızlığını ihlal etmiş ve günümüze kadar adalet tarihimizde görülmemiş bir yöntem izleyerek siyasal iktidara önerilerde bulunmuştur. Özellikle, Milli İstihbarat Örgütünün adli soruşturma, delil toplama ve sorgulama gibi bir görevi olmadığı halde, bu örgütün bu tür görevler yapmasının önerilmesi gerçekten ilgi çekicidir.

### **Savunma Hakları Kısıtlanıyor**

12 Eylül döneminde, sıkıyönetim askeri mahkemelerinde yargılanan sanıklar, sürekli olarak duruşma esnasında, kendilerine emniyette ve Askeri ceza evinde işkenceler yapıldığını, insanca muamele yapılmadığını, dövülüp coplandıklarını, kendilerine kalem kağıt verilmediğini, kendi kalem ve kağıtlarının ellerinden alındığını, savunma yapmak üzere aldıkları notların ve derledikleri gazete kupürlerinin idarece alındığını ve böylece savunma haklarının engellendiğini ileri sürmüşler ve görevliler hakkında suç duyurusunda bulunulmasını istemişlerdir.

Kimi istisnalar dışında adı geçen mahkemeler bu istemleri, *“Askeri ceza evlerindeki olaylar mahkememizi ilgilendirmez. Ceza evleri sıkıyönetim komutanlığına bağlıdır. Şikayetlerinizin komutanlığa yapılması gerekir.”* gerekçesi ile reddetmişlerdir.

Bu gerekçenin yerinde olmadığı açıktır. Ana- yasanın 90. maddesine göre yasa hükmünde bulunan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin II. maddesine göre:

*“Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu açık bir yargılanma, ile kanunen suçlu olduğu tesbit edilmedikçe masum sayılır.”*

Yine İnsan Hakları'nın ve ana özgürlüklerin korunmasına ilişkin Avrupa sözleşmesinin 6/3-b maddesi de şöyle demektedir:

*“Her sanık, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak hakkına sahiptir.”*

Bu hükümler, sanığın savunma haklarını kullanabilmesi için, yargı yerlerinin bu konuda bütün olanakları sağlaması ve önlemleri alması gerektiğini göstermektedir. Savunma hakkı özellikle duruşmada kullanılacaktır. Duruşmanın yönetimi hakime aittir.

Savunma hakkını korumak, kullanılmasını sağlamak hakime ait olduğu gibi, bunu engelleyen durumları ortadan kaldırmak da hakime ait bir görevdir. Konumuzla ilgili son bir gelişme, İstanbul İki numaralı sıkıyönetim askeri mahkemesinde görölmekte olan DİSK davasından tutuklu bulunan sanık ressam Orhan Taylan, askeri savcının esas hakkındaki mütalaasını okumakta olduğu duruşmaya getirilmiştir.

Duruşmada Orhan Taylan söz alarak duruşma hakimine, duruşmada bulunmak istemediğini söylemiş ve daha sonraki duruşmalara çağrılmamasını talep etmiştir. Bunun nedenini soran duruşma hakimine: *“Cezaevinden gelirken kalem ve kağıtlarını aldıklarını, bu durumda not alma olanağına sahip bulunmadığını, Askeri savcı tarafından okunan esas hakkındaki mütalaayı belleğinde tutamayacağını* (Esas hakkındaki mütalaa 809 sayfadır), *bu nedenle duruşmaya getirilmesinin bir yararı olamayacağını”* söyleyerek isteminin nedenlerini açıklamıştır. Duruşma hakiminin: *“Biz sana burada kalem kağıt verebiliriz”,* demesi üzerine de sanık Orhan Taylan: *“Bunun da bir yararı olmaz, çünkü cezaevine geri götürülürken geri alıyorlar”* yanıtını vermiştir.

Bu olay ilginç bir örnektir. Yıllardan beri bu olayların binlercesi meydana gelmiştir, şikayetler biteviye sürmüştür. Ama sonuç alınamamıştır. Suç duyurusu istemlerinin yapıldığı ve cezaevi yönetiminden şikayetlerin mahkemeye iletiildiği duruşmaları izleyen duruşmalarda sanıklar, yaptıkları şikayetlerden ötürü cezaevinde yeni baskılara uğradıklarını ve disiplin cezası aldıklarını bildirmişlerdir.

Sanıklar duruşmaya getirilmekte, duruşmada birçok resmi dairelerden gelen cevap yazıları okunmakta, tanıklar dinlenmekte, kimi kez yüzlerce sayfa tutan esas hakkındaki mütalaalar okunmakta, bilirkişi raporları, ekspertiz raporları üzerinde tartışmalar yapılmakta, ama bütün bunlara karşı itiraz ve savunmalarını yapma durumunda bulunan sanıklar not alamamakta ve belleğini kullanmak zorunda kalmaktadır.

Yine cezaevinden duruşmaya getirilen sanıklar çoğu kez, cezaevinde dövüldüklerini, coplandıklarını, hakarete uğradıklarını, bu

nedenle morallerinin bozulduğunu ve savunma yapabilecek durumda bulunmadıklarını ve bu konuda suç duyurusunda bulunmak istediklerini bildirmişlerdir. Bu istemler de genellikle reddedilegelmiştir.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Yüzlerce meslekdaşımız ve binlerce sanık yıllardan beri savunma haklarını kısıtlayan bu tür işlemlerle karşılaşmışlardır. Emniyette, ceza evlerinde, duruşmalarda bu durumlarla karşı karşıya gelmişlerdir.

Savunma hakkı kutsaldır. Anayasaya ve uluslararası antlaşmalara göre, dokunulmaz, vazgeçilmez haklardandır. Ama önemli olan bu hakkın da yaşama geçirilmesidir ve bu uygulamalardan özellikle hukukçular sorumluluk duymalıdır.

Yargılama yöntemleri, insanın savunma hakları, temelde demokratik bir yönetimin ölçüleridir. Bir ülkenin, savunma haklarına gösterdiği saygıya ve yargılama yöntemlerine bakarak o ülkenin demokrasi yönünden hangi gelişme aşamasında bulunduğunu anlamak ve saptamak olasıdır.

Savunma hakkının kısıtlanması, askeri cezaevlerinde tutuklu sanık - avukat görüşmesinde de görülmektedir.

Yıllardan beri ve özellikle 12 Eylül döneminde adı geçen cezaevlerinde, avukat - tutuklu sanık görüşmeleri cezaevi görevlilerince dinlenmekte ve izlenmektedir. 5-10 dakika ile sınırlı olan bu konuşmalara zaman zaman müdahale edilmiş ve konuşmalar kesilmiştir. Son zamanlarda bu görüşmeler üçlü telefon görüşmeleri halinde yapılmaktadır. Yani sanıkla avukatı telefonla görüşmekte ve konuşmaları görevlilerce başka bir alıcı aracılığı ile dinlenmektedir.

Oysa 353 sayılı Askeri mahkemelerin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki yasanın 91. maddesine göre, cezaevi görevlileri bu konuşmaları dinleyemezler. Ancak, iddianamenin askeri mahkemeye verilmesinden önce, gerek görürse askeri savcı ya da yardımcısı bu görüşmede hazır bulunabilir.

Askeri Yargılama usulü yasasına açıkça aykırı düşen bu uygulama sürmektedir.

Özellikle cezaevi yönetimi ve uygulamaları ile ilgili bir konuda konuşma yapılması halinde görüşme engellenmekte ve yasaklanmaktadır. Örneğin cezaevinde her hangi bir nedenle disiplin

cezası alan bir sanık, bu olayı ve nedenlerini avukatına anlatamamakta ve bu konuda savunulmasını sağlayamamaktadır. Böylece sanığın, verilen disiplin cezaları hakkında avukatı aracılığıyla itirazda bulunma hakkı engellenmiş olmaktadır.

## 146. MADDE

Türk Ceza Yasasının bu maddesi, ülkemizde 141. maddeden sonra, en çok uygulama gören yasa maddesidir. Özellikle ‐Olağanüstü dönem‐ olarak nitelenen 12 Mart ve 12 Eylül dönemlerinde yoğun bir biçimde uygulanmıştır.

146. madde yalnız ‐yasadışı‐ olarak nitelenen örgüt mensupları hakkında uygulanmamış, DİSK gibi yasal kuruluşlar hakkında düzenlenen iddianamelerde de sanıklar hakkında bu maddenin uygulanması istenmiştir. Sayısı binleri bulan sanık, bu maddeden yargılanarak hüküm giymiş olduğu gibi binlerce sanık da halen aynı maddeden yargılanmaktadırlar.

T.C.Y.'nın 146. maddesi şöyledir:

*‐Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil ve ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, idam cezasına mahkum olur.*

*65. maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiilî fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı mahallerde nutuk irat ve yahut yafta talik ve neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeye teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi, idam cezası hükmolunur. (Ağır Ceza) Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenlerden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur. (Ağır ceza)‐*

Görölüyor ki maddenin birinci ve ikinci fıkralarında gösterilen eylemleri işleyenlere ölüm cezası ve üçüncü fıkraya ayları eylemde bulunanlara da beş yıldan onbeş yıla kadar ağır hapis cezası öngörölmüştür.

27 Mayıs'tan sonra oluşturulan Yüksek Adalet Divanının ve Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinin kararlarına göre, 146. madde, yukarıdan aşağıya ve aşağıdan yukarıya olmak üzere iki biçimde ihlal edilmektedir. Yukarıdan aşağıya ihlaller Yasama organı tarafından yapılan ihlallerdir. Aşağıdan yukarıya doğru yapılan ihlaller de

Anayasa düzenini ve Türkiye Büyük Millet Meclisini hedef alan girişimlerle meydana gelmektedir. Bunlardan birincisine Yassıada Yüksek Adalet Divanı tarafından görülen dava, İkincisine de Talat Aydemir ve arkadaşları hakkında açılan dava örnek gösterilmektedir.

Ancak Sıkıyönetim askeri mahkemelerinde açılan davaların hemen tümü yasadışı örgüt yönetici ve üyeleri hakkında açılmıştır. Disk davası bunun istisnasını oluşturmaktadır. Bu davada DİSK'in yasadışına dönüşerek 140. maddeyi ihlal ettiği ileri sürülmüştür.

### **146. Maddenin Uygulaması**

Daha başta söylemek gerekir ki yasal ve yasadışı örgüt ve kuruluşlar hakkında bu madde ile açılan ve hükme bağlanan davalarda yanlış değerlendirmeler yapılmış ve yanlış kararlar verilmiştir. 12 Mart döneminden bu yana yanlış uygulamalar süregelmiş olup, günümüzde de devam etmektedir. Başlatılan yanlış uygulamaların düzeltilmesi yolunda herhangi bir gelişmeye de rastlanmamaktadır.

Yasakoyucunun amacına ve yasanın metnine ayları düşen bu uygulamalar, inancımıza göre, olağanüstü dönemlerin yarattığı psikolojik ortamdan ve içinde bulunulan siyasal konjonktürden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle verilen kararlarda hukuksal olmaktan ziyade siyasal nitelik ağır basmaktadır.

### **Uygulamadaki Yanılgılar**

Biz burada kısaca 146. maddenin öğelerini açıklayacak ve uygulamanın yanılgılarını ortaya koymaya çalışacağız.

1. Maddenin birinci öğesi "*kast*"tır.

Bu maddedeki kast, "*özel kast*"tır.

Bu kasdın oluşabilmesi için sanığın, T.C. Anayasasını ortadan kaldırmaya ve T.B.M. Meclisinin görevini yapmasına engel olmaya kalkışması gerekir.

146. maddeye göre açılan davaları gören çoğu yargı organları, bu madde ile yargılanan sol görüşlü tüm sanıkların böyle bir kast ile hareket ettiklerini varsaymışlardır. Bu kişilerin, Marksist - Leninist kuramı benimsedikleri, bu kuramın da varolan düzeni yıkararak yerine komünist bir toplum düzeni getirmek istedikleri ve böylece varolan

anayasal düzeni kaldırmak, Büyük Millet Meclisinin görevine engel olmak amacı ile hareket ettikleri kabul edilmiştir.

Oysa bu tür bir genelleme, yanlışını kendi içinde taşımaktadır. Sol eğilimli insanlar arasında değişik görüşte, değişik mücadele yöntemlerini benimseyen kişilerin bulunduğu kuşkusuzdur. Her sol düşünceli insanın, yukarıda açıklanan varsayımları benimsediğini kabul etmek ve böyle bir genellemeye gitmek, yargılamada ve delil durumunda "kesinlik" isteyen hukukun kabul edemeyeceği bir değerlendirmedir. Sol görüşlü insanlar arasında, demokratik yöntemlerle, yasal yolları kullanarak mücadele etmenin gereğine inanan kişi ve yöneticiler bulunduğu da açıktır. Bu tür düşüncelere sahip insanların, 146. maddeyi ihlal kastı taşıdığını kabul etmek, hangi türden olursa olsun sol düşüncelere toplum yaşamının kapılarını kapatmak anlamına gelir. Bu da herşeyden önce demokratik ilkelere ters düşer;

*"Demokratik ve yasal yöntemlerle de olsa sol düşünceli kişilerin ileriye dönük amacı sosyalist bir yönetimdir, sosyalist bir yönetim ise Anayasal düzenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur"* şeklinde bir "akıl yürütme" de ceza hukuku ilkelerine aykırı düşer. Çünkü Ceza Yasamız ve genel olarak ceza hukuku, kişilerin haldeki eylemlerinden sorumlu tutmayı emreder. İnsanlar, ileriye dönük düşüncelerinden ötürü bugün suçlanamazlar. Ceza yargılama hukuku, "İstidlal" denilen akıl yürüterek kişileri suçlama yöntemini red etmektedir.

Uygulamada, sanıklar emniyet binalarına götürülmekte, yapılan maddi ve manevi baskılarla kendilerine belli anlatımlar empoze edilmekte ve bunlara ilişkin tutanaklar imza ettirilmektedir. Bu yöntemlerle sağlanan emniyet anlatımlarında sanığın "Düşünce ve inançları" da klişe sözler halinde yer almaktadır.

*"Mensup olduğum örgütün amacı Türkiye'de burjuva sınıfını devirip yerine Marksist - Leninist bir düzeni yani komünizmi kurmaktır"* biçiminde ya da benzer sözlerle yazılan bu anlatımlar 146. maddenin manevi ögesini oluşturmaya yeterli sayılmaktadır. Daha sonraki aşamalarda, emniyet görevlileri tarafından düzenlenen bu anlatım tutanaklarını reddetme, bu "anlatım" ların etkilerinden kurtulma çabaları çoğunlukla sonuç vermemektedir.

Eğer maddi bir eylem varsa bu eylem de emniyet ikrarını

tamamlayan “maddi bir delil” sayılmakta, sanık 146. maddedeki kasdı taşımadığı halde suçlu duruma düşmektedir.<sup>17</sup>

Yargılamanın başından sonuna kadar tüm olayları ve düşüncelerini içtenlikle açıklayan Deniz Gezmiş ve arkadaşları savunmalarında sonuç olarak şunları söylemişlerdir:

*“Amerikan emperyalizmi yurdumuzda varoldukça bu talan devam edecektir. Türkiye'nin kalkınması için tek ve zorunlu şart*

*Amerika'nın yurttan atılmasıdır. Hem Amerika, hem kalkınma olmaz. Kalkınma toplumsal bir sorundur. Türkiye'nin kalkınması ve halkın kurtuluşu Amerikan emperyalizminin yurttan atılmasına bağlıdır... Bizler Amerikan emperyalizmine karşı mücadeleyi ilk şart gördüğümüz için silaha sarıldık ve mücadele ediyoruz. Tek amacımız budur. Bunun için Nurhak dağlarında mücadeleye başladık. Yoksa sayın savcının dediği gibi Anayasayı ortadan kaldırmak için değil...” (I. THKO Mahkeme Dosyası, Yöntem Yayınları, sa: 574-575)*

Kaldı ki burada “kast” ögesi açısından bir gerçeği açıklamakta yarar vardır:

Sol kesimde 146. maddedeki suçun maddi eylemi olarak kabul edilen banka soygunları, yaralamalar, öldürmeler vb. son incelemede sağ kesime bağlı kişi ve örgütlerin saldırılarına karşı kendini ve çevresini koruma ve savunma zorunluluğundan kaynaklanmıştır. Sağ kesimin örgütlenmesi, saldırıya geçmesinin başlangıcı çok eski tarihlere uzanmakla beraber özellikle son yirmi yılın olay ve gelişmeleri incelendiği zaman bu gerçek ortaya çıkmaktadır.

1968 yılından bu yana sağ bir partinin lideri tarafından sağ kesimin örgütlenmesine başlanmış, bu amaçla kamplar kurulmuş ve bir kısım gençler bu kamplarda silahlı olarak eğitilmiş ve saldırıya hazır hale getirilmiştir.

O tarihlerde C.K.M.P. genel başkanı olan Alpaslan Türkeş komando kampları konusunda bir demeç vermiş 19.8.1968 günlü

<sup>17</sup> Yargılama açısından bu sorun'un çözümü soruşturma yetkisini idare'ye bağlı emniyet görevlilerinden almak, hukuk eğitimi görmüş C. Savcılara vermek, başka bir deyişle, C. Savcılıklarına ve Adalet Bakanlığına bağlı bir “Adalet kolluğu” kurmak, kolluğun görevlerini arama, yakalama gibi işlemlerle sınırlamaktır.

gazetelerde yer alan bu demeçte şu sözleri söylemiştir.

*“Gençlik kollan çeşitli sportif ve kültürel faaliyette bulunuyorlar. Bu arada kendilerine Judo öğretiliyor. Komünistler memleketi sahipsiz sanıp da sokak hakimiyetini kuramazlar. Onların anlayacağı dilden konuşacak memleketçi, milliyetçi çocuklar vardır. Bunun için gençlerimizi mücadeleci olarak yetiştiriyoruz”*<sup>18</sup>.

Haberi veren gazetelerde demecin ardından şu mütalaalara yer verilmiştir:

*“Türkeşin bu konuda verdiği bilgiye göre, bini aşkın genç, genel idare kurulu üyesi Dünder Taşer'in nezaretinde her gün eğitime tabi tutulmaktadır. Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı Eğridir Komando okulundaki eğitimin eşi CKMP'li gençlere uygulanmaktadır”*<sup>19</sup>.

Sol kesimde adam öldürme, yaralama, banka soyma ve benzeri saldırı olayları görülmezken ve yokken, sağ kesime bağlı kişi ve kuruluşların saldırıları başlamıştır. Başka bir deyişle saldırılar yukarıda açıklanan hazırlıklardan sonra önce sağ kesim tarafından başlatılmıştır.

19.9.1969 gününde Işık Mühendislik Özel Yüksek Okulunda Mehmet Cantekin, bir komando saldırısı sonunda tabanca ile vurularak öldürülmüştür.

13.4.1970 gününde Akara Üniversitesi Tıp Fakültesi Fikir Kulübü başkanı olan bir öğrenciyi kantinden alıp bir araba ile kaçırmak isteyen komandoların bu hareketine engel olmak isteyen Dr. teğmen Necdet Güçlü bu komandolar tarafından tabanca ile alınından vurularak öldürülmüştür.

40.4.1970 gününde Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesini basan komandolarla meydana gelen kavgada Yaşar Serpin vurularak öldürülmüştür.

12.12.1970 gününde Hüseyin Aslantaş adındaki öğrenci İstanbul Çapa Yüksek Öğretmen Okulunu basan komandolar tarafından tabanca ile vurularak öldürülmüştür.

25.12.1970 gününde Nail Karaçam adındaki öğrenci, Ankara

<sup>18</sup> Ant Dergisi, 3.9.1968, sayı: 88, sa: 10

<sup>19</sup> Aynı dergi.

Üniversitesi Fen Fakültesi önünde arkadaşları ile birlikte gezerken komandolar tarafından atış sonucunda öldürülmüştür. Bu ateş sonunda Mehmet Demir ve Recep Sakım adındaki öğrenciler de ağır yaralanmışlardır.

27.12.1970 gününde İlker Mansuroğlu, Ankara Üniversitesi Fen Fakültesi önünde komandolar tarafından vurularak öldürülmüştür.

5.4.1971 gününde Niyazi Tekin adındaki öğrenci komandolar tarafından Balıkesir öğrenci yurduna yapılan baskın sonunda öldürülmüştür.

Bu örnekler çoğaltılabilir. Bu ve benzeri suç işleyenler emniyet tarafından aranmamış, bulunmamış ve bu olaylar "*faili meçhul cinayetler*" listesine eklenmiştir.

Bu ve benzer saldırılar karşısında sol kesime bağlı gençler de silahlanmışlar ve gerek kendilerini, gerekse ailelerini ve çevrelerini savunmak için eyleme geçmişlerdir.

Bu koşullar içinde bulunan, koşulların dürtüsü ile eyleme geçen gençlerin amaçları saldırılara karşı kendini koruma olduğu halde bunlar, "*Anayasal düzeni ortadan kaldırmak, Marksist - Leninist bir düzen kurmak*" istemekle suçlanmışlardır.

Oysa, ileride de açıklanacağı gibi, aynı eylemleri yapan, adam öldüren, banka soyan, kahve ve otobüs tarayan sağ kesime bağlı kişi ve örgütlerin bu eylemleri "*Anayasal düzene karşı*" kabul edilmeyerek, "*suç işlemek için örgüt oluşturma*" biçiminde nitelenmiş ve buna göre cezalandırılmışlardır.

#### **146. Maddede "Cebir" Konusu**

Uygulamada, bu madde sözü edilen "*cebir*" in maddi olabileceği gibi manevi de olabileceği kabul edilmektedir.

İnancımıza göre bu değerlendirme ve uygulama Türk Ceza Yasası açısından yerinde değildir, Bu yasanın açık metnine göre sözü edilen "*cebir*" maddi cebirdir.

Cebir, zor kullanmak anlamına gelir ve fiili, somut bir durumu anlatır. Türk Dil Kurumu'nca hazırlanan Türkçe Sözlük'e göre "*cebir, zor, zorlayış*" anlamına gelir. Cebir kullanmak da bilek gücü ile zorlamak demektir (sa: 135). Maddenin yazılış şekli hiç bir duraksamaya yer veremeyecek derecede açıktır. Madde "*cebren te-*

şebbüs” deyimini kullanmaktadır.

Cebir kelimesini, sevk ve kabul amacından uzaklaştırarak, genişletmek ve yorum yoluna gitmek hukuksal kabul edilemez.

Kimi yabancı hukukçular, iddianameye yansıyan yorum şekline uygun düşünceler ileri sürmüşlerdir. Ancak bu düşünceler, Türk Ceza Yasası’nın 146. maddesi esas alınarak ve gözönünde tutularak ortaya konmuş düşünceler değildir.

Bu düşünceler ve açıklamalar, bu hukukçuların kendi ülkelerinde yürürlükte olan ve 146. maddeye paralel olarak kabul edilen maddeler gözönüne alınarak ileri sürülmüştür.

Şöyle ki:

İtalya’da, Zanardelli Kanunu’nun 118. maddesi “*Kralı ve naibini muvakkaten olsa bile kısmen veya tamamen hakimiyetini ifadan veya Ayan ve Meb'usan meclislerini vazifelerini icradan men’e veya devletin Teşkilatı esasıyesine veyahut hükümet veya saltanatın intikâli ve usulünü zorla değiştirmeye mütedair bir fiil işleyen kimse*”nin cezalandırılmasını emretmektedir.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 283. maddesi “*Devletin anayasasını veya hükümetin şeklini anayasa tarafından uygun görülmeyen vasıtalarla değiştirmeye (mutare) matuf (mütedair – yönelik - ilişkin) (drette) bir fiil işleyenler*” cezalandırılır demektir. Maddenin matlabı “*Devletin anayasasına karşı kalkışma*” (attentato) şeklindedir.

Ceza kanunumuz, bu maddelerin bir benzerini teşkil eden 146. maddesinde, “*Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu’nun tamamını veya büyük bir kısmını tağyir, tebdil ve ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men’e cebren teşebbüs edenler*” cezalandırılır demektir.

Hükümler karşılaştırıldığında, bunların ortak yönünün, anayasa ve anayasal organlara saldırıların cezalandırılması olduğu görülür. Ancak Zanardelli kanunu suç teşkil eden fiilin niteliğini belirtirken “zorla değiştirmeye mütedair” ifadesine yer verirken, 1930 İCK. “*Anayasa tarafından uygun görülmeyen vasıtalarla değiştirmeye matuf (mütedair - yönelik) bir fiil işleyenler*” ifadesine yer vermiştir. Türk Ceza Kanunu ise “*iskata veya vazifesini yapmaktan men’e cebren teşebbüs edenler*” ifadesine yer vermiştir.

Gördüğü üzere, Zanardelli kanunu ve TCK “cebiri” “zor” terimlerine yer vermiş, 1930 İCK’ nunda bu kavramlara yer verilmemiştir. Türk Ceza Kanunu Zanardelli Kanunu’ndan ve 1930 İCK’dan farklı olarak “teşebbüs” terimine yer vermiştir<sup>20</sup>.

### **TCK’nun 146. Maddesini Ne Şekilde Anlamak Gerekir?**

TCK’nun 146. maddesinde yasaklanan fiil “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu’ nun tamamını veya büyük bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanunla teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisi’ni iskata veya vazifesini yapmaktan men’e cebren teşebbüs” fiilidir.

Fiili belirleyen özellik “cebir” unsurudur, çünkü hükümde anayasayı “tağyir ve tebdil veya ilgaya”, BMM’ni “iskata veya vazifesini yapmaktan men’e” teşebbüs etmekten değil, ama “cehren teşebbüs” etmekten söz edilmektedir. Gerçekten, Zanardelli Kanunu “...zorla değiştirmeye mütedair bir fiil işlemek”ten söz etmektedir. Buna karşılık, 1930 İCK’nda “zora” işaret eden bir söze rastlanmamaktadır. Bu durum, kanunumuzun kaynak kanuna girmeden kendi içinde yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır; çünkü ortaya koyduğu yapı itibariyle 146. maddenin kaynağı ne Zanardelli kanunudur, ne de 1930 İtalyan Ceza Kanunu’dur. Bundan şu sonuç çıkmaktadır: Suçla ihlal edilen ve cezayla korunan değerler veya menfaatler arasında bir ayniyet olmakla birlikte, söz konusu bu kanunlarda yer alan suç birbirinden farklıdır. Bu da TCK’nun 146. maddesinin kendi ifadesi içinde yorumlanmasını gerektirir. Yorumda geçerli yorum yöntemi amaççı yorumdur. Amaççı yorumda, maddeden hareketle normun amacı (natio) bulunmaya çalışılır. TCK’nun 146. maddesinin amacı, anayasa ve anayasayla kurulan TBMM’ne karşı saldırıları cezalandırmaktadır. Ancak, normun ifadesi her çeşit saldırıyı değil, “... cehren teşebbüs etmek” şeklindeki saldırıları cezalandırmaktadır. Şu durumda “cehren teşebbüs” suç sayılan fiilin “vasfını” teşkil etmektedir. Bu demektir ki, kıyas teşkil eder. Buna da TCK’nun 1. ve Anayasa’nın 38. maddesi gelmiştir. 1930 tarihli İCK’nun

<sup>20</sup> Zanardelli Kanunu için bkz. Mayno, Ceza Kanunu’ nun Şerhi, C. Z., Ankara, 1978.

283. maddesine bakarak farklı sonuca varmak mümkün değildir, çünkü söz konusu kanun “... *anayasa tarafından uygun görülmeyen vasıtalarla değiştirmeye matuf (diretto) bir fiili*” işlemekten söz etmektedir. Görüldüğü üzere bu kanunun fiile verdiği vasıf TCK'nun 146. maddesinin fiile verdiği vasıftan tamamen farklıdır. Bu farklılığın sonucudur ki, İCK bakımından suç teşkil eden fiilin cebri içermediğini savunmak mümkünken, TCK'nun 146. maddesi bakımından aynı şeyi söylemek mümkün olmaması gerekir.

Eski İsviçre ceza yasasının 45. maddesi de “*Cebren ilga gayesi ile...*” işlenen fiillerden söz- etmektedir. Yani anılan maddeye göre cebirin amaçta bulunması yeterli olup teşebbüs sayılan hareketlerde bulunmasına gerek yoktur. Yeni İsviçre Ceza Yasası'nın 265. maddesi de aynı düşüncüyü, İtalyan Ceza Yasası gibi “*Cebren tadile yönelik bir fiile teşebbüs*” şeklinde ifade etmiştir.

1871 tarihli Alman Ceza Yasası'nın, 146. maddemize koşut 81. maddesi de şöyle demektedir: “*Her kim Alman devletinin veya federal devletlerden birinin anayasasını... cebren değiştirmeye... teşebbüs ederse ...*”

Bu maddede de cebir, teşebbüs hareketlerinde değil, fakat ilerideki değişiklik anında aranmaktadır.

1951 tarihli Alman Ceza Yasası'nın aynı suçu düzenleyen 80. maddesinde de şöyle denilmiştir:

“*Cebirle yahut cebir tehdidi ile federal devletin anayasasına veya federal devletlerden birinin anayasasına dayanan esas teşkilat düzenini değiştirmeye, teşebbüs eden kimse...*”

Burada da cebir, değiştirmede, amaçta aranmakta, teşebbüs hareketlerinde aranmamaktadır.

Bütün bunları açıklamaktan amacımız odur ki, başta Manzini olmak üzere kimi hukukçular “cebrin teşebbüste aranmasına gerek yoktur” ya da “cebir manevi de olabilir” derken *kendi ülkelerinin yasalarını esas almış ve yasalara göre açıklamalarda bulunmuş olduklarını söylemektedir*. Bu düşünceleri, Türk ceza yasasının metni bakımından geçerli saymak ve yasalarımız uygulanırken bunlara dayanmak yanlış ve geçersizdir.

Aksi halde “*Kanunsuz suç olmaz*” ilkesi yaralanmış olur. Bu nedenle 146. maddedeki “cebir” sözünü genişletmek, fiili bir durum

ifade eden bu kelimeyi “*manevi anlamda da olabilir*” diyerek yoruma yönelmek yasa metninin sözüne ve ruhuna ayları düşer. Bu, amaç bir yorum olur ki ceza hukukunda bunun yeri olmaz.

Burada anımsamakta yarar vardır ki “*cebir*” sözünün manevi cebre doğru genişletilmesi giderek insan haklarını ve temel hakları sınırlama sonucunu doğurabilir.

#### **146. Maddenin İkinci Ögesi de “Teşebbüs”tür**

Bu madde ile düzenlenen suçun önemli öğelerinden birisi de “*teşebbüs*” (kalkışma) ögesidir.

A- Yasa maddesinde, hangi eylemlerin Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs niteliğinde kabul edilebileceği açıklanmamıştır. Maddede ceza yaptırımına tabi tutulan hareket “*teşebbüs*” sözü ile ifade edilmiştir.

O halde, “*teşebbüs*” kavramından ne anlamak gerektiğini açıklığa kavuşturmak gerekir. Türk ceza yasası, 61-62. maddelerinde “*teşebbüs*” ten ne anlaşılacak gerektiğini göstermiştir. Demek ki, bu kavramı açıklamak için başvurulacak kaynak bu maddelerdir.

Gerçekten her ceza yasasının kabul ettiği bir “*suç ve ceza düzenleme sistemi*”, bir suç ve ceza anlayışı vardır. Türk ceza yasasının da benimsediği bir sistematik mevcuttur. “*Teşebbüs*” sözünün açıklanmasında bu sistematik gözden uzak tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle, teşebbüs’ü tanımlarken, Ceza yasamızın kabul ettiği sisteme göre tanımlamak ve açıklamak zorunda bulunduğumuzu unutmamak gerekir.

Bundan çıkan sonuç şudur ki; teşebbüs’ü tanımlarken Ceza yasasının sistematikini bir kenara bırakarak, yasanın bütünlüğünü ortadan kaldırarak, bu sistematik ters düşen “*özel bir teşebbüs türü*” yaratmak hukuk açısından olanaksızdır. Bunun aksi söz konusu olsaydı, yasa koyucu 146. maddeyi düzenlerken “*teşebbüs edenler*” sözünü kullanmaz, özel terimler kullanır ve amacını somut olarak açıklardı.

O halde, yasanın kullandığı “*teşebbüs*” sözünü, Türk Ceza Yasası’nın sistematik içinde ve bu yasanın 61-62. maddeleri çerçevesinde ele almak ve uygulamak gerekir.

Yasa, sözü geçen maddelerinde tam ve eksik teşebbüs hallerini

düzenlemiştir. Ancak inceleme konusu 146. madde, tam ve eksik teşebbüs halleri arasında, maddenin uygulanması bakımından bir ayırım yapmamıştır.

Gerçekten Ceza yasasının 146. maddesi “.. *teşebbüs edenler*”den sözetmektedir. Teşebbüs teriminin ceza hukukunda belli bir anlamı vardır. Yasa, teşebbüs’ü bu belli anlamda kullanmış, ancak teşebbüs derecesinde kalan suçu tamamlanmış suç gibi cezalandırmıştır.

Bu değerlendirmemizin nedeni açıktır.

İtalyan Zanardelli Yasası ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası, T.C.Y.’nin 146. maddesinin benzeri sayılabilir, ama kaynağı sayılamaz. Çünkü kaynak olmak, benzer olmaktan daha ileri bir şeyi ifade eder. Yine gerek Zanardelli yasasında, gerekse İtalyan Ceza Yasası’nda teşebbüs, “*Tentativo*” deyimini ile ifade edilmektedir. Ancak her iki yasada 118. ve 283. maddelerde öngörülmüş olan suçta “*Tentativo*” deyimine yer verilmemiştir. Zanardelli yasası, 118. maddesinde “.. *mütedair bir fiili işleyen kimse*”den, İtalyan Ceza Yasası’nın 283. maddesinde de “.. *değiştirmeye matuf bir fiili işleyenler*”den söz edilmektedir. Türk Ceza Yasası’nın 146. maddesinde de aynı sözlerin kullanılmasını engelleyen bir dil güçlüğü yoktur. Yasakoyucu, teknik bir deyim yerine alelade bir ifadeyi, öteki yasalarda olduğu gibi, rahatça kullanabilirdi. Bu yapılmadığına göre, 146. maddede kullanılan “*teşebbüs edenler*” sözü her halde teknik anlamda “*teşebbüs*”ü ifade eder. Gerçekten Türk Ceza Yasası’nda kimi suçlar tamamlanmış olma aşamasında “*tam ceza*” ile cezalandırılmakta (örneğin 448. madde) kimi suçlar ise, zaten tamamlanması sözkonusu olmadığından (ki tamamlanırsa uygulanması olanaksızdır) teşebbüs aşamasında “*tam ceza*” ile cezalandırılmaktadır (örneğin 146. madde).

Görülüyor ki Ceza yasasının sistematüğünü bir kenara iterek “*teşebbüs*” ögesine ayrı bir anlam vermek hukuksal bir dayanaktan yoksundur.

B- 146. maddenin kimi açıklamalarında, maddede yazılı teşebbüs kelimesinin anlamı üzerinde durulmakta ve bu kelimenin, Ceza yasasının 61-62. maddelerinde düzenlenen “*teşebbüs*” ten farklı ve daha geniş bir anlam taşıdığı ileri sürülmektedir.

Ancak böyle bir düşünce ileri sürülürken bunun yasal ve hukuksal dayanağı gösterilememektedir. Oysa, 146. maddedeki

"teşebbüs" ile 61-62. maddelerdeki teşebbüs arasında bir fark bulunmamaktadır. Böyle bir ayırımı yapan görüş "yorum" a dayanmaktadır. Bilindiği gibi ceza hukukunda yoruma ve kıyas'a yer verilmemiştir. Suçların yasallığı ilkesinin yani "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin hukuk alanındaki diğer adı "Kıyas ve yorum yasağı"dır.

Nitekim Prof. Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku* adlı yapıtında aynen: "Kanunun birinci maddesindeki sarahaten kelimesi Türk Ceza Hukukunda 'kıyaslama'nın yasak edildiğini gösterir.." demektedir.

Keza Ord. Prof. Sulhi Dönmezer ve Prof. Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* adlı eserlerinde, "1. maddede mevcut 'Kanunun sarîh olarak suç saymadığı ...' ibaresinin muhalif anlamından kıyasın yasaklanmış olduğunu anlamak icabeder..." demektedirler.

Kıyas konusunda Prof. Dr. Öztekin Tosun ise şunları söylemektedir: "Bütün hukuk alanlarında geçerli olan kıyas ve benzetme ile yorum, suç hukukunda bir ayrılık taşır. O da, suç hukukunda suçların yasallığı ilkesinin bulunmasıdır. Suç hukukunda, yazılı hukuk kuralı olan yasalarda suç gösterilmelidir deyince, yazılı olmayan yerlerin doldurulması yöntemi geçerli olamaz. Demek ki, suç hukukunda, KİYAS, BENZETME İLE YORUM YAPILMASI YASAKTIR." (*Suç Hukuku El Kitabı*, sa: 78).

Yargıtayın yerleşmiş, kökleşmiş içtihatları da ceza hukukundaki kıyaslama yasağını açıkça ifade etmektedir.

Özetle: "Kanunda yazılı olmayan ahvalde tefsir ve kıyas yoluyla ceza tayin edilemez." Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 10.5.1969 tarih ve 257/2393 sayılı kararında kişilerin istidlal yoluyla suçlanamayacağını açıkça ortaya koymuştur.

C. "Teşebbüs" konusunda üzerinde durulması gereken bir nokta da şudur:

Teşebbüs'ün gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, fiilin Anayasayı kısmen ya da tamamen tağyir ve ilgaya elverişli bir fiil olması gerekmektedir.

Hareketin yani fiilin en önemli niteliği, sonuç doğurmaya elverişli oluşudur. Sonuç doğurmaya elverişli olmayan bir hareket, 146. maddenin anladığı manâda bir hareket sayılamaz, 146. madde açısından, fiilin teşebbüs derecesinde kaldığını söyleyebilmek için hareketin neticeyi doğurmaya elverişli olması gerekir. (Petrocelli)

146. maddede gösterilen suçun oluşabilmesi için, teşebbüs hali yeterli sayıldığına göre, hareketin sonuca uygunluğunu aramak zorunluluğu vardır. Teşebbüs durumunda da bir ihlal vardır. Ama bu, Yasadaki tip'e uygun bir hareket değildir. Böyle olunca, hareketin, tip'e uygun sonucu yaratacak nitelikte olması ön koşuldur.

Hareketin, yani teşebbüsün yalnız tehlikeli olması yeterli değildir. Sonucu yaratmaya da elverişli olması gerekir. (Guadagno)

146. maddede belirtilen teşebbüs, gerçekleşmiş sonuca uygun olarak cezalandırılmaktadır. Demek ki, sonucu gerçekleştirmesi mümkün olmayan hareketler, 146. madde açısından icra hareketi sayılamaz.

Bu konuda Sayın Faruk Erem de şöyle demektedir:

*"İcra hareketleri, tamamlandıkları zaman, suçu husule getirmeleri mümkün olan hareketlerdir. Halbuki, ihzari hareketler, ne kadar devam ya da tekerrür ederse etsin böyle bir netice husule getirmez." (Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, sa: 391)*

Sayın Abdullah Pulat Gözübüyük de şunları söylüyor:

*"Hazırlık hareketleri, prensip olarak ceza tahdidi altında bulunmadığından, icrai hareketlerin başlamış olup olmadığı kesin ve açık şekilde tesbit edilmelidir. Failin, cürmi kasdından şüphe edilemeyecek derecede fiile yaklaşmış olduğunu anlatan hareketler, icrasına başlanmış fiillerdir." (T.C.K. Şerhi, C: 1, sa.- 61)*

"İcra başlangıcı" da genellikle,

Tamamlandıklarında suçu husule getiren her türlü icra hareketleri suçun icra başlangıcını teşkil eder, şeklinde tanımlanmaktadır.

### **İcraya Başlama Koşulu**

"Suç işlemeye teşebbüs" konusu incelenirken, 146. madde açısından "icraya başlama" koşulu aranmaktadır.

Hemen söyleyelim ki, icraya başlama koşulu, icra hareketlerinin başlaması ile mümkündür.

Prof. Erman ve Dönmezer'e göre:

*"Kanununun 61. maddesindeki: (Bir kimse... icraya başlayıp da ibaresi ile ve 62. maddesindeki (Bir kimse kastettiği cürmün icrasına taalluk eden bütün fiilleri...) ibareleri, icraya başlama şartının kanunda*

*belirtiliş biçimlerini bize göstermektedir.” (sa: 453)*

Bir olayda icraya başlandığını gösteren hareketler bulunuyorsa, bunlar *icra hareketleri* ve eğer yapılan hareketler, fiilin işlenmesi için gerekli ve zorunlu hareketler değilse bu durumda *hazırlık hareketleri* var demektir.

Burada önemle işaret etmek gerekir ki: İcraya başlama koşulu incelenirken, unutulmaması, gözden uzak tutulmaması gereken şey, *icra hareketlerinin elverişli vasıtalarla yapılmasıdır*. Elverişli vasitanın bulunmaması halinde, yapılan hareketlerde, amaçlanan suçun icra hareketlerine başlandığı da kabul edilemez. Bu durumda icra edilen hareketler başlı başına suç oluşturuyorsa, bu suçtan sorumluluk koşulları doğmuş olur. Ancak icra edilen hareketler hiç bir suç oluşturmuyorsa, hazırlık hareketi niteliğinde ortaya çıkan bu hareketlerin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Öte yandan, hazırlık hareketleri doğrudan doğruya ayrı bir suç olarak kabul edilmiş olabilir. O zaman bu suçtan dolayı sorumluluk koşulları doğar. Örneğin bir kimseyi öldürmek için tabanca temin ettiğini söyleyen kişi, öldürmeye teşebbüsten değil, ruhsatsız silah bulundurmaktan sorumlu olacaktır.

Teşebbüsün unsurlarından olan, *“elverişli vasıta”* koşulu bulunmuyorsa teşebbüsten söz edilemeyeceği açıktır. Elverişli vasitanın temini için yapılan faaliyetler hazırlık hareketi olmaktan öte bir anlam taşımaz.

Hazırlık niteliğindeki hareketleri, icraya başlama olarak kabullenmek mümkün değildir. Hazırlığın ne kadar süreceği, bu aşamada meydana gelebilecek değişiklikler, örneğin vazgeçme ve benzeri nedenler gözönünde tutulduğunda, elverişli vasıtaların temini aşaması olan hazırlık hareketlerinin suç olarak kabulü ve kastın varlığını ileri sürerek sadece amaçlanmış olan suçtan dolayı sorumluluk yoluna gidilmesi, olanaksızdır. Bu bizi, salt sübjektif bir tutumu suçlama sonucuna götürür ki, Ceza Hukukunda bunun yeri yoktur. Bu durumda suçun işlenip işlenemeyeceği, hazırlık hareketlerinin tamamlanıp tamamlanamayacağı, icraya başlanıp başlanamayacağı henüz belirsiz durumdadır. Bu belirsizlik ortamında, icranın başladığını kabullenmek mümkün değildir.

Hazırlık aşamasında, kast açığa çıkması olabilir. Ancak, “belirli bir

suçu işlemek amacı ortaya çıkmıştır, artık tehlike söz konusudur, cezalandırma gereklidir” anlayışı ile hareket ederek, sorumluluk yoluna gitmek, yasanın amacına uygun değildir. Aksi halde, salt kast cezalandırılmış olur. Bu konuda Dönmezer ve Erman şöyle demektedirler:

*“Hazırlık hareketlerini cezalandırmak ve sonucunda teşebbüs konusunda hazırlık ve icra hareketleri ayırımını bir yana bırakmak eğilimi bazı dönemlerde, kanun koyucuların siyasi görüşlerine de uygun düşmüştür. Gerçekten faşizmin kurulmasından sonra İtalya’da yeni bir Ceza Kanununun hazırlıklarına girilince, zamanın Adalet Bakanı Senatoda “Teşebbüsü daha etkili bir şekilde tenkil” etmeyi düşündüğünü açıkça belirtmiş, bu direktif altında kaleme alınan tasarı, icra ve hazırlık hareketleri ayırımına taraftar olmamıştır. Her ne kadar tasarı hemen bütün Üniversiteler ve mahkemeler adına verilen mütalâalarda sert bir şekilde eleştirilmiş, bunlara Millet Meclisi de katılmışsa da kanun metninde “Bir cürmü işlemeye iltibasa mahal vermeyecek tarzda yönelmiş olan elverişli hareketleri yapan şahsın” cezalandırılacağı yolunda bir hüküm konulmuş (M. 56) ve Gerekeçde de bu hükümle hazırlık ve icra hareketleri ayırımının ilga edildiği belirtilmiştir.” (Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 1. Cilt, sa: 456)*

Böylece, hazırlık niteliğinde olan hareketlerin, siyasal iktidarlarca belli dönemlerde, icrai hareket olarak düzenlenmek istendiği anlaşılmaktadır.

Genelde suç sayılmayan “hazırlık hareketleri”; devletin, yurttaşların özgürlük alanına müdahalesini önlemek amacıyla icra hareketlerinden ayrı tutulmuş ve buna özen gösterilmiştir. Bu ayırımın önemi büyüktür. Böyle bir sınırın çizilmemesi, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına neden olacaktır. Sadece bir kast ya da hazırlık hareketi (icra hareketi değil) nedeniyle yurttaşların kovuşturmayaya uğramaları böylece önlenmiş olmaktadır.

Hazırlık hareketleri kendi başına hangi boyutta bulunursa bulunsun, amaçlanan suçu işlemek için başlatılmış bir icra hareketi ortaya çıkmışsa, icra başlangıcından söz etmek mümkün değildir.

Ayrıca; icraya başlanmış olmasından sözedebilmek için sonuca yaklaşılmış olması, maksada varmak için, çok az bir mesafenin kalmış bulunması, sonucun gerçekleşmesinin gündemde olan bir tehlike durumunda olması gerekir. Dönmezer’in Donedieu de Vabres’ten

yaptığı alıntıda belirtildiği gibi “*Failin yaptığı hareket ile hedef tuttuğu amaç arasında, kendi haline bırakıldığında failin mutlaka aşacağı çok zayıf bir moral mesafe kalmış ise. yapılan hareket icraya geçmedir.*” (Dönmezer, 1. cilt, sa: 464). Yani kısaca, sonuç yakın olmalıdır. Belirsiz olan, gerçekleşme durumu bilinmeyen, öngörülme bir sonuç söz konusu ise, icra başlangıcı yoktur. Yine yapılan hareket, sonuca ulaşmaya elverişli vasıtalarla yapılmıyor ve amacın gerçekleşmesini engelleyen nedenler varsa, artık sonucun yakın olduğundan ve ona kolayca ulaşılacağından söz edilemez. Bu durumda yapılan hareket icra başlangıcı sayılamaz. Sonucun gündemde olmadığı, gerçekleşme ihtimalinin çok uzak olduğu kolaylıkla görülebiliyor, gerçekleşmesine ihtimal verilemiyorsa bu durumda İcra başlangıcı yoktur. Yapılan hareketler hazırlık hareketleridir.

Bu tür hareketlerin hazırlık hareketi niteliğinden çıkarılarak İcra başlangıcı sayılması ve amaçlanan suç yönünden “*Teşebbüs*”ün tamamlandığının kabul edilmesi “*objektif*” koşullarda kabul edilemez. Bu hareket şekli ve değerlendirme biçimi kanunun sistemine aykırıdır. Hukuk sistemimize terstir.

“*Objektif*” olarak icra başlangıcı niteliğini taşımayan hareketlerin, hazırlık hareketi niteliğinden soyutlanarak, teşebbüs sayılması, teorik planda hukuk sistemi ile bağdaşmaz. Ama böyle bir görüşün asıl sakıncalı ve tehlikeli olan tarafı; genel kurallardan ayrılarak yönelinen ve dönülmesi mümkün olmayan uygulama yanlışlarıdır. Böyle bir uygulama yanlışlığı için de en elverişli madde 146. maddedir.

O halde uygulama yapılırken, hareketin gerçekten, icra başlangıcı olup olmadığının objektif olarak değerlendirilmesi zorunludur.

Bu konuda Doçent Dr. Nevzat Toroslu şöyle demektedir:

“*Her şeyden önce failin hareketinin bir “icra” hareketi olması gerekir. Bu itibarla ‘hazırlık hareketleri’ veya 146. maddede öngörülen sonuçları gerçekleştirmek amacı ile fiili birleştirmeler oluşturma, bu suça teşebbüs için gerekli olan icra hareketini oluşturamazlar. (Bkz. Manzini: age, sa: 606) İcra hareketinden söz edilebilmesi için, failin hareketinin 146. maddede sayılan neticeleri, yani Anayasayı taşıyır,*

tebdil ve ilga neticelerini doğurmaya elverişli olması aranır. Nitekim bir suça teşebbüsün kabulü için, hareketin o suçun neticesini meydana getirmeye elverişli olması...

teşebbüsün genel prensibidir. Şu halde 146. maddede suçun varlığı ve failin cezalandırılabilmesi için, “teşebbüs hali” şart ve yeterli kabul edildiğine göre, bu suç yönünden de hareketin kanuni tarifte yer alan neticeyi doğurmaya uygunluğunu (elverişliliğini) aramak gerekecektir. Bundan maksat hareketin netice yönünden illi değer taşıması, yani neticeyi oluşturabilecek güçte ve nitelikte olmasıdır. Gerçekten de, teşebbüsten söz edilebilmesi için, sadece bir hareketin suç sayılan bir neticeye yönelmiş olmasının anlaşılması, failin belirli bir neticeye yönelik kastını göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, nasıl ki tamamlanmış suçlarda, neticenin, yapılan hareketin sonucu olup olmadığı, yani maddi illiyet bağı aranmakta ise, teşebbüs halinde de, farazi bir illiyet bağı kurularak gerçekleştirilmesi düşünülen netice ile gerçekleştirilen hareket arasında sebebiyet ihtimal ve imkânının araştırılması gerekir. (Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1954. sa: 187). Böyle bir araştırmanın, teşebbüs halini tamamlanmış suç gibi cezalandıran 146. madde yönünden de gerekli bulunduğu kuşkusuzdur; çünkü, yukarıda da açıklandığı üzere, bu suçun neticesi teşebbüs değil, Anayasayı tebdil, taşıyır ve ilgadır. Öyleyse bu neticeleri meydana getirmeye uygun, elverişli ve yeterli olmayan hareketleri icra hareketleri saymaya ve bu suça teşebbüsten söz etmeye imkân yoktur. Bir başka deyişle, bu suçun maddi unsurunu, devletin anayasasını cebri yollarla değiştirmeye teşebbüs niteliğinde olmayan, fakat sadece böyle bir teşebbüs için gerekli zemini hazırlamaya yönelmiş bulunan, dolayısıyla 146. maddedeki suç yönünden sadece bir “*hazırlık hareketi*” niteliğini taşıyan fiiller ile karıştırmamak gerekir. Bu nevi uzak veya yalan hazırlık hareketleri çok defa başka suçlar olarak (örneğin T.C.K.’nin 142, 168 ve müteakip maddelerinde olduğu gibi) cezalandırılmaktadır.

Şu halde, Devletin anayasal nizamı tarafından tasvip edilmeyen ve cebri içeren hareket söz konusu olsa bile, bu hareket 146. maddede öngörülen suçu meydana getirmeye elverişli, yeterli değilse, fiili, sözü edilen maddeye göre cezalandırmaya imkan yoktur.

Görülüyor ki, bir hareketin ne zaman hazırlık hareketi, ne zaman icra hareketi olduğu, dolayısıyla suça teşebbüs safhasının başlayıp başlamadığı, büyük önem taşıyan bir konudur. Bu tesbit ve ayırımı yapabilmek için, en başta göz- önünde tutulacak en önemli husus, gerek kaynak yönünden, gerek kanunumuz yönünden teşebbüsten söz edilebilmesi ve failin cezalandırılabilmesi için *“suç işleme kararının icrasına başlanmasının yeterli olmadığı, “bizatihi işlenmesine karar verilen cürmün icrasına başlanmış olması”* nın gerektiğidir. Nitekim kaynak kanunun 61. maddesi elverişli vasıtalarla işlenmek istenen *“cürmün icrasına”* başlamaktan, TCK.’ nun 61. maddesi ise işlenmesi kastedilen *“bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlamak”*tan sözetmektedir. Şu halde *“anayasayı cebren değiştirme kararı”*nın icrasına başlanmış olması, hatta failin hedefine ulaşmak için kullanmayı amaçladığı vasıtalar cebri olsa bile, bu suça teşebbüsün gerçekleştiği anlamına gelmez. Bu tür fiiller, daha önce de belirtildiği üzere, ancak

T.C.K.’nun başka maddelerine göre cezalandırılır.

İşlenmesi kastedilen cürmün icrasına başlanıp başlanılmadığını tespitte, önce fail tarafından yapılan hareketin o suçun kanuni tarifinde belirtilen bir hareket olup olmadığına bakılır. Kanuni tarifte yer alan bir hareket söz konusu ise, bunun icra hareketi olduğunda ve teşebbüsün de başladığında kuşku yoktur. Söz konusu hareket kanuni tarifte yer almıyor ise veya suçu oluşturan hareketlerin kanunda açıkça tarif edilmediği bir suç söz konusu ise, önce hareketin failin belli bir suçu işlemek istediğini açıkça ortaya koyup koymadığına bakmak gerekir. Hareket failin belli bir suçu işleme iradesini, karışıklığa (iltibasa) yer vermeyecek bir şekilde ortaya koymayan bir hareket ise, bu hareket ancak hazırlık hareketi olarak kabul edilebilecektir. Yok eğer hareket, failin belli bir suçu işleme iradesini açıkça ortaya koyuyor ise, bunun kanunun yasakladığı, yani gerçekleşmesini istemediği neticeye yaklaşmış olup olmadığını araştırmak gerekecektir. Zira, failin belli bir suçu işlemek kastını şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek bir şekilde ortaya koyan bir hareket, ancak failin neticeyi gerçekleştirmekten vazgeçmesine ihtimal verilemeyecek derecede neticeye yaklaşmış ise, icra hareketidir; yani hazırlık hareketlerinin ötesine geçilmiş icra

hareketleri başlamış, başka bir deyişle teşebbüs aşamasına ulaşılmıştır. (DÖNMEZER-ERMAN: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1979, c. I, sa: 497 vd; ANTOLİSEİ. *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 1963, sa: 363, 364).

Doç. Dr. Nevzat Toroslu 146. madde açısından soygun eylemleri hakkında da şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

*Buna göre, örneğin 146. maddede öngörülen neticeleri gerçekleştirmek amacıyla sadece bir "hareket veya icra komitesi" oluşturmak, basit bir hazırlık hareketi olduğundan, 146. maddedeki suça değil, ancak başka bir suça vücut verebilir.*

*Aynı şekilde TCK.'nun 495. maddesinde öngörülen yağma suçunu oluşturan hareketleri de tek başına anayasayı ihlal suçu yönünden icra hareketi saymak ve bu tür hareketleri "Anayasayı ihlale teşebbüs" olarak cezalandırmak mümkün değildir. Bir kere bu hareketlerin 146. maddede öngörülen neticeler, yani Anayasayı taşıyır, tebdil veya ilga neticesi yönünden illi bir değer taşıdığı, yani bu neticeleri doğurabilecek güçte ve nitelikte oldukları söylenemez. Zira bu tür yağma fiilleri, sayısı değişmekle birlikte, her zaman işlenmiştir ve işlenecektir. Ancak sayısı ne olursa olsun ve ne kadar tekrar edilirse edilsin, banka ve benzeri yerleri yağmalamanın Anayasayı taşıyır, tebdil ve ilga neticelerini doğurmayacağı açıktır. Öte yandan TCK.'nun 495. maddesinde öngörülen suçu işlemeye yönelik hareketlerin failin kastının yağma suçlarını gerçekleştirmekten öte, ayrıca Anayasayı taşıyır, tebdil veya ilga neticelerini de gerçekleştirmeye yönelik olduğunu şüpheye veya karışıklığa yer vermeyecek biçimde ortaya koyduğu da çok defa söylenemez. Hatta -uygulamada sık sık başvurulduğu gibi- failin Anayasa düzenini cebren değiştirmeyi amaçlayan bir örgüte mensup olduğu ve bu örgüte para sağlamak için yağma ve benzeri fiilleri işlediği, dolayısıyla anayasa düzenini değiştirmek kastıyla hareket ettiği kabul edilse bile, yine de bu tür hareketlerin 146. maddedeki suçun icra hareketlerini oluşturduğunu kabule imkân yoktur. Çünkü failin belli bir suçu işlemek iradesini ortaya koyan hareketlerin o suçun icra hareketleri sayılabilmesi için, yukarıda da belirtildiği üzere, bunların, failin kanun tarafından yasaklanan neticeleri gerçekleştirmekten vazgeçmesine ihtimal verilemeyecek biçimde neticeye yaklaşmış olmaları gerekir. Oysa banka veya benzeri*

yerleri yağmalama hareketlerinin, bu hareketleri gerçekleştiren kimsenin 146. maddede sayılan neticeleri gerçekleştirmekten vazgeçmesine ihtimal verilemeyecek derecede bu neticelere yaklaştığı söylenemez. Şu halde, çeşitli yağma fiillerini birlikte işleyen faillerin amacı Anayasayı taşıyır, tebdil veya ilga olsa bile, bu fiilleri anayasayı ihlale teşebbüs değil, en fazla bu suçun hazırlık hareketleri saymak mümkündür. Bu suça yönelik hazırlık hareketlerinin, o suça teşebbüs sayılamayacağı, tartışmaya gerek olmayacak kadar açık ve kesin bir ceza hukuku ilkesidir. Bu itibarla failin işlemiş olduğu yağma ve benzeri fiilleri Anayasal düzeni değiştirmek amacıyla işlediğini söyleyerek onun anayasayı ihlale teşebbüsten cezalandırılması, silahı adam öldürmek için satın aldığı anlaşılabilir kimsenin adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması ile aynı anlama gelir ve bu ikinci durum cem hukuku ilkelerine ne kadar aykırı ise, birinci de o kadar aykırıdır. Bu tür fiiller, ancak 146. maddede öngörülen suçun hazırlık hareketlerini ayrı bir suç olarak cezalandıran hükümlere göre (m. 168, 171) veya doğrudan yağma suçlarını düzenleyen hükümlere göre (495 vb.) cezalandırılabilir. Kaldı ki, Türk Ceza Kanunu'nda "mala karşı suçlar" olarak düzenlenen yağma ve benzeri fiilleri, sadece birden çok kişi tarafından, birden çok sayıda ve Anayasa düzenini cebren değiştirmek için gerekli mali imkanları sağlamak amacıyla işlenmiş olmalarını ileri sürerek, "devletin şahsiyetine karşı suçlar"dan olan "anayasayı ihlal suçu"na teşebbüs olarak değerlendirmek, mala karşı olan yağma suçlarını devlete karşı suçlar haline getirmek olur ki, bu da Türk Ceza Kanununun sistemine olduğu kadar ceza hukukunun temel ilkelerine de aykırıdır. Nihayet, anayasayı ihlale teşebbüs suçu, tüm devlet yapısını, düzenini ve devletin devamlılığını yakından ilgilendirdiğinden çok önemli, işlenmesi hiç de kolay olmayan ve dolayısıyla sık sık işlenemeyen bir suçtur. Silahlı da olsalar üç beş kişinin bu suçu işleyebileceğini kabul etmek, devletin anayasal düzeninin kolayca değiştirilebilir ya da yıkılabilir bir zayıflık gösterdiğini kabul etmek anlamına gelir. Bu tür bir kabul, devlette somutlaşan gücün karşı konulamaz ve en üstün güç olduğu, bu gücün devletin birlik, bütünlük ve devamlılık nitelikleri ile birlikte düşünülmesi gerektiği temel kamu ve devlet hukuku ilkesinin de

*inkarı demektir ve istenilenin aksine devletin ve anayasal düzenin lehine değil, aleyhine sonuçlar doğurur.”<sup>21</sup>*

### **Elverişli Vasıta Koşulu**

Yasa, suçun oluşabilmesi için (vesaiti mahsusa) yani “*elverişli vasıtaların*” da kullanılmasını koşul olarak kabul etmiştir. Elverişli vasıtanın var olup olmadığı nasıl saptanacaktır? Açıktır ki, bunun saptanmasında “*Anayasayı ihlal*” suçu bir ölçü olarak ele alınacaktır.

Devlet hakimiyeti’nin, *Yasama, yürütme* ve *yargı* güçlerinin varlığı ile mümkün olabileceği açıktır. Demek ki, suç, ya da suça teşebbüs, bu üç güç’ün ve ayrıca T.B.M.M.’nin ortadan kaldırılması veya bu açıdan yakın ve ağır bir tehlikeye maruz bırakılması ile mümkündür. *Öyleyse kullanılan vasıtanın da bu güçleri bertaraf edebilecek nitelik ve yetenekte olması gerekir.*

Demek ki, yukarıda açıklanan “teşebbüs” ün cezalandırılabilmesi için vasıtanın elverişli olması gerekmektedir. Yasanın 61. maddesi “*vesaiti mahsusa*” sözünü kullanarak bu koşula yer vermiştir.

Vasıtanın elverişliliği, bu vasıtaların niteliğine, niceliğine ve içinde bulunulan objektif koşullara göre saptanacaktır.

Prof. Dönmezer ve Prof. Erman bu konuda şöyle demektedirler:

*“Vasıtanın objektif olarak elverişli olup olmadığı, ancak o vasıta ile işlenmek istenen suç nazara alınmak sureti ile tespit edilebilir. Gerçekten elverişlilik, kendisi de nisbi bir kavram olduğu içindir ki, belirli bir vasıta ile işlenmek istenen suç nazara alınmadan o vasıtanın elverişli olduğu veya olmadığı tespit edilemez.*

*Demek oluyor ki, vasıtanın elverişli olup olmadığını tesbit konusunda, genel ve soyut şekilde değil, işlenmek istenen suçu, mağdurun durumunu, suçun işlenme zamanını ve tarzını ve diğer bütün şartları dikkate alarak somut bir biçimde düşünmek gerekir.”* (Dönmezer-Erman, sa: 452).

Bu anlayış çerçevesinde durumu somutlaştırırsak, görülen davalarda “*elverişli vasıta*” koşulunun gerçekleşmediğini görürüz. Sanıklar tarafından kullanılan silahların miktarı, türü ve sanıkların yetenekleri gözönüne alındığı zaman, bu kişilerin bu silahlarla, Türk

<sup>21</sup> Ankara Barosu Dergisi 985/4

Silahlı Kuvvetleriyle savaşmaları, onu bozguna uğratmaları, Yasama, Yürütme ve Yargı organlarının görevlerine engel olabilmeleri ve T.B.M.M.'nin görev yapmasını engelleyebilmeleri maddeten ve aklen olanaksızdır.

Askeri Yargıtay birçok kararlarında “*elverişli vasıta*”nın varlığı araştırılırken, 146. maddenin ve özellikle elverişli vasıta koşulunun uygulanma olanağı saptanırken Türkiye’deki tüm örgütlerin faaliyetleri gözönüne alınmakta ve Türkiye genelinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken amaç birliği yani anayasal düzeni değiştirmede beraberlik üzerinde durulmakta ve amaç birliği nedeniyle elverişli vasıta’nın gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmaktadır.

Örneğin, Askeri Yargıtay İkinci Dairesi, öteki daireler tarafından da paylaşılan bu konudaki görüşünü şöyle açıklamaktadır:

*“Bir suça teşebbüsten bahsedebilmek için ‘elverişli vasıta’ ile ‘icraya başlama’ gerekmektedir...*

*... Sanıkların eylemleri sırasında ve daha önceleri ülkede komünist düzen kurmak amacına yönelik faaliyette bulunan bir hayli yasadışı örgüt bulunduğu bilhassa 12 Eylül 1980’den sonra yapılan operasyonlarla meydana çıkarılmıştır. Bu operasyonlarda elde edilen silah ve mühimmatın bir orduyu donatacak nitelikte olduğu açıktır. Bu gizli örgütler aralarında bağıllık olmasa bile amaçları itibarıyla aynı doğrultuda faaliyet gösterdiklerinden fiilleri bütünlük arz etmektedir. Tümünün eylemleri beraber değerlendirildiğinde, bu eylemlerle oluşturulan ortam ve böylece ulaşılabilecek sonuca göre T.C.K.’nin 146. maddesindeki suçun niteliği ve usul ve taktikle işleniş biçimi gereği neticeyi oluşturmaya elverişli vasıta olarak kabul etmek gerekmektedir. Askeri*

*Yargıtay’ın 1971 döneminden beri devam eden belirgin tatbikatı da bu yöndedir.” (As. Yar. 2. Daire, 21.10.1981, E: 333, K: 386) Yukarıda teşebbüs konusunda da söylediğimiz gibi, bu görüş bir “yorum” niteliğindedir.*

Açıkladığımız gibi, ceza hukukumuz, yoruma olanak vermemektedir. Böyle bir görüş aynı zamanda Anayasa’nın “*suç ve cezaların kişiselliği*” ilkesine de aykırı düşer. Gerek 1961 Anayasasında ve gerekse 1982 Anayasasında “*suç ve cezaların kişiselliği*”

ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre kişi, ancak kendi eyleminden sorumludur. Kişinin eylemi, kast ve diğer suç öğeleriyle bir bütündür. Bu öğelerin birisini yani kast öğesini ele alarak ve aynı kast başka insanlarda da vardır diyerek, suç vasfını buna göre saptamak yoluna gitmek Anayasa'nın sözü geçen ilkesine aykırı olduğu gibi ceza yasasının sistemine de ters düşer.

Aşağıda hüküm fıkrasını sunduğumuz Anayasa Mahkemesi kararında bir derneğin bile yönetim kurulu üyeleri arasında soyut bir birlik, soyut bir sorumluluk kabul edilmemekte ve her bir yönetim kurulu üyesinin özel kastı, eylemi ayrı ayrı ele alınarak suçlu olup olmadığı saptanmalıdır, denilmektedir. Karar şöyledir:

*"1630 sayılı Kanununun 63. ve 70. maddelerinin son cümlelerindeki 've dernek kapatılır', 've her halde derneğin kapatılmasına karar verilir, hükümleri de Anayasanın 33. maddesinin beşinci fıkrasındaki 'Ceza sorumluluğu şahsidir' ilkesine aykırı düşmektedir. Sözü geçen kurallar, dernek görevlilerinden bir veya birkaçının kişisel yahut görev kusurlarını derneğin kapatılmasına yeterli görmüş ve böylece sorumlulara yönelmesi gerekli cezayı dernek mensuplarının tümüne çektirmek gibi bir yolu açık tutmuştur."* (Anayasa Mah. Kar. Der. Sayı 1, sa: 303)

İnancımıza göre Askeri Yargıtay'ın değerlendirmesi, varsayımlara dayalı olup içinde bulunulan siyasal ortamın etkilerini taşımaktadır. Değişik örgütler arasında ne kişisel ve ne de eylemsel bir bağlılık bulunmamaktadır. Bunu daire de kabul etmektedir. Buna rağmen sözü geçen örgüt ve kişileri birlikte ve bir bütün olarak ele almak yanlış ve yasaya aykırıdır. Böyle bir değerlendirme yasanın ve Ceza Hukuku'nun kabul edemeyeceği bir yoruma dayanmaktadır.

### **Örnek Bir Karar**

İnancımıza göre bu konuda 1972 yılında İstanbul sıkıyönetim 1 numaralı Askeri mahkemesince, yasaya ve hukuka uygun ve siyasal konjonktürün etkisinden uzak bir karar verilmiştir. Adı geçen mahkemenin 972/3 esas sayılı dosyasında görülen bu davada sanıklar Cihan Alptekin ve 18 arkadaşı yargılanmıştır.

Sanıkların, adam kaldırdıkları, banka soydukları, silahlı tehdit, silahlı yağma, özgürlüğü sınırlama, silahlı çeteye girme suçlarını

işledikleri iddia edilen davada, sanıkların T.C.Y.'nın 146. maddesine göre cezalandırılmaları istenilmiştir.

Tuğgeneral Kazım Til, Hakim albay Remzi Şirin ve Dz. Hakim binbaşı Saydam Erdok'tan oluşan mahkeme kurulu, yargılama sonunda, sanıkların eylemlerinin T.C.Y.'nın 146. maddesinin öğelerini taşımadığı, silahlı çete, gasp gibi suçların oluşturduğu sonucuna ulaşmış ve 146. maddeden sanıkların beraatlerine ve diğer yasa maddelerine göre cezalandırılmalarına çoğunlukla karar vermiştir.

Mahkeme, özellikle olayda, 146. maddede kabul edilen "suçun elverişli vasıta ile işlenmesi" koşulunun gerçekleşmediği sonucuna vararak: "... Şaki Koçero ile Hamido güvenlik kuvvetlerini yıllarca peşlerinden koşturmasını bilmişlerdir. Sanıkların ve dahil oldukları teşkilatın Anayasa nizamını tebdile kadir olduğunu ifade etmek, Türkiye Cumhuriyetini bir Kuveyt emirliği ile veya bir orta Amerika devletçliği ile bir tutmak demektir." demiştir.

Mahkeme kararının gerekçe bölümünden kimi paragrafları buraya aktarmakta yarar görüyoruz:

".. Kanunlar tefsir edilirken kanun koyucunun o kanunu kabuldeki iradesine bakılmak gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bazı maddelerine fıkralar eklenmesine dair 1490 sayılı kanunun Başbakan Prof. Dr. Nihat Erim imzasını taşıyan Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Dairesi' nin 29.6.1971 gün ve 71-1215/8941 sayılı Hükümet teklifi gerekçesi, Millet Meclisi Adalet komisyonu ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu raporları ve her iki Meclisteki kabul gerekçelerinde mevcut sarahat (Dos. 8/sıra 42) Kanun koyucumuzun bu kabil fiillerini T.C.K. 146. maddesiyle karşılanamamakta olduğu kanaatında bulunduğunu açıkça ve hiç bir aksi mülahazaya yer verilmeyecek şekilde ortaya koymaktadır.

Bu gerekçelerde, açıkça son olaylara değinilerek bunları yapan gizli veya açık gruplardan sözedilmekte, Türk Ceza Kanunu' nun boşluklarından faydalanılmış olduğu, cezaların azlığından cesaret alınmış-bulunmuş olduğu ifade edilmekte ve bu sebeplerle bazı maddelere fıkralar ilave edildiği ve bazı maddelerin de cezalarının arttırıldığı belirtilmektedir. Hükümet tasarısının gerekçesinde bu kanun değişikliği ile ulaşılmak istenen hedef: 'Yurdumuzda huzur ve

sükûnu, güvenlik ve asayîşi bozan, geçici de olsa bir kısım amme hizmetlerinin aksamasına sebebiyet veren bu fiillerin önlenmesi ve acilen ikmalî gerek diğer bazı noksanların giderilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bazı maddelerine fıkralar ilavesi zarurî görülmüştür.' şeklinde genel olarak izah edildikten sonra Türk Ceza Kanunu'nun 495, 496, 497 ve 498. maddelerinin tadilî teklifinin gerekçesi olarak "Son zamanlarda Türk Ceza Kanunu'nun mal aleyhinde cürümleri muhtevî onuncu babın yağma ve yol kesme ve adam kaldırma başlığını taşıyan ikinci faslı içinde yer alan 'yağma' (M. 495), 'senedin yağması' (496), 'korkutarak faydalanma' (498), 'adam kaldırma' (499) ve 'muhabere nakletmek' (500) suçlarını işleyenlerin artmış olması ve bunların amme efkârında meydana getirdiği büyük endişe, toplumun temelini teşkil eden emniyet fikrinin sarsılması ve kamu düzeninin ağır bir şekilde ihlali gözönünde tutularak bu suçlara ait kifayetsiz bulunan cezaların arttırılması uygun görülmüştür, denilmektedir.

.. Maddenin ikinci fıkrası, memlekette son gelişen olaylar dikkate alınarak, Türkiye Cumhuriyeti'ni yıkmak ve yurt bütünlüğünü bölmek maksadiyle gizlice teşkilatlanan bazı grupların girişmiş oldukları devletin temel nizamlarına müteveccih ve bir manâda şeref ve haysiyetine yönelmiş bazı tedhiş olaylarından adam kaldırma cürümlerini müessir bir şekilde önlemek ve halen mer'i olan metnin bazı boşluklarını doldurmak maksadiyle sevk edilmiş bulunmaktadır.

.. İşbu değişiklik tasarısı hakkında Millet Meclisi Adalet Komisyonununun 15.7.1971 tarih ve 95 No.'lu kararında da; tasarının gerekçesi, son senelerde memleketimizde ... bankaların basılarak soyulması ve adam kaldırılması gibi ekseriyetle toplu bir halde silah, dinamit, bomba, ateşli ecza ve benzerleri kullanılmak suretiyle işlenen fiillerdir..'.. denilmektedir.

Yağma, adam kaldırma, şuraya buraya patlayıcı madde atma şeklinde tecelli eden eylemler T.C.K.'nin 146/1. maddesinin icrai hareketleri veya cebir unsuru cümlesinden mütalâa edilip, en sert ceza olan ölüm cezasını derpiş eden bu madde ile kaabili tecziye olsa idi, 1490 sayılı kanunun, ileride cereyan edebilecek olan gene bu kabil fiilleri önlemek için şevkine lüzum hasıl olmaz idi."

"Elverişli vasıta" konusunda da mahkeme şu gerekçelere yer

vermiştir:

*Türkiye Cumhuriyeti birkaç banka şubesi soymak ve adam kaldırıp fide almakla tebdil edilebilecek kadar çürük bir Anayasa nizamına sahip değildir.*

*Bir devletin anayasa nizamını hukuk dışı cebri yollarla ihlal edecek güçlerin, en az bu nizamı korumak ve kollamakla görevli güçlere yakın kuvvette olmaları gerekir... Amerikalıları dahi kovamayacak olan beş ila onar kişilik silahlı hücrelerin ve bu arada sanıkların dahil bulunduğu hücrenin Türk Silahlı Kuvvetleriyle aynı veya ona yaklaşık güçte olmadığı izahtan varestedir..”<sup>22</sup>*

### **Bir Başka Örnek**

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 146. madde ile ilgili olarak 1972 yılında verdiği bir karara, karşı oy kullanan Hakim Tuğgeneral Kemal Gökçen ile Hakim Albay Nahit Saçlıoğlu karşıoy yazılarında *elverişli vasıta* konusunda şunları söylemişlerdir: <sup>23</sup>

*“.. İcra hareketlerine, elverişli vasıtalarla başlanması şartına gelince: Ceza hukuku tatbikatında elverişli vasıtadan maksat, kendileriyle istenilen neticeyi almada yeterli bulduklarından şüphe edilemeyecek vasıtalar.*

*Bir an için sanıkların fiilinde icra başlangıcı bulunduğu farzedilse bile —ki bize göre yoktur— sanıkların Anayasayı ihlale veya Meclisi çalışamaz hale getirmeye yahut da iskata yetecek güçte vasıtaları var mıdır, varsa nedir?*

*Dosya münderecatına göre sanıklar; militanlarının sayıları, maddi güçleri, silah ve çeşitli mücadele vasıtaları, taktik, strateji ve şevki idareleri bakımından netice almayı sağlayacak (elverişli) vasıtalara sahip bir örgüt niteliğinde gözükmemektedirler. Zira, militanlarının adedi, açılmış diğer davalardakiler de dahil edilse, bir kaç yüz kişiyi geçmemektedir.*

*Dava dosyasında kır gerillasına katılanların sayısı ise sadece 22 kişidir.*

<sup>22</sup> İstanbul Sık. Yön. 1. No.lu As. Mah. 22.4.1972 T. 972/ 3-9 S. K. [22]

<sup>23</sup> As. Yarg. Drl. Krl. K. 24.4.1972 T. 972/28-30 S. K. [23]

*Silah, cephane ve sair vasıtalarının toplamı bir komando taburununkine bile tekabül etmemektedir.*

*Başlarında şevki idareden anlayan kurmayları ve kumandanları yoktur. Kendilerini Carlos'un 'liderleri eylemler yaratır' gibi bir safatasına kaptırmışlardır.*

*Taktik ve stratejilerine gelince; en eskisi Lenin'in 50 yıldanberi, en yenisi de Carlos Marighella'nın 1968'denberi bilinen metodlarına dayanmaktadır. Bu metodlardan hiç birisi, elverişli vasıtalar tedarik edilmeden, şartları oluşturmada, hele ülkenin coğrafi, sosyal, ekonomik ve kültürel yapısı elvermeden sonuç alacak metod ve vasıtalar değildir. Ayrıca, dünyanın her yerinde antikomünist devletler ve onların görevli örgütleri bu metodları bütün ayrıntılarıyla bilmekte ve bunlara karşı uyanık, tedbirli bulunmaktadırlar.*

*Kısacası, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, memleketimizde T.C.K.'nin 146/1. maddesindeki suçu işlemeyi niyet edenlerin hareketlerinin elverişli vasıtalarla vuku bulduğunu kabul edebilmek için bunların, ya Anayasa veya onun kurduğu devlet düzeninin bekçiliğini yapmakta olan güçlerle az çok mücadele edebilme yeteneğine sahip olduklarını düşündürecek bir kuvvetle; veyahut da bilinmeyen şaşırtıcı bir taktik, strateji ve şevki idareyle harekete geçmiş olmaları lazımdır. Halbuki sanıkların ne vasıtaları elverişlidir, ne de taktik ve stratejilerinin bilinmeyen bir tarafı vardır. Günümüzde bunlar olsa olsa ancak uyanık ve tedbirli olmayan idareler için şaşırtıcı ve sürpriz teşkil ederler.*

*Diğer taraftan; bize göre T.C.K.'nin 146/1. maddesinin Anayasa ilgili idaresinin öngördüğü hal; gayesi, işleniş şekli, işlenebilmesinin günümüzde gerektirdiği güç ve vasıtalar itibarıyla, ne binbaşı Enver beyin küçük bir kadro ile Bab'ı-Ali'yi basarak yaptığı (hükümet darbesi); ne Ermeni çetelerinin Van ve havalisinde yarattığı ığtışaş (karışıklık) ne Şeyh Said'in yönettiği (isyan) ve ne de fesat gruplarının çıkardığı fesat hareketleridir. Fesadı da, darbeyi de, ıgıtışası da, hatta klasik anlamdaki isyanı da aşan bir ihtilal (Revolution-Devrim) hali veyahut ona yakın bir halin kendisi ya da teşebbüsüdür.*

*Günümüzde, olaylara ve eylemlere taktik, ve hatta zahiren karakter değiştirerek yürütülüp sürdürülmek suretiyle 146/1. madde ile Anayasayı ihlal açısından istihdaf edilen gayenin dışında bir görünüş*

kazandırılmaya çalışıldığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi durumlarda günah, unsur eksikliği sebebiyle maddeyi uygulamayan hakimın değil, kanunları zamanında günün ihtiyaç ve icaplarına cevap verecek hale getirmeyenlerindir. Hakimler yaptığı uygulamada; topluma, dünyaya ve tarihe karşı sadece suç tarihinde yürürlükte olan kanunlar ve onların fiilleri neticeleyen unsurları ile bağlı ve sorumludurlar. Özellikle ceza tatbikatında ceza hakimleri suç unsurlarını hiç bir mülhaza ile zorlayamaz ve kendiliklerinden suç unsuru yaratamazlar. Buna asla mezun değildirlir.

Hülasa, sanıkların yukarıda işaret edilen güçleri, imkânları, bilinen taktik ve stratejileriyle, Türk devletinin Atatürkçü ordu ve emniyet güçleri ve toplumun dinden ahlaki telakkilerine kadar çeşitli sosyolojik barajları karşılaştırıldığından, Türkiye şartlarına göre, sanıkların T.C.K.'nun 146. maddesindeki suçu işlemek için elverişli vasıtalara sahip oldukları ve icraya böyle vasıtalarla başladıkları şeklindeki düşünceye katılamamakta ve böyle bir düşünceyi gerçekçi ve inandırıcı bulamamaktayız." (As. Yarg. Daireler K. 24.4.1972 gün, 972/28-30 sayılı karara karşı oyu yazısı.)

Özetlemek gerekirse, yasanın, yasa koyucu' nun amacına ve 146. maddenin metnine uygun olan bu örnek kararlar, siyasal konjonktürün tamamen dışında, yansız ve objektif nitelikte verilmiş kararlar ve görüşlerdir. Eğer 146. maddenin, yukarıda açıklanan olaylar hakkında uygulanabilme olanağı bulunsaydı, 1490 sayılı yasa ile yapılan değişikliklere gereksinme duyulmazdı. Bu espri 1490 sayılı yasanın gerekçesinde açıkça dile getirilmiştir. Bu yasa ile yapılan değişiklikler, 146. maddenin sözü geçen olaylara uygulanmasının yanlışlığını göstermektedir.

Yine Askeri Yargıtay Daireler kurulunun bu konudaki kararına karşı, yazılan ayrışık oylarda gösterilen gerekçeler, özellikle "Elverişli vasıta" ögesi açısından yıllardan beri süren uygulamaların hukuka ve yasaya uygun bulunmadığını ortaya koymaktadır.

#### Çifte Standart Uygulaması

12 Eylül döneminin yargılama ve kararlarında 146. madde ile ilgili "ikili standart" diyebileceğimiz bir uygulamaya rastlamaktayız. Sıkıyönetim askeri mahkemeleri ve Askeri Yargıtayın kimi dairelerinin kararlarında, aynı eylemlerde bulunan kişiler ve örgütler

arasında, bunların sağ ya da sol görüşü benimsemiş olmalarına göre ayrımlar yapılmış ve değişik yasa maddeleri uygulanarak hükümler verilmiştir. Bu da sanıklar arasında eşitsizlikler yarattığı gibi eşitsizlik yaratıcı sonuçlar da doğurmuştur. (Aftan yararlanmada olduğu gibi).

T.C.Y.'nin 146. maddesinin eylem ögesini oluşturabilecek nitelikte eylemlerde bulunan kişi ve kuruluşlar, sol görüşü benimsemişlerse haklarında anılan 146. madde uygulanmakta ve bunların ideolojik bir suç işledikleri, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya ve T.B.M.M.'nin görevine engel olmaya kalkıştıkları kabul edilmektedir. Bu kişi veya kuruluşlar sağ görüşü benimsemişlerse, bunların eylemlerinin ideolojik olmadığı, anayasal düzeni ortadan kaldırmak, T.B.M.M.'nin görevine engel olmak gibi bir amaçları bulunmadığı kabul edilmekte ve haklarında, "suç işlemek için örgüt kurma"yı cezalandıran 313. madde uygulanmakta ve eğer olayda adam öldürme eylemi varsa adi biçimde adam öldürme suçundan ceza verilmektedir. Yani bu kişi ve kuruluşlar "adi suçlu" sayılmaktadır.

Askeri Yargıtay Üçüncü Dairesi bir kararında şöyle demektedir:

*"... Öte yandan ülkücü kuruluş başkan ve yöneticisi olan sanıklar aleyhine T.C.K.'nin 141/1. maddesinden dava açılmış ise de, sağ görüşü benimseyen kişilerin eylemleri anayasal düzene yönelik kabul edilmediği, bu durum Askeri Yargıtay Daire ve Daireler Kurulunun istikrarlı uygulamaları ile kabul edildiğinden, bu görüşteki kişilerin örgüt ve teşekkül kurdukları ve suç işledikleri belirlense dahi T.C.K.'nin 141 ve 146. maddelerine göre değil, T.C.K.'nin 313. maddesine göre durumun değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi gerekip, yukarıdaki gerekçelerle bu suçları dahi subut bulmadığından bu konudaki beraat kararın da yerinde bulunmuş ve sıkıyönetim komutanlığının temyiz itirazının reddi gerekmiştir."* (21.2.1984 gün, 1984/99 esas, 1984/95 karar)

Sağ görüşe sahip kişi ve kuruluşlarla sol görüşe sahip kişi ve kuruluşlar arasında böyle bir ayırım yapılması hukuka ve gerçekler'e uygun düşer mi? Sağ görüşü benimsemiş kişi ve kuruluşların da bağlı oldukları ve benimsedikleri bir düşünce sistemi, bir devlet ve toplum anlayışı, bir siyasal mücadele anlayışı yok mudur? Onların

gerçekleştirmek istedikleri bir devlet şekli yok mudur?

Gerçekte sağ görüşe bağlı kişi ve kuruluşların gerçekleştirmek istedikleri bir devlet şekli vardır. Bu amaçla mücadele vermişlerdir ve vermektedirler. Siyasal bir partiye bağlı olarak faaliyet göstermeleri de bunu doğrulamaktadır. 9 Işık, bu devlet şeklinin düşünsel temelini oluşturmaktadır. 1980 yılının Temmuz ayında dağıtılan bir bildiriye söylenen: *“Kavgamız, ülkücü düşüncenin devlet felsefesine hakim fikir haline gelmesine dek sürecektir.”* sözleri de bunu göstermektedir.

Hal böyle iken sıkıyönetim askeri mahkemeleriyle Askeri Yargıtayın kararlarında böyle bir kast altında yapılan eylemlerin 141 ya da 146. maddeler çerçevesinde düşünülemeyeceği sonucuna varılmış, sağ görüş sahipleri ile sol görüş sahipleri arasında hukuksal dayanaktan yoksun bir ayırım yapılmıştır.

Bu tür uygulama, hukukun eşitlik ve objektiflik ilkesini yaralamakta olduğu gibi Ceza Hukuku'nun ilkelerine ve yasanın amacına da ters düşmektedir.

\* \*

Yukarıda, 141-142 ve 146. maddeler, maddelerin niteliği ve uygulaması üzerine özet olarak açıklamalarda bulunmaya çalıştık. Uygulamadan da kaynaklanan bu değerlendirme ve eleştirilerin ülkemizde demokratik ilkelerin, insan hak ve özgürlüklerinin yerleşmesine bir ölçüde de olsa katkıda bulunacağına inanıyoruz.

**Birinci Baskı:**

SÜREÇ Yayınları, Konular Dizisi No: 1

Mart 1986

Kapak düzeni: Erdiñç Özköylü

Dizgi - Baskı: Gözlem Matbaacılık Koli. Şti.

Kapak Baskısı: Kral Matbaası

**İnternet Edisyonu düzenleme:** S. Kaya