

"SİLAHLI ÇETE - AMAÇ SUÇ" İLİŞKİSİNDE İŞTİRAK SORUNLARI

Prof. Dr. Çetin ÖZEK*

I- GENEL OLARAK

Devletin şahsiyetine karşı suçlar'ın hukuksal konusuna verilen önemin bu suçlar açısından özel "suç tipleri"nin oluşmasına yol açtığı bir gerçektir. Ceza hukukunun genel kurallarına ayrıcalık getiren suç tipleri ve maddelerin uygulanma koşulları açısından kabul edilen özellikler, doğal olarak uygulamada bazı sorunların çözümü zorunluğunu da yaratıyor. Kaldı ki, devlete karşı suçların hukuksal konusunun niteliği, özel sorunların çözümünde izlenen uygulamanın giderek kişi haklarının sınırlandırılması, ceza sorumluluğunun demokratik kurallarıyla çelişilmesi tehlikesine de yol açıyor. Gerçekten, devletin şahsiyetine karşı suç tiplerinin özelliklerinin uygulanmasında, genel kuralların dışında özel kurallarla çözüm aranması ve bu suç tipleri açısından kabul edilen özelliklerin "kabul sebebi"nin ve "mantığı"nın göz önünde bulundurulmaması, ceza sorumluluğunun temel anayasal kurallarıyla bağdaşmayan, demokratik düzenler açısından geçerli olmayan yargı kararları verilebilir.

Esasen "devletin şahsiyetine karşı suçlar" anlayışının ve sisteminin çağdaş, evrensel, demokratik anlayışla temelden ve tümden çeliştiği ülkemizde, öngörülen özel düzenlemelerden doğan sorunların, ceza sorumluluğunun genel kurallarıyla çelişen çözümlere bağlanması, genelde insan haklarına, özeldede adit yargılama hakkına aykırı sonuçlar yaratabiliyor. Özellikle, olağanüstü hal yönetimlerinin birbirini izlediği bir ülkede, bu türden uygulama yaygınlığı ve dolayısıyla insan hakları ihlalleri kaçınılmaz oluyor.

Devlete karşı suçlarla ilgili tüm çalışmalarımızda ısrarla üzerinde durduğumuz ilke, bu suç tiplerine özgü özelliklerin yarattığı sorunların genel kurallar kapsamında çözümlenmesidir. Özellikle, "tehlike suçları", "zarar tehlikesi suçları" açısından doğan özelliklerin, amaç ve mantığı doğrultusunda, "ceza sorumluluğunun kişiselliği", "özel kast", "hukuka aykırı netice açısından somut ve uygun tehlike" kurallarına uygun olarak

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

çözümlemesi, kişi hakları ve dokunulmazlığı için güvence sağlayabilecektir (Özek, Ç., Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976, 165 v.s.).

Devletin şahsiyetine karşı suçlar açısından öngörülen özel suç tiplerinin uygulamasında "iştirak" açısından da çözümlenmesi gereken sorunların varlığı da kaçınılmazdır. Aynı şekilde, bu sorunların çözümünde anormal ceza sorumluluğuna yol açan uygulamaların varlığı da görülmektedir. İştirak konusunda doğan sorunların da genel kurallar kapsamında çözümlenmesi zorunluluğu kabul edilmek gerekir.

1. SORUNLAR'IN KAYNAĞI

1- Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar açısından, belirli suçlara yönelik hazırlık hareketlerinin kendine özgü suç olarak tanımlanmış olması, amaç suça ilişkin neticeye uygun hareketlerin (icra hareketi) başlangıcı ve niteliği konusunda değişik sorunlara ve bu sorunlarla ilgili değişik görüşlere yol açıyor. Bu kapsamda, hazırlık hareketi niteliğindeki suça katılan kişinin, amaç suç'un işleniş açısından sorumluluğu, amaç suça iştiraki konusunda da değişik sorunlar ve değişik görüşler ortaya çıkıyor.

Özellikle, T.C.K.nun 168. maddesinde tanımlanan "silahlı çete" suçunun çok failli suç oluşu, bu maddede belirtilen 125., 131., 146., 147., 149., 156. maddelerde tanımlanan amaç suçların uygun hareketlerine başlanması durumunda, silahlı çete suçuna katılan değişik konumdaki faillerin amaç suçun işlenmesine iştirak koşulları ve iştirak tipi açısından sorun yaratıyor. Gerçekten, 168. madde, zorunlu iştirakin gereği olarak silahlı çeteye katılan failleri çetede yükümlendiği görev ve konumu açısından sınıflandırdığı ve bu sınıflandırmaya göre sorumluluklarını belirlediği için, silahlı çete aşamasının aşılp, amaç suçun işlenmesine başlanıldığında, failin çete içindeki konumu ile amaç suç'un işlenmesindeki iştirak payı birbirine karıştırılabilir.

2- Nitekim, "cezalandırılan hazırlık hareketleri" ile "amaç suç" arasında eylemsel bütünlük görenler, "silahlı çete suçunun amaç suça yönelik uygun hareketlerin başlangıcını oluşturduğunu kabul ederler. Bu görüş kapsamında, silahlı çete suçunu, amaç suça teşebbüs olarak kabul edilir (Santoro, A., Manuale Di Diritto Panele, III, Torino 1965, 174, 175, 177).

Bu görüş haklı olarak eleştirilmektedir. Silahlı çete'nin oluşturulmasıyla esasen suç tamamlanmıştır. Tamamlanmış bir suçun diğer bir suç açısından "teşebbüs" olarak nitelendirilmesi hukuksal açıdan olanak dışıdır. Devletin şahsiyetine karşı suçların hazırlık hareketlerinin ve bu kapsamda "silahlı çete suçunun cezalandırılmasının nedeni korunan hukuksal konu açısından "ciddi tehlike" yaratmasıdır. Bu nedenle, silahlı çete'nin "teşebbüs" olarak nitelendirilmesi, "uygun hareket" bulunmamasına rağmen, çete mensuplarının "amaç suç"un cezası ile cezalandırılması tehlikesini yaratır. Kaldı ki işlenmesi amaçlanan suç tipi, neticeye yönelik "uygun hareket" in yapılması ile belirlenir. Silahlı çete oluşturulması "hazırlık hareketi" niteliğinde bulunduğuna göre henüz, suç sayılan hukuka aykırı neticeye yönelik "uygun hareket" söz konusu değildir. Uygun harekete girilmediği bir durumda ise, "amaç suç" da belirgin değildir. Belirgin olmayan bir suç tipi'ne teşebbüs de söz konusu olamaz (Valiante, M., Il Reato Di Associativo, Milano 1990, 45).

Silahlı çete suçunun amaç suç'un "teşebbüs" aşaması olarak kavranması, bütün çete mensuplarının amaç suça iştirak nedeniyle cezalandırılmalarını gerektirir. Bu

durumda, 168. maddede öngörülen, kişinin çete içindeki konumuna göre ceza derecelendirilmesine ilişkin kuralların anlamı kalmaz (Valiante, M., 45)

3- Silahlı çete suçunun kendine özgü, bağımsız bir "suç tipi" olduğu tartışılmaz. "Amaç suç"un hukuksal konusuna verilen önem, korunan hukuksal konu açısından "zarar tehliksi" yaratan hazırlık hareketlerinin suç sayılarak "zararın önlenmesi" doğrultusunda yasal düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur. "Silahlı çete suçu" da bu kapsamda kabul edilen bir suç tipidir (Valiante, M., 46 v.s.; Marconi, I Delitti Contro La Personalità della Stato, 320; Özek, Ç., Siyasal İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967, 344-404). Bu suç tipinin genel kurallara oranla özellik taşıması bağımsız bir suç oluşturduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Değinen bağımsızlık, amaç suça karşı da söz konusudur. Belirtilen nedenlerdir ki, kişilerin eylemi, gerek "silahlı çete suçu", gerek "amaç suç" tanımları kapsamında sınırlı olarak değerlendirmek gerekir.

Silahlı çetede yer alıp, amaç suç'un uygun hareketlerine katılan kişinin, "gelişimli suç" kuralları gereğince, sadece amaç suçun cezalandırılması dahi, iki suç tipinin ayrı ayrı bağımsızlığını ortadan kaldırmaz. Bu durumda, normların ve dolayısıyla "suçların içtimalı" söz konusu olur (Gallo-Mosco, Delitti Contro L'Ordine Costituzionale, Bologna 1984, 86 v.s.; Özek, Ç., Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketi - İcra Hareketi, Yargıtay Dergisi 1990, No: 1-2, 107). Bu nedenledir ki, kişinin "silahlı çete" kapsamındaki konumu ve faaliyeti ile amaç suça yönelik eylemleri de birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir.

4- Özellikle Askeri Yargıtay kararları değerlendirildiğinde, uygulamanın değinen kurullarla bağdaşmaz nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu bağdaşmazlık, gerek T.C.K. 125. madde, gerek T.C.K. 146. madde açısından geçerlidir.

Gerçekten, Askeri Yargıtay'ın, "hazırlık hareketi-uygun hareket ayrımı", "amaç suç açısından tehlikenin uygun hareket olduğu" anlayışı, silahlı çete suçu ile "amaç suç" arasındaki eylemsel bütünlük varsayımına ulaşmaktadır. Bu anlayış "iştirak" konusunda da genel kurallara aykırı sorun çözümlerine yol açmaktadır. Değinen iki temel anlayış üzerinde kısaca durulması yararlı olacaktır.

II. HAZIRLIK HAREKETİ - İCRA HAREKETİ AYRIMI

1- Devlete karşı suçların bazılarında ilişkin hareketlerinin özel suç tipleri olarak tanımlanmış olması, bazı hazırlık hareketlerinin mutlaka cezalandırılması amacına yöneliktir. Bazı hazırlık hareketlerinin özel suç tipi olarak belirlenmiş olması, elbette, amaç suçun işlenmesine yönelik başkaca hazırlık hareketi olamayacağı anlamına gelmemektedir (Panagia, Il Delitto Politico nel Sistema Penale Italiano, Padova 1986, 127 v.s.).

Askeri Yargıtay'ın değişik kararlarında ise, cezalandırılan hazırlık hareketleri sınırını aşan eylemleri, doğrudan doğruya "amaç suça uygun hareket" olarak nitelendirilmektedir. Değinen görüş, amaç suç'un T.C.K.nun gerek 125., gerek 146. maddeleri açısından uygulanmıştır.

2- Bu konuda örnek vermek gerekirse, Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 3.12.1981 gün, 141/140 sayılı; 25.2.1982 gün 34/35 sayılı ve 7.10.1982 gün, 170/170 sayılı kararları gösterilebilir.

Aynı konudaki daire kararlarında olduğu gibi, değinilen Daireler Kurulu kararlarında da, "Eğer genelde örgütün amacı anayasal düzeni değiştirmek ise, silahlı eyleme geçenler için TCK'nun 146/1. maddesinin, aynı amaç için silahlı vaziyette bekleyenlere 168/2., 169. maddelerinin uygulanması gerekecektir" görüşü savunulmaktadır. Böylece, silahlı çete'nin her silahlı eylemi, kendiliğinden 125. veya 126. maddede yer alan suç tiplerinin "uygun hareketi" sayıldığı için, suç olarak tanımlanan hazırlık hareketleri dışında başkaca hazırlık hareketi olamayacağı kabul edilmiş olmaktadır.

3- Değinilen görüş, kanısızca devletin şahsiyetine karşı işlenen suçların hukuksal niteliği, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasındaki amacı, suç tiplerinin unsurlarını, teşebbüs kurallarını ve ceza hukukunun genel kurallarını yeterince değerlendirmeyen şematik bir anlayıştır (Bu kararların eleştirisi için bkz. Özek, Ç., Hazırlık hareketi - icra hareketi, 110 v.s.).

T.C.K.nun 168. maddesinin sınırını aşan her silahlı eylemin, amaç suçun doğrudan ve kendiliğinden uygun hareketi olarak kabul edilmesi, aşağıda değinileceği gibi, her silahlı eylemin uygunluğu araştırılmadan amaç suça iştirak sayılması ve bu kapsamda cezalandırılması yanlışısını yaratmıştır.

Gerçekte, TCK. nun belirli amaçlara yönelik hazırlık hareketlerini özel suç olarak düzenlemesinin amacı devlete karşı suçların hazırlık hareketlerini saymak ve sınırlamak değildir. Bu nedenledirki, nasıl herhangi bir suç tipi açısından hazırlık hareketlerinin sona erdirilmesi, devam eden hareketlerin mutlaka "uygun hareket" sayılması sonucunu yaratmıyorsa, 168. madde kapsamını aşan eylemin de kendiliğinden amaç suçun uygun hareketi olduğu kabul edilemez. Bazı hazırlık hareketlerinin özel suç tipi olarak tanımlanması, genelde hazırlık hareketleri cezalandırılmadığı için, devlete karşı suçlar açısından ağır zarar tehlikesi yaratacağı öngörülen eylemin cezalandırılmasını sağlamak amacıyla yöneliktir. "Silahlı çete"nin de, silahlı, organize ve disiplinli yapısıyla, amaç suç açısından "en yakın ve ciddi zarar tehlikesi" yaratacağı öngörülerek kendine özgü bir suç tipi olarak tanımlanmıştır (Gallo-Musco, 17 v.s.; Valiante, 43).

Belirtilen nedenlerle, silahlı çete aşamasını aşan her eylemin, amaç suçun kendiliğinden uygun hareketi olarak nitelendirilmesi yerinde değildir; her silahlı eylemin "amaç suç" açısından değerlendirilerek, hukuka aykırı neticeyi yaratmağa uygunluğu saptanmak gerekir.

III- AMAÇ SUÇ AÇISINDAN UYGUN HAREKET

1- Silahlı çete'nin "amaç suç" tipleri arasında en yaygın uygulamaya konu olan 125. ve 146. maddelerdeki suç tipleri de özellik taşımaktadır. Öğretide "peşinen tamamlanmış suç" olarak adlandırılan bu suç tipleri neticesi hareketten ayrı suçlardır. Buna karşılık suçun tamamlanması için neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Gerçekte "zarar suçu" söz konusu olmasına rağmen neticenin gerçekleşmesi durumunda eylemin cezalandırılması olanağının sınırlılığı, "neticeye yönelik uygun hareketlerin" tamamlanmış eylemin cezası ile cezalandırılması doğrultusunda yasal düzenleme

yapılmasına neden olmuştur. Diğer bir deyişle, değinilen maddelerdeki özellik, sadece ceza uygulaması açısındandır. Gerek 125., gerek 146. madde açısından hareketten ayrı "netice" öngörülmüştür; bu açıdan "zarar neticesi" söz konusudur. Ceza uygulaması açısından teşebbüs kurallarının uygulanmayışı eylemin yapısal niteliğini değiştirmez (Petrocelli, II Delitto Tentato, Padova 1955, 21, 23; Malinverni, Scopo e Movente nel Diritto Penale, Torino 1955, s. 122; Özek, Ç., Siyasal İktidar, 120-122, 150-153).

2- Uygulamada ise, Askeri Yargıtay gerek 125. madde, gerek 146. madde açısından, bu maddelerde öngörülen unsurlarla ve ceza sorumluluğunun genel kurallarıyla bağdaşmayan, sorumluluk alanını yaygınlaştıran görüşleri kabul ediyor.

Gerçekten, Askeri Yargıtay'ın değinilen daireler kurulu kararlarında olduğu gibi, TCK nun 125. madesine ilişkin değişik kararlarında da, bu suçların "tehlike suçu", "şekli suç" olduğu ileri sürülerek, silahlı çete sınırnı aşan her eylemin, amaç suç'un hukuksal konusu açısından tehlike yarattığı ve bu maddelerde öngörülen ceza ile cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Askeri Yargıtay 1. Dairesinin 31.10.1985 gün ve 155/144, 2. D.nin 17.7.1984 gün ve 236/312, Daireler Kurulu'nun 26.3.1987 gün ve 61/58 sayılı kararları örnek gösterilebilir.

Değinilen görüşü nedeniyle, aralarında bazı çelişkiler bulunmakla beraber, Askeri Yargıtay kararlarında, silahlı çete'nin silahlı eylemi'nin, amaç suç açısından "tehlike yarattığı" kabul edilerek 125. veya 146. maddenin uygulanması gerekeceği kabul edilmektedir. "İleri eylem safhasındaki eylem", "eylemin yoğunluğu", "eylemin vehametü" türünden belirsiz ve suç'un unsurları anlayışı içinde yeri bulunmayan ölçütler kullanılarak, silahlı çete'nin eylemi kendiliğinden amaç suç kapsamında görülmektedir. Bu anlayış kapsamında, kişinin eyleminin "suç tipinde" öngörülen neticeyi yaratmağa uygunluğu aranmadan "amaç suç"da öngörülen ceza ile cezalandırılmasına karar verilmektedir.

Örneğin, Askeri Yargıtay 2. Dairesi'nin 17.7.1984 gün ve 236/312 sayılı kararında "... hal böyle olunca bu tür tehlike suçlarında, ceza hukukunun genel bir kuralı olan fiilin suç sayılan sonucu oluşturmaya elverişli olup olmadığı değil, suçun maddi unsurunun gerçekleştirilmesinde ciddi bir tehlikenin doğup doğmadığı cezalandırılma için esas alınan bir konudur...." denilmektedir.

Aynı şekilde Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 31.10.1985 gün ve 155/144 sayılı kararında da, "diğer taraftan kanun koyucu, suçun oluşmasında belirli bir sonucu aramadığına göre, suç tehlike suçudur. Tehlike suçlarında ise fiilin neticeyi husule getirmeye elverişli olmasından ziyade tehlike doğurmağa elverişli olup olmadığı aranacaktır. Fiilin tehlike doğurmağa elverişli olup olmadığının tesbitinde ise, failin mensup olduğu örgütün gayesi ve Türkiye bütünündeki faaliyeti dikkate alınmalıdır" görüşü savunulmuştur.

Bu anlayış biçimi, doğal olarak, amaç suça ulaşmağa yönelik ve uygun hareketi bulunmayan kişinin, çetede ki konumu nedeniyle suçu işlediği veya bu türden eyleme iştirak ettiği türünden sonuçlara yol açabilmektedir.

3- Yargıtay kararları ise, dönemlere göre değişen niteliktedir. Örneğin, Yargıtay 9. C.D.nin 12.5.1987 gün ve 739/2514 sayılı kararında, ".... anayasal

düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun tehlike suçu oluşunun tabii sonucu olarak ancak kastedilen neticenin gerçekleşebilme tehlikesini doğuran eylemlerin teşebbüs kabulü mümkündür. Bu nedenle, eylemin kastedilen neticeyi elde etmeye uygun ve elverişli olması ve elverişli vasıtalarla zorlayıcı eylemlere girişilmiş bulunulması, başka bir deyimle kastedilen neticeyi, yani anayasayı tebdil, tağyir veya ilga sonucunu doğurabileceğine objektif olarak ihtimal verilen icrai hareket olarak belirlenmesi gereklidir..... Bu itibarla, anayasayı cebren değiştirmek amacı yönünde olmakla beraber, bu amaca ulaşma tehlikesi doğurmayan yetersiz ve önemsiz eylemler TCK 146 kapsamına giremez. Bu görüşlerin ışığı altında sanıkların sabit olan eylemlerinin incelenmesi ve hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekli....." görülmüştür.

Değinilen kararda belirtilen görüş, hem ceza sorumluluğunun genel kurallarına, hem de "amaç suç tipleri"nin normatif yapısına uygundur.

Buna karşılık, Yargıtay 9. C.D.nin 20.6.1988 gün ve 1979/6101 sayılı ve aynı Dairenin 29.5.1991 gün ve 1202/2148 sayılı kararlarında, Askeri Yargıtay kararlarında olduğu gibi, amaca yönelik tehlike yartan her eylem amaç suç kapsamında görülmekte ve neticeyi yaratmağa uygunluğu aranmamaktadır. Bu nedenledir ki, silahlı örgüt üyesinin salt bildiri dağıtma eyemi dahi amaç suç kapsamında cezalandırılabilir.

4- Amaç suçların salt tehlike suçu olduğu yanlışından kalkılarak ulaşılan, hareketin netice açısından uygunluğu araştırılmadan sorumluluğu öngören görüşlere katılmıyor, hukuksal/bilimsel açıdan hatalı olduğuna inanıyoruz.

Gerçekten, yukarıda da belirttiğimiz gibi, 125. ve 146. maddelerde yer alan "amaç suç" tiplerinin, diğer suçlara oranla özelliği, sadece "tamamlanmış suç-teşebbüs derecesinde kalmış suç" ayrımının yapılmamasıdır. Bu maddelerle ilgili özellik, teşebbüs kurallarının uygulanmaması ile sınırlı olduğuna göre, bu özellik dışında kalan hukuksal konularda genel kuralların uygulanması gerekir. Belirtilen nedenle "amaç suç"un "salt tehlike suçu" olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. "Salt hareket suçu" veya "salt tehlike suçu" hareketten ayrı neticenin öngörülmediği suç tiplerine verilen isimdir. Halbuki, 125. maddede de, 146. maddede de hareketten ayrı netice öngörülmektedir. Bu açıdan, değinilen suç tipleri "zarar suçu" niteliğindedir. Ceza uygulaması açısından suçun tamamlanması ile teşebbüs derecesinde kalması arasında ayırım yapılmaması, salt tehlike suçu nitelendirmesine hak vermez. Değinilen maddelerde, eylemin yapısal öğeleri açısından bir özellik tanınmış değildir. Bu açıdandır ki, bir eylemin amaç suç kapsamında olup olmadığının teşebbüs kurallarına göre belirlenmesi gerekir. Bu nedenle öğretilen bu tür suçlara "teşebbüs suçu" adını verenler de vardır (Crespi-Stella-Zuccala, Commentario Breve al Codice Penale, Padova 1992, 654; Florian, Dei Delitti Conto La Sicurezza dello Stato, in Trattato di Dritto Penale, II/1, Milano, 209).

5- Nitekim TCK. nun 125. maddesinde kullanılan "... matuf fiil...", TCK 146. maddesinde kullanılan ".... teşebbüs edenler...." ifadeleri eylemin öngörülen zarar neticesini yaratmağa uygunluğunun araştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Esasen, değinilen suçların özelliği, teşebbüs derecesinde kalan eylemin tamamlanmış suç gibi cezalandırılması olduğuna göre, neticenin gerçekleşmesi aranmasa dahi, eylemin neticeyi yaratmağa uygunluğu aranmak zorunluluğu söz konusudur. Böyle olunca, kişinin eyleminin 125. veya 146. madde kapsamında görülebilmesi, eylemin neticeyi yaratmağa uygunluğunun saptanmasına bağlıdır. Uygunluk saptaması, failin kastının, vasitanın

elverişliliğinin ve eylemin "zarar neticesi" açısından uygunluğunun belirlenmesine bağlıdır (Florian, 207; Manzini, Trattato di Diritto Penale, IV, Torino 1926, 20).

Değınilen nedenledir ki, silahlı çetede görev üstlenen kişinin eylemi, amaç suç açısından öngörülen "zarar neticesi"ne uygunluğu saptanmadan, amaç suça iştirak olarak nitelendirilemez. İştirakden bahsedebilmek için, kişinin eyleminin "silahlı çete" açısından önemi ve etkenliğı değıl, amaç suç açısından uygunluğu, nedensel değeri göz önünde bulundurulmak gerekir (Panagia, 138; Özek, Hazırlık hareketleri-icra hareketleri, 108 v.s.).

6- Askeri Yargıtay ise silahlı eylem aşamasını aşan eylemin, amaç suç açısından "zarar tehlikesi" yaratıp yaratmadığı değerlendirilmesini bir yana bırakarak, kişinin silahlı çete içindeki konumunu ve eylemin silahlı çete suç tipinin sınırlarını aşıp aşmadığını değerlendirerek karar vermektedir. Diğer bir deyişle, Askeri Yargıtay, "zarar neticesi" açısından eylemin uygunluğu yerine, silahlı çete'nin tehlike sınırının aşılıp aşılmadığını göz önünde bulundurmaktadır.

Belirtilen durumda, kişinin eyleminin zarar neticesine uygunluğu araştırılmadan, amaç suçu işlediğinin veya iştirak ettiğinin kabul edilmesi salt "amacı", "iradesi" nedeniyle cezalandırılması anlamına gelir.

Kaldı ki, böyle bir uygulama gerek 125., gerek 146. maddenin açık ifadesine de aykırıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 125. maddede kullanılan "... matuf fiil....", 146. maddede yer alan "..... teşebbüs edenler....." ifadeleri, kişinin eyleminin "zarar neticesi" açısından somut ve yakın tehlike yaratmasını, "teşebbüs" durumunun varlığının aranmasını zorunlu kılmaktadır. Eylemin zarar neticesi açısından uygunluğu aranmadan, salt irade nedeniyle kişinin cezalandırılması "ceza sorumluluğunun kişiselliğı" kuralına aykırıdır (Ragno, II Delitto Alto Tradimento, Milano 1974, 149; Panagia, 130-131).

"Silahlı çete - amaç suç" ilişkisinde, yukarıda değinildiğı gibi, cezalandırılan hazırlık hareketleri açısından "tehlike" söz konusudur; amaç suç açısından ise salt "tehlike" değıl "zarar neticesi"ne yönelik "yakın zarar neticesi" aranmak gerekir. Cezalandırılan hazırlık hareketinin aşılması nedeniyle doğan tehlikenin ağırlığı, eylemin zarar neticesini yaratmağa uygunluğu anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, silahlı çete kapsamını aşan fakat zarar neticesine uygun olmayan tehlike yaratan eylem işlenmiş olabilir.

Bu açıdan, silahlı çete sınırını aşan eylemin, geçmişe yönelik olarak değıl, ileriye (zarar neticesine) göre değerlendirilmesi gerekir. Bir eylemin "amaç suç"un uygun hareketi olup olmadığı, 168. maddeye göre değıl, 125. veya 146. maddenin unsurlarına göre belirlenmek gerekir. 168. madde kapsamını aşan her eylemi, 125. veya 146. madde kapsamında "uygun hareket" saymak, birbirinden farklı kavramları özdeşleştirmek anlamına gelir. Kaldı ki, 125. ve 146. maddedeki suçların işlenebilmesi için "silahlı çete" oluşturulması zorunluluğu da söz konusu değıldir (Özek, Hazırlık hareketi - icra hareketi, 115).

Belirtilen nedenlerle, eylemin kesildiğı anda amaç suç açısından "teşebbüs" durumu mevcut değılse, eylem amaç suç kapsamında sayılamaz. Eylemin somut koşullar içinde değerlendirilmesi yapılmadan, silahlı çete sınırının aşıldığı varsayılarak sonuca varılması, netice açısından "uygun hareket" in rastlantusal olarak belirlenmesi anlamına

gelir (Gallo-Musco, 176 v.s.; Manzini/Nuvolone, Tarattado di Diritto Penale, I, Torino 1981, 32; Özek, Siyasal İktidar, 142-150). Değınilen araştırma yapılmadan sonuca varılması, "zarar neticesi" açısından nedensel değer taşıyan bir hareketi bulunmayan kişinin cezalandırılması anlamına gelir (Gallo, II Delitto di Attentato nella Teoria Generale Del Reato, Milano 1966, 253-255).

7- Kanaatimizce, Askeri Yargıtay'ın 168. maddeyi aşan eylemleri "amaç suç" kapsamında görmesi, özel olarak tanımlanmış cezalandırılan hazırlık hareketleri dışında hazırlık hareketi olamayacağı kanısından kaynaklanmaktadır. Gerçekte ise, amaç suça uygun hareketlerin başlamasından önce, birbirlerinden farklı ve ayrı hazırlık hareketleri olabilir. Her somut olayda önceden öngörülemeyen hazırlık hareketleri işlenebilir (Özek, Hazırlık hareketi - icra hareketi, 116).

Yukarıda değınildiğı gibi, cezalandırılan hazırlık hareketlerinin varlığı hazırlık hareketlerinin sınırlandırılması anlamına gelmemektedir. Hazırlık hareketinin suç tipi olarak tanımlanması, öngörülen hazırlık hareketinin mutlaka cezalandırılması amacına yöneliktir. Cezalandırılan hazırlık hareketinin boyutunu aşan fakat özel suç tipi olarak tanımlanmayan hazırlık hareketleri olabilir.

Her somut olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde öngörülemeyen fakat amaç suç açısından "uygun hareket" oluşturmayan eylemler gerçekleştirilebilir. Bu eylemler de hazırlık hareketi niteliğinde sayılmak gerekir ve bir suç tipine uygun ise, o suç tipine göre cezalandırılmak gerekir. Diğer bir deyişle, "cezalandırılan hazırlık hareketi" ile "amaç suç" arasında başkaca hazırlık hareketleri yer alabilir. Örneğın, bir soygun veya adam öldürme suçu, amaç suç açısından "uygun hareket" oluşturmamasına karşın hazırlık hareketi niteliğini taşıyabilir. Bu durumda, değınilen eylemler uygun oldukları suç tiplerine göre cezalandırılmak gerekir.

Askeri Yargıtay ise, hazırlık hareketlerini cezalandıran özel suç tiplerinin aşılmasıyla amaç suçun işlendiğini kabul eden kararlarıyla, hem "zarar neticesine uygunluk" değerlendirmesini geçersiz kılarak sorumluluk alanını yaygınlaştırmış, hem de "iştirak kuralları" ile bağdaşmayan hatalı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır.

II. İŞTİRAK SORUNLARI

Yukarıda değınilen genel kural ve sorunlar ışığında, "silahlı çete" aşamasının aşılıp, amaç suça yönelindiğinde çetede görevli ve üyelerin "zarar neticesi"ne yönelik eylem açısından konumu ve sorumluluğı konusundaki sorunlara ilişkin görüşlerimizi belirtmek istiyoruz.

Değınilecek sorunlar, Askeri Yargıtay'ın yukarıda değınilen, amaç suç'un "tehlike suçu" olduğu ve cezalandırılan hazırlık hareketi sınırını aşan her eylemin amaç suça yönelik "icra hareketi" oluşturduğuna ilişkin görüşlerinden kaynaklanan, "kararlarda", "iddianamelerde", "esas hakkındaki görüşlerde" yer almaktadır.

I- Herhangi bir somut eylemi olmayan ve salt örgüt üst düzey yöneticisi olan bir kişi, şiddet eylemlerini gerçekleştirenlerin "azmettirenini" sayılabilir mi?

1- Silahlı çete'nin üst düzey yöneticilerinin, şiddet eylemlerine doğrudan iştiraki olmasa bile, örgütün hiyerarşik yapısı içindeki durumları ve fonksiyonlarına önem verilerek, alt birimlerin "merkez yönetim kararları" doğrultusunda gerçekleştirdikleri eylemler açısından "azmettiren" sayılması gerekeceği görüşü benimsenmiştir.

Kamusal veriler, bilimsel doğrular çerçevesinde bu görüş geçerlilik payından yoksundur.

2- Kaldı ki, bir kişinin 146. maddedeki suçun icra hareketi sayılan şiddet eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için, belirli bir fiile maddi veya manevi bir hareketle katılması gerekir.

Kişinin belirli bir suçu işlemek iradesinin varlığı yeterli olmayıp, bu irade çerçevesinde belirli bir suçun icra hareketine maddi veya manevi bir hareketle katılması ve bu hareketin neticesinin gerçekleşmesi açısından nedensel değer taşıması zorunludur. Bir hareketin hukuka aykırı netice bakımından nedensel değer taşıyıp taşımadığının saptanabilmesi için, işlenen her fiilin ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, soyut ve genel iştirak söz konusu olamaz. "İştirak", her bir somut fiil açısından "irade" ve "nedensellik" unsurlarının varlığı gözönünde bulundurulmak suretiyle saptanır. Aynı amaca yönelik olsa dahi, belirgin olmayan değişik fiillere genel iştirak kesinlikle mümkün değildir. İştirakin belirli, somut ve özel koşullarına göre, her bir fiil açısından ayrı ayrı varlığı araştırılmak gerekir.

İştirakin, ancak belirli, somut bir fiil açısından söz konusu olabileceği kuralı, özellikle manevi iştirak türleri için öncelikle geçerlidir. Genel olarak, belirgin olmayan, suç işlenmesine yönelik manevi hareketler ancak "suça teşvik" türünden özel suç tiplerini ihlal eden "azmettirmeye" veya "fer'i manevi şeriklik" durumundan sözedilebilmesi için, fiilin belirginliği, somutluğu zorunludur. Bu zorunluluk, iştirakin "irade" ve "nedensellik" unsurlarının doğal sonucudur. Kaldı ki, idarelerin birleşmesi, yani "iştirak iradesi"de, belirli fiiller için aranır. Ayrıca, iştirak iradelerinin birleştiği suç tipiyle, işlenen, icra hareketine geçilmiş suç tipinin aynılığı da, yine belirgin fiillere göre durumun değerlendirilmesini zorunlu kılar (Ranieri, 61, 72-74, 122-124).

Belirtilen durumda, örgütün üst düzey yöneticilerinin genel anlamda eylem aşamasına geçilmesi konusundaki kararları genel bir karardır. Şiddet eylemini gerçekleştiren kişilerin tek tek belirlenen fiillerinin işlenilmesi konusunda somut bir karar alınmadıkça iştirak söz konusu olamaz.

3- "Azmettirme" dolayısıyla bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için, azmettirilen kişide suç teşkil eden fiili işlemek düşüncesi, irade ve kararının bulunmaması gerekir. Suç teşkil eden fiili işleyen kişinin, esasen bu suçu işlemek konusunda bir niyet veya kararı mevcutsa, suçun işlenmesi konusundaki manevi hareketler "azmettirme" olarak kabul edilmez.

Şiddet eylemlerini işleyenler silahlı çete mensubu sayıldığına göre, bu kişiler anayasayı ihlal fiilini işlemek konusunda iradelerini birleştirerek, silahlı çeteyi oluşturmuşlardır. Diğer bir deyişle, şiddet eylemlerini gerçekleştiren silahlı çete üyelerinde, daha başlangıçta anayasa'yı ihlale yönelik, şiddete dayanan (hukuka aykırı) fiil işleme; 146. maddede yer alan suçun icra hareketlerini gerçekleştirme iradesi, kararı mevcuttur. Esasen, 146. maddedeki suç tipine yönelik icra hareketlerini gerçekleştirme

iradesi, TCK'nun 168. maddesinde "her kim..... 146..... ncı maddelerde yazılı cümleleri işlemek için....." denilmekle, bir kimsenin silahlı çete üyesi sayılabilmesi için, bu kişide 146. maddedeki "amaç suç" a yönelik şiddet eylemini gerçekleştirmek iradesinin varlığı zorunlu görülmüştür.

Şiddet eylemini gerçekleştiren kişiler, silahlı örgüt üyesi olduklarına göre, belirtilen durumda, esasen bu kişilerde 146. maddenin icra hareketi sayılan fiilleri işlemek niyet, karar, iradesi mevcut bulunmaktadır. Durum böyle olunca, örgütün üst düzey yöneticisi olan kişilerin, örgütün eylem aşamasına geçmesi konusunda karar almalarının, şiddet eylemlerine yönelik "manevi hareket" olduğu varsayılrsa dahi, yine de bu hareketler "azmettirme" olarak kabul edilmez. Zira, suç işlemek niyet ve kararını yaratan kişiler, örgütün üst düzey yöneticileri değildir. Şiddet eylemlerini gerçekleştiren kişiler, esasen bu konuda irade sahibi oldukları için silahlı çete mensubudurlar.

Belirtilen nedenlerle, örgüt üst düzey yöneticilerinin silahları eylem aşamasına geçilmesi konusunda aldıkları karar, şiddet eylemini gerçekleştiren kişilerin fiiline "iştirak" olarak varsayıldığında dahi, örgüt yöneticileri "azmettiren" olarak nitelendirilmezler; olsa olsa "suç işlemeyi teşvik" veya "suç işleme kararını takviye" eden kişi olarak "fer'i manevi şerik" sayılabilirler. Bu durumda da, haklarında TCK' nun 146/3. maddesi uygulanabilir.

4- Kaldı ki, "silahlı çete" suçu çok failli suçtur. Çok failli suça iştirak, ancak çok failli suçu tanımlayan yasa maddesinde yer almayan hareketleri yapanlar açısından söz konusu olabilir. TCK'nun 168. ve 169. maddeleri, "silahlı çete" suçuyla ilgili muhtelif hukuka aykırı hareketleri belirlemiş ve hareketlerin türüne, "amaç suç" açısından yarattığı nedensel değerdeki tehlikenin ağırlığına göre ayrı ayrı cezalar belirlemiştir. Örgütün merkez komitesinde görev aldıkları iddia edilen üst düzey yöneticilerinin suça iştirakleri iddiası "çok failli suça iştirak" kuralları açısından değerlendirildiğinde, örgütün eylem aşamasına geçmesi konusunda karar verilmesi "silahlı çetede amirliği ve kumandayı" ifade eder. Diğer bir deyişle, çetenin eylem aşamasına geçmesi konusunda karar alınmasına katılıp, silahlı eyleme katılmayan kişiler, gerçekte, 168. maddede yer alan çok failli suç tanımında belirtilen hareketleri yapmış olmaktadırlar. "Amirlik" ve "kumandanlık" hareketi soyut birer statü değildir. Silahlı çete mensubunun gerçekleştirdiği hareket, kendisinin çete içindeki pozisyonunu belirler. Kişinin silahlı çetede "amirliği ve kumandayı haiz olduğu", icra ettiği hareketlere göre belirlenir.

Esasen, çete mensupları açısından Yasa'nın öngördüğü statü ve dolayısıyla sorumluluk farkları, o kişinin çetede üstlendiği görevin "amaç suç" açısından yarattığı zarar tehlikesine göre belirlenmiştir. Durum böyle olunca, bir kişinin "amir ve komutan" sayılabilmesi, bu sıfatı gerektirecek faaliyette bulunmasına bağlıdır. Somut olayda da, örgütün silahlı eylem aşamasına geçmesi kararını veren, fakat silahlı eyleme katılmayan kişiler, çetede "amirlik veya kumandanlık" faaliyetinin gerektirdiği hareketleri yapmışlardır; verdikleri bu kararlar nedeniyle 168/1. maddede kapsamındadırlar. Durum böyle iken başkasının işlediği silahlı eyleme şerik sayılmaları, 168. maddenin mantığıyla, açık ifadesiyle bağdaşmaz.

Yukarıda eleştirdiğimiz Askeri Yargıtay kararlarında dahi, silahlı çete kapsamını aşan fiile iştirak edilmedikçe 146. maddeye göre cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir. Bu açıdan, ".... örgütün hiyerarşik yapısı içerisindeki durumları ve fonksiyonlarına önem

verilerek " şiddet eylemlerine katılmayan üst düzey yöneticilerinin T.C.K.nun 146. maddesine yönelik "uygun harekete" iştirak ettiği kabul edilemez. Halbuki, yukarıda değinildiği gibi, "silahlı çete suçu" (TCK 168) ile "amaç suç" (T.C.K.nun 125 veya 146. maddeleri) birbirinden bağımsız suç tipleridir. Bu açıdan, kişi'nin "silahlı çete" içindeki konumundan kalkılarak, "amaç suç"a ilişkin "uygun hareket"e iştirak karinesi kurulamaz (Valiante, 45).

Kişinin "örgütün hiyerarşik yapısı içindeki durumları ve fonksiyonlarının önemi" 168. maddenin cezalandırdığı zarar tehlikesi açısından nedensel değer ifade eder. Diğer bir deyişle, bir kişinin örgüt içindeki konumunun önemi ve etkenliği 168, 169. maddelerdeki sorumluluk statüsünü belirler. Kişinin örgüt içindeki öneminin 146. maddeye yönelik icra hareketi açısından etkenliği yoktur. 146. maddedeki suç açısından "anayasayı ihlale yönelik cebir fiili"ne iştirak ve bu iştirakin nedensel değeri önem taşır. Çetede önemli bir konumda olan kişi, 146. maddedeki suçun icra hareketlerine katılmamış veya önem taşımayan bir şekilde katılmış olabilir.

Belirtilen nedenledir ki, kişinin silahlı çete yapısındaki hareketlerinin önemi, tamamen başka bir suç tipini oluşturan 146. maddedeki suçun icra hareketine iştirak ve netice bakımından önemli nedensel değerde sayılması sonucunu yaratmaz. Bir suç tipi açısından (TCK 146) değerlendirme ölçüsü yapılarak hataya düşülmüştür. "Silahlı çete" suçu açısından kişinin hareketleri, sadece 168. maddedeki suç tipi açısından sorumluluk ölçüsü olabilir; silahlı çetedeki konum 146. maddedeki suça iştirak anlamına gelmez.

Özetlemek gerekirse, örgütün eylem aşamasına geçmesi konusunda karar vermek çete "amirlik ve komutanlık" hareketidir. Üst düzey yöneticilerinin belirtilen türden karar almaları, şiddet eylemlerine iştirak anlamına gelmez. İştirakin varlığı varsayılsa dahi, örgütün eylem aşamasına geçmesine karar veren fakat şiddet eylemlerine katılmayan kişiler, olsa olsa fer'i manevi şerik sayılabilirler ve ancak 146/3. maddeye göre cezalandırılabilirler.

II- Silahlı örgüt kurmak ve karşıt silahlı örgütlere karşı ülke çapında silahlı saldırı kararı, bu konudaki şiddet eylemlerine "azmettirme" sayılabilir mi?

1- Silahlı çete'nin, karşıt bir ideolojiyi egemen kılmak amacıyla oluşturulmuş silahlı çete'ye karşı ülke çapında savaş açılması konusundaki kararının, bu türden şiddet olayları açısından "azmettirme" oluşturduğu görüşü de savunulmuştur.

Böyle bir görüş de "iştirak" kurallarıyla bağdaşmamaktadır.

2- İştirakin varlığı için, belirli somut bir eyleme katılmak iradesi gerekir. "Genel iştirak", "genel azmettirme" gibi kavramlar kabul edilemez. İrade birliğinin, belirli bir suç tipiyle sınırlı olarak belirmesi zorunludur (Ranieri, 125; Beitiol/Mantovani, 645 v.s.; Antolisei, 405-406). Bu nedenle, "azmettirme" açısından da varsayım dayanılarak sonuç çıkarılamaz; belirli somut bir eylemin belirli ve somut bir karar oluşturma eyleminin sonucu olması gerekir. Diğer bir deyişle, "asli manevi şerik" in hareketi ile "suç oluşturan netice" arasında objektif ve subjektif nedensellik bağı bulunması gerekir (Manzini/Pisapia, 1, 561). Failin somut olaya ilişkin somut eylemi olmadıkça, iştirak varsayılamaz. Aksi düşünüldüğünde, salt iradesi nedeniyle kişinin cezalandırılması söz konusu olur.

Değinen görüş açısından ise kişi, somut, belirgin bir eyleme yönelik karar oluşturma hareketi olmadığı halde, silahlı şiddet olayından sorumlu tutulmaktadır.

3- Silahlı çetenin mensubu olan kişide, esasen, 168. maddede belirtilen suç tiplerinden birine yönelik icra hareketini gerçekleştirmek amacı mevcuttur ve bu nedenle silahlı çete varsayılmaktadır. Durum böyle olunca, esasen hukuka aykırı fiil işlemek iradesine sahip bir kişinin şiddet eylemlerini gerçekleştirmesi durumunda "azmettirme" söz konusu olmaz, olsa olsa "fer'i manevi iştirak" halleri varsayılabilir.

Bu türden karar alınması, çetede "amirlik ve komutanlık" sıfatının gerektirdiği faaliyetlerdir; 168. maddenin öngördüğü bir unsur söz konusudur. Bu açıdan, 168. maddenin unsurunu teşkil eden bir hareket gerçekleştirildiği için, "iştirak" kuralları uygulanamaz.

Silahlı çete üst düzey yöneticilerinin belirli konuda karar almaları, 168. madde kapsamındaki bir hareket olduğuna göre, 146. maddedeki "amaç suç" tipi açısından nedensel değer taşımaz; zira karar alanlar "anayasayı ihlal" fiiline yönelik icra hareketine kaulmamışlardır.

III- Silahlı çete görüşlerini içeren yayınlar, amaç suça iştirak sayılabilir mi?

1- Belirli bir ideolojiyi egemen kılmak amacına yönelik silahlı çetenin, amaç ve görüşlerini yansıtan, örgüt stratejisi doğrultusunda öneriler içeren yayınların da, suça örneğin "anayasayı ihlal" suçuna iştirak niteliği taşıdığı da savunulmuştur.

Yayın organlarıyla yapılan yayın, sadece görüş açıklamak anlamına gelir. Açıklanan bu görüşlerin içeriğine göre, hukuka aykırı bir niteliği varsa bu konudaki ceza normları uygulanmak gerekir. Örneğin, 312. madde, Terörle Mücadele Yasası'nın 6. maddesi bu konuda örnek gösterilebilir.

2- Herhalde TCK'nun 146. maddesindeki suça "iştirak", "azmettirme" söz konusu edilemez. Zira, iştirakin varlığı için öngörülen "iştirak iradesi" mevcut değildir. Yukarıda değinildiği gibi, sorumluluk, ancak suç teşkil eden neticeye yönelik icra hareketlerinin yapılması konusunda iradelerin birleşmesi ve netice açısından nedensel değer taşıyan hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda söz konusudur. Bir dergi yayınında ise, sadece kamuoyuna belirli görüşler iletilmektedir. Basın Kanunu'na göre, mevkutenin yayımlanmasıyla suç teşekkül ettiğine ve fiile sonradan iştirak de mümkün bulunmadığına göre, yayından sonra "anayasayı ihlal"e yönelik bazı fiiller işlenmiş olsa bile, "iştirak" unsurları mevcut değildir.

Kaldı ki, Anayasa'yı ihale yönelik icra hareketleri gerçekleştiğinde, bu icra hareketlerinin dergideki yazıların etkisi altında gerçekleştirilip, gerçekleştirilmediğini saptamak mümkün değildir. Diğer bir deyişle, 146. maddenin ihlali neticesini yaratan icra hareketleri ile, dergi yayını arasında nedensellik bağının kurulması mümkün değildir.

Belirtilen nedenlerle, bir derginin yayını, yukarıda değindiğimiz üzere, suça tahrik/teşvik, propaganda fiillerini cezalandıran yasa kuralları açısından değerlendirilebilir; TCK'nun 146. maddesini ihlal eden fiile iştirak sayılmaz. Vardığımız bu sonuç, özellikle

"azmettirme" hareketi, ancak belirli, somut bir fiil için söz konusu olabilir; kamuoyuna yönelik genel görüş açıklamaları, bu görüşlerin etkisiyle bir takım eylemler gerçekleştirilse dahi, "azmettirme" sayılmaz.

IV. Silahlı eylemin gerçekleştiği varsayımı, "azmettirme karinesi" sayılabilir mi?

1- Silahlı çete üst düzey yöneticilerinin silahlı eyleme karar verdiği varsayımından hareketle, "azmettirme karinesi"ne dayanılarak, her eylem açısından silahlı çete üst düzey yöneticilerinin sorumluluğu kabul edilmektedir.

Böylece, "varsayım ve mantuki istidlale" dayanılarak sorumluluk yaratılmaktadır. Böyle bir sorumluluk anlayışı, ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralına aykırıdır. Çağdaş demokratik ceza sorumluluğunun temelini oluşturan "ceza sorumluluğunun kişiselliği" kuralı, "fiil+kusur" sorumluluğunu gerektirir. Fiilin sabit sayılması nedeniyle şiddet eylemine katılmamış kişinin "azmettiren" olarak sorumlu tutulması "salt kusur sorumluluğu"nun kabul edilmesi demektir. Diğer bir deyişle, Alman nazizminin ceza hukukuna egemen olan "fail kusurluluğu", "yaşama tarzı dolayısıyla kusurluluk (Teatershuld)" anlayışının kabul edilmesi demektir. "Bu fikre göre, kusurluluk, adeta, failin bir sıfatı ve niteliğidir. Esasen, fiil, failin kişiselliğini meydana koyan, bu kişiliğin dışı vuruşunu belirten bir şeydir... Nazi felsefesinin benimsediği fikre göre, çağdaş devlet sadece belirli bir hareketi yapan veya yapmayan kimselerle uğraşmaz; ayrıca kendi istediği biçimde vatandaşların, sadık vatandaşların bulunup bulunmadığını da arar. Bu sebeple, devlet, anti-sosyal kişiliğini açığa vuran herkesi kusurlu sayabilir onu cezalandırabilir" (Dönmezer-Erman, II, No: 914). Şiddet eylemine katılmadığı halde, bir örgütün üst düzey yöneticisi olması nedeniyle, kişinin, o şiddet eyleminden sorumlu tutulup, ona göre cezalandırılması, bilmeden/istemedi, demokratik sistemle bağdaşmayan, niteliklerini belirttiğimiz totaliter sistemlerin "fail kusurluluğu" anlayışını benimsemek demektir. Bu anlayış, Anayasa'nın 38. maddesindeki "ceza sorumluluğunun şahsiliği" kuralıyla çeliştiği için hukuka aykırıdır.

2- Kaldı ki, genel olarak "iştirak", özel olarak "azmettirme" kurallarının uygulanabilmesi için, kişinin şiddet eylemine bilerek ve isteyerek maddi veya manevi hareketlerle katılmış olduğunun geçerli yasal delillerle kanıtlanması gerekir. "İştirak"ın varlığından sözedilebilmesi için varlığı zorunlu "iştirak iradesi" unsuru bunu gerektirir.

Kaldı ki, salt "iştirak iradesi"nin varlığı da sorumluluk için yeterli değildir. Ayrıca, kişinin "netice" açısından nedensel değer taşıyan maddi veya manevi bir hareketinin bulunduğu da kanıtlanması zorunludur. Asli maddi failler, belirgin olduğunda, fer'i maddi, asli/manevi ve fer'i manevi iştirakin bulunup bulunmadığı, her belirgin somut olay için araştırılmak ve yasal geçerliliği olan kanıtlarla kanıtlanmak gerekir. Belirttiğimiz hususlar kanıtlanmadan, salt fiilin varlığı ve asli-manevi faillerin belirginliği görüşünden hareketle, kişilerin fiile iştirak ettikleri varsayımına ulaşılması, hukuka aykırıdır. Zira, tek kişi tarafından işlenebilen bir fiilin gerçekleştirilmesinde "iştirak" zorunlu olmadığına göre, belirtilen türden bir varsayım geçerli değildir. Her somut olayda, asli-maddi failin gerçekleştirdiği icra hareketine, kişinin iştirak iradesiyle katılıp katılmadığı ve nedensel değer taşıyan maddi veya manevi hareketinin bulunup bulunmadığı araştırılmak gerekir.

Kişinin üst düzey yöneticisi olması, mutlaka şiddet eylemlerine katıldığıının karinesi olarak kabul edilemez. İştirakin varlığı, belirli unsurların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu unsurlar gerçekleşmeden, "iştirak sorumluluğunu kabul eden, dolayısıyla ceza sorumluluğu ilkeleriyle bağdaşmayan bir sonuca varmak demektir. Diğer bir deyişle, bir şiddet eyleminin sütubu, iştirakin varlığının kanıtlanması anlamına gelmez. İştirakin ayrıca incelenip, kanıtlanması gerekir.

3- Yukarıda 2 numarada belirttiğimiz hususlar, genel olarak iştirakin varlığı açısından gerekli unsurlardır. "Azmettirme" açısından ise, şiddet eylemini gerçekleştiren kişide, bu eylemi gerçekleştirme konusunda hiçbir niyet, karar ve düşüncenin bulunmadığının; asli maddi failde suç işleme niyet ve kararının, azmettirmekle suçlanan kişi/kişiler tarafından yaratıldığının da ayrıca araştırılıp, yasal geçerliliği olan kanıtlarla kanıtlanması gerekir. "Azmettirme", boş, gelişigüzel bir kavram değildir. Yukarıda belirtildiği gibi, "azmettirme", asli/manevi iştirak şekli olarak belirli ve sınırlı bir manevi hareketi ifade eder. Bu açıdan, "azmettirmeden" sözedilebilmesi için, hem "iştirak iradesi", "fiilin aynılığı" gibi iştirakin genel unsurlarının, hem de asli/maddi failde suç işleme düşünce, kararının yaratılması şeklindeki özel unsurun varlığı zorunludur. Devamlı değinildiği üzere, kişinin iştirak sebebiyle sorumluluğu, hareketinin netice bakımından nedensel değerine bağlıdır. "Azmettirme" şeklindeki manevi iştirak türünün varlığı için, suç işlenmesine yönelik telkinlerin asli/maddi failde suç işleme niyet ve kararını yaratacak, bu telkinler altında fiilin icrasına geçirilmesini sağlayıcı bir nedensel değer taşıması zorunludur. Ancak, belirtilen nedensel değer var ise, suç işlenmesi telkininde bulunan kişi "azmettiren" ve dolayısıyla "asli/manevi şerik" olarak kabul edilebilir (Manzini-Pisapia, II, 558 v.s.).

Çetede üst düzey yöneticisi olmak statüsü, şiddet eyleminin niyetinin yaratılması, karar oluşturulması ve icra hareketinin nedensellik değerini taşıyan hareketlerde bulunduğu varsayımı dahi olamaz. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği gibi, her somut olayda kişinin manevi hareketinin varlığı ve bu hareketin değinilen nedensel değeri taşıyıp taşımadığı araştırılıp, kanıtlanmadıkça, o kişinin "azmettiren" olarak kabulü mümkün değildir. Özellikle, yukarıda değinildiği gibi, çok faili bir suç tipi olan "silahlı çete" suçunun uzantısı olarak işlenen şiddet eylemlerinde, şiddet eylemini gerçekleştiren kişilerde esasen suç işleme niyet ve kararı bulunacağından "azmettirme"nin varlığından sözedilebilmesi, somut özel koşullar gözönünde tutularak, kanıtlanmadıkça varsayılmaz.

Kısa bir deyişle, şiddet eyleminin sübuta erdiğinin varsayılması, belirli statülerdeki kişilerin fiile iştirak ettiğinin ve "azmettirmenin" varlığının kanıtı değildir.

V- Silahlı çete'nin "eylem birimleri" kurduğu ileri sürülerek, bu birimlerin gerçekleştirdiği ileri sürülen eylemlerden yöneticilerin sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunu

1- Değinilen sorun, gerçekte birbiri içinde bütünleşen üç sorunu kapsamaktadır:

a) Silahlı çete merkez yönetiminin "eylem birimi" kurulmasına karar vermesi durumunda, merkez yönetiminde görev alanlar salt bu kararları nedeniyle, ayrıntısını bilmedikleri, kararlaştırmadıkları, katılmadıkları eylem birimlerinin gerçekleştirdikleri şiddet eylemlerine iştirak eden, "azmettiren" olarak kabul edilebilirler mi?

b) "Eylem birimi" sorumlusu, kendi bilgisi dışında gerçekleştirilen eylemlerin "azmettireni" sayılabilir mi?

c) Belirtilen varsayımlar, daha da genelleştirilerek, örgütün hiyerarşik yapısı, emir-komuta ilişkisi nedeniyle gerçekleştirilen her eylemden, eylemi gerçekleştiren birimin üzerindeki yönetimin birimlerinin bilgi sahibi olacağı varsayımına dayanılarak kişiler "azmettiren" olarak sorumlu tutulabilir mi?

Bu türden varsayım sorumluluğu, ceza sorumluluğunun temel ilkelerine olduğu kadar, iştirak kurallarına, T.C.K. nun 168. ve 125., 146. maddesi gibi "amaç suç" düzenlemelerine de aykırıdır.

2- Önce şunu belirtmek gerekir ki, TCK'nun 168. maddesi kapsamında görülen bir silahlı çetenin belirli emir-komuta sistemine dayanması, hiyerarşik yapıda bulunması, "amaç suç"un işlenmesi açısından ağır zarar tehlikesi yaratıcı nitelikte bulunması, esasen bu suçun varlığı için gerekli unsurlardır (Marconi, 320 v.s.; Panagia, 150; Gallo/Musco, 17 v.s.).

Durum böyle olunca, 168. maddedeki suçun unsurlarını oluşturan olguların, TCK'nun 146. maddesini ihlal ettiği kabul edilen fiile "iştirak karinesi" olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. TCK'nun 146. maddesine aykırı bir fiilin varlığı ve bu fiile iştirakin bulunup bulunmadığı, 168. maddeye göre cezalandırılan silahlı çetenin yapısına göre değil, doğrudan doğruya 146. maddeyi ihlal ettiği ileri sürülen icra hareketi açısından değerlendirilmek gerekir. Bir suçun unsurunu, diğer suç açısından "iştirak karinesi" olarak kabul etmek, birbirine yabancı iki öğeyi özdeşleştirmek yanılığını içerir.

Kaldı ki, belirtilen anlayış, şiddet eylemlerine geçirildiğinde, silahlı çete mensubu olan her kişinin Anayasa'yı ihlale yönelik icra hareketinin şeriki sayılması sonucunu yaratır.

Kısa bir deyişle, bir kişinin 146. maddeyi ihlal ettiği ileri sürülen fiile iştirak edip etmediği, bu fiil açısından değerlendirilmek gerekir. Silahlı çetede ki konum, kişinin 146. maddeyi ihlal ettiği ileri sürülen icra hareketine iştiraki anlamını taşımaz; kişinin icra hareketine iştiraki, bu icra hareketiyle ilgili "iştirak iradesi"nin ve "netice bakımından nedensel değer taşıyan hareketinin varlığı"na bağlıdır.

Belirtilen nedenler, örgütün hiyerarşik yapısı, emir-komuta sistemi gözönünde bulundurularak, her eylemin üst kademe yöneticileri tarafından bilindiği varsayımı, somut gerçeklerle çelişileceği gibi, hukuksal değerlerden de yoksundur. Böyle bir varsayım, salt silahlı çete içinde kanunun öngördüğü görevleri üstlenmesi nedeniyle, kişinin objektif sorumluluğunun kabul edilmesi anlamına gelir.

3- Kaldı ki, TCK'nun 168. maddesi, çetede "amirlik ve komutanlık" hareketini, belirli bir hukuka aykırı statü olarak kabul etmiştir ve müeyyidesini de saptamıştır. Bu açıdan, kişinin sırf çetede amir veya komutan olmasının yaratabileceği ceza sorumluluğu, 168. maddede belirtilen bir sorumluluktur. 168. maddenin öngördüğü "suç tipine uygun hareket" nedeniyle, kişinin 168. madde yerine, iştirak etmediği 146. maddeyi ihlal eden

icra hareketi sebebiyle sorumlu tutulması, Yasa'nın öngörmediği bir ceza ile cezalandırılması demektir. Bu ise, "suçta ve cezada kanunilik" prensibine aykırıdır.

4- "İştirak" kuralları, birkaç kez değinildiği gibi, gerçekte fiili nedeniyle sübjektif sorumluluk temeline oturtulmuştur. Diğer bir deyişle, failin belirli, somut fiilin işleneceğini bilmesi ve istemesi (iştirak iradesi); bu irade ile suç teşkil eden hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesi açısından nedensel değer ve etkide bulunan hareketleri işlemesi (fiil unsuru/objektif unsur) durumunda iştiraktan söz edilebilir.

Yukarıda değinilen üç sorun açısından da, "iştirak iradesi", "iştirak iradelerinin birleştiği fiilin aynılığı", "asli-maddi failin fiiline, maddi veya manevi hareketlerle katılmak" unsurları mevcut değildir. Belirtilen unsurların yokluğu, değinilen üç sorun açısından da iştirak kurallarının bulunmadığını gösterir.

5- 146. maddedeki "amaç suç" ile hazırlık hareketi arasındaki yapısal fark düşünüldüğünde, kişinin 146. maddeden sorumluluğu, sadece, "amaç suç"un gerçekleşmesi iradesinin yeterli olmadığını gösterir. "Amaç suç"un gerçekleşmesine yönelik irade birleşimi, "silahlı çete" türünden cezalandırılan hazırlık hareketinin gerçekleşmesini sağlar. 146. maddedeki suçta iştirak ise, ancak bu suçun icra hareketlerine maddi veya manevi hareketlerle katılınması durumunda söz konusu olabilir. "Amaç suç"un işlenmesine yönelik irade, esasen "silahlı çete suçu"nun teşekkülü için aranan bir unsurdur. 146. maddedeki suçun işlenmesi, hazırlık hareketi safhasını aşan ve "Anayasa'nın ihlali" neticesini doğurmaya uygun icra hareketlerinin yapılmasına ve silahlı çetede yer alan kişinin bu fiile kaulmasına bağlıdır. Bu fiil maddi ve manevi nitelikte olabilir, fakat mutlaka hazırlık hareketi kapsamını aşmış olması gerekir. 168. maddenin unsuru olan "amaç suç"u işlemek iradesinin, o kişinin fiilen katılmadığı bir icra hareketine iştirak gerekçesi olarak kullanıldığında, "146. madde ile cezalandırılan hususun, failin fiili değil, fakat kusurlu irade olduğu sonucuna varmak gerekecektir; bu durumda da, Kanunun, failin cezalandırılması için sayılan amaçlara yönelik iradesinin, herhangi bir şekilde ortaya çıkmasını yeterli sayması buna karşılık, bu amaçlara yönelik bir icra hareketinin aranmaması gerekirdi. Oysa, 146. maddede, bu amaçlara yönelik bir icra hareketini şart koşturmuştur. 146. maddenin uygulanabilmesini ve failin cezalandırılabilmesi için, icra hareketlerinin şart koşulması, belirli bir neticenin de aranmadığını ve bunun da maddede sayılan 'tağyir', 'tebdil' ve 'ilga' olduğunu göstermektedir (Toroslu, Nevzat, Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 1985/4, s. 592-593).

"Gerçekte teşebbüsten sözedilebilmesi 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 aranmaktaysa da, teşebbüs halinde de, farazi bir illiyet bağı kurularak gerçekleştirilmesi düşünülen netice ile, gerçekleştirilen hareket arasında sebebiyet ihtimal ve imkanının araştırılması gerekir" (Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s. 187; Toroslu, 584-595).

Belirtilen nedenlerle, kişinin sadece Anayasa'yı ihlale yönelik bir irade sahibi olması, diğer unsurlar da gerçekleştirildiğinde, silahlı çete türünden hazırlık hareketinin oluşmasına yol açar. 146. maddenin ihlali ise, bir icra hareketine katılmayı ifade eden maddi veya manevi bir hareketin varlığını zorunlu kılar. Bu açıdandır ki, 168.

maddedeki suç tipinin öngördüğü "amir ve kumandanlık" sıfatını taşıyan bir kişinin verdiği genel kararlar, bu kararlar çerçevesinde eylem gerçekleştirilse dahi, bu eyleme "iştirak" ve özellikle "azmettirme" olarak kabul edilemez. Zira, bu kişinin Anayasa'yı ihlal iradesi, sadece 168. madde açısından unsurdur. Kendisinin ayrıca Anayasa'yı ihlale yönelik icra hareketine katıldığını gösteren maddi veya manevi, netice bakımından nedensellik değeri taşıyan bir hareketi olmadıkça, eyleme, icra hareketine iştirak etmiş sayılamaz. 168. maddedeki suç tipi, nitelik olarak hazırlık hareketini öngördüğüne göre, kişinin hazırlık hareketi kapsamındaki iradesine ve eylemine bakarak "icra hareketi" açısından değerlendirme yapılamaz.

6- Kişinin icra hareketine "azmettiren" olarak katıldığının varsayılabilmesi için, icra hareketini sağlamaya yönelik iradesinin ve bu irade çerçevesinde kişilerde icra hareketi düşüncesini yaratıp, icra hareketini gerçekleştirmesi gerekir. 168. madde anlamındaki "Anayasa'yı ihlal iradesi", bu maddedeki suçun teşekkülü açısından unsurdur. "İştirak iradesi" ise, hazırlık hareketi kapsamını aşan icra hareketi niteliğindeki bir fiilin işlenmesine bilerek ve isteyerek katılınması iradesini ifade eder. Diğer bir deyişle, Anayasa'yı ihlal amacıyla silahlı çete oluşturulmasındaki irade "amaç suç"a yönelik bir icra hareketi değil, hazırlık hareketidir; buna karşılık, "iştirak iradesi" hazırlık hareketi kapsamını aşan "amaç suç"un işlenmesine uygun bir icra hareketine, bilerek ve isteyerek katılmak demektir. Bu açıdandır ki, "Anayasa'nın ihlali amacı" ile, "fiile iştirak iradesi" birbirinden farklıdır ve "belirli bir suçun işlenmesi amacı etrafında birleşme", iştirak iradesi ile özdeşleştirilemez.

"Gerçekten, 'azmettiren' irtikap edende belirli bir suçu işlemek niyet ve kararını yaratmak kastıyla hareket etmeli, bir kimseyi suça yönlentmeyi bilmeli ve istemelidir" (Dönmezer-Erman, II, No: 1290).

7- "Azmettirme", suç işleme konusunda herhangi bir düşünce ve kararı bulunmayan kişinin suç işlemesini sağlamak anlamına geldiğine göre, "azmettirme" somut ve belirgin fiiler açısından söz konusu olabilir. Genel olarak eylem aşamasına geçilmesi durumunda işlenen tüm fiillere göre, genel/belirgin olmayan iştirak söz konusu edilemez. Silahlı çeteye katılmak suretiyle, esasen "amaç suç"u işlemek niyet ve kararına sahip bulunan kişilerin gerçekleştirdiği tüm eylemlerin tek bir fiil sayılıp, bu eylemlere katılmayan kişilere izafe edilmesi mümkün değildir. İştirakin varlığı için manevi hareketin nedensellik değeri, icra hareketinin tümü içindeki katkısı, suç teşkil eden neticeye yönelik oluşu aranmadıkça, "iştirak"ten ve "azmettirme"den bahsedilemeyeceğine göre, "genel soyut iştirak" anlayışı, hukuksal açıdan geçerli değildir. Çetede etken rolün sadece "silahlı çete suçu" açısından önem taşıdığını, çetede önemli rol oynamasının icra hareketine katılmak ve icra hareketi bakımından da yoğun nedensel değer taşıyan harekette bulunmak anlamına gelmeyeceğini, bir kez daha vurgulamak isteriz. Çetede önemli, etken rol alan kişinin şiddet eylemine katıldığı varsayıldığında dahi, bu kişinin icra hareketi kapsamındaki maddi veya manevi hareketinin "Anayasa'yı ihlal suçu"nun işlenmesi açısından nedensel değeri araştırılmak gerekir. Çetede amirlik ve kumandanlık gibi en önemli derecede görevi üstlenen kişi, katıldığı şiddet eyleminde, örneğin, sadece vasıta tedarik eden durumdaysa, 146. madde açısından "fer'i maddi şerik" sayılma gerekir.

Belirtilen bu husus, özellikle, silahlı çete kapsamını aşmış, icra hareketini gerçekleştirmeye başlayan kişilerin fiiline "azmettirme" açısından öncelikle geçerlidir. Çetede önemli rol oynayan kişi, esasen, "amaç suç"u işlemek iradesiyle çeteye katılmış olan kişilerin icra hareketini işlemelerini sağladığı zaman, yukarıda değinildiği gibi, "azmettirme" söz konusu olamaz. Zira, şiddet eylemini gerçekleştiren kişilerde suç işleme niyet ve kararı mevcuttur. Bu durumda, çetenin amir ve kumandanı şiddet eyleminin işlenmesini telkin etse ve icra hareketinin işlendiğini bilse dahi, eylem hareketini gerçekleştirenlerde suç işleme düşüncesi olduğu için, olsa olsa "fer'i manevi şerik" sayılabilir.

Belirtilen nedenlerle, çetede statü ele alınmak suretiyle, icra hareketinin bilindiği ve işlendiği, icra hareketine katıldığı şeklinde varsayımlar ileri sürerek sonuç çıkartılamaz. Önemli olan, hazırlık hareketi niteliğindeki çete rolünün yarattığı "zarar tehlikesi" değil, "amaç suç"a yönelik icra hareketindeki rolün suç teşkil eden netice açısından nedensel değeridir. Hazırlık hareketi açısından nedensel değer taşıyan bir hareketi açısından nedensel değer taşımayabilir ve nedensel değeri ikinci derecede olabilir (Pannain, 854-855).

8- Son olarak bir hususa dahi değinmek istiyoruz: Çetenin üst kademe yöneticinin aldığı karar çerçevesinde oluşturulan savaş birlikleri sorumlusunun dahi bilinip istemediği fiillerden "birim sorumlusunu" ve çete merkez yönetimini sorumlu tutmak, yukarıda söylediğimiz nedenlerle mümkün değildir. Esas Hakkındaki Mütalaada aksine bir iddia yer almaktadır. Bu iddia, bir bakıma, suçu irtikap edecek üçüncü ve bilinmeyen bir kimseyi "azmettirmek" üzere, bir aracının "azmettirilmesi" görüşüne dayandırılmaktadır. Üçüncü ve bilinmeyen bir kimseyi "azmettirmek" üzere, bir aracının "azmettirilmesi" duruma, "azmettirmeye azmettirilmesi" denilir. "Azmettirmeye azmettirme" durumunda, bir aracı ile "azmettirme" yolunu seçen kişinin "azmettirilen" sıfatıyla cezalandırılabilmesi için, "azmettiren"de, "azmettirmeye azmettirilende"de iştirak iradesinin bulunması ve iştirak iradesinin ilgili olduğu suçun, gerek kendisi ve gerek aracı bakımından aynı olması, yani kendisi aracıyı hangi suç bakımından "azmettirmişse" aracının da irtikap edeni aynı suçu işlemeye "azmettirmiş" bulunması gerekir (Dönmezer-Erman, II, No: 1291).

Belirtilen durumda, "azmettirmeye azmettirdiği" ileri sürülen kişinin, bu hareketi yaparken işlenmesini istediği belirgin fiil saptanmadan, "azmettirmeye azmettirilen" kişinin "aynı fiile azmettirme" hareketinin de bulunup bulunmadığı incelenmeden ve genelde, yukarıdan bu yana değinilen "iştirak" kurallarının varolup olmadığı önemsenmeden sonuç çıkarmak ve bu kişileri fiilen katılmadıkları şiddet eylemlerinden sorumlu tutmak, hukuk kurallarıyla bağdaşmaz. Aksine bir uygulama, "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkeleriyle temelden çelişen, "salt irade sorumluluğu", "fail kusurluluğu" gibi, demokratik sistemlere yabancı ceza sorumluluğunu kabul etmek demektir.

9- Bu konuda, genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, yukarıdan bu yana belirttiğimiz ilkelerin insan haklarına, ceza sorumluluğunun adil olmasına ve kişinin kendi iradi fiilinden sorumlu tutulmasına özen gösteren en eski hukuk sistemlerinde dahi

uygulandığını söylemek isteriz. Roma hukukundan bu yana uygulanan bu tür kurallar, sadece, kilise hukukunun Avrupa'ya egemen olduğu, engizisyonun dehşet saçtığı dönemlerde savsaklanmış, kişi "kusurluluk aranmassızın salt fiilinden" veya "fiili aranmaksızın salt kişiliğinden" dolayı cezalandırılmıştır. Özellikle, XVI. yüzyıldan bu yana gerçekleştirilen ceza cod'larında ve yasa tasarılarında egemen olan kural, yukarıda belirttiğimiz ilkelerdir (Tarihsel gelişim için bakınız, De Pilla, Dei Reati Contro La Sicurezza Interna dello Stato, Napoli 1988, 140 v.s.). "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesinden kaynaklanan iştirak kuralları, sadece nazi Almanya'sında ve faşizm İtalya'sında geçersiz kılınmıştır.

"İştirak" kurallarının ceza sorumluluğu açısından özellik getirmediği, sadece suç tanımında yer alan hareketleri yapmayan, asli/maddi fail olmayan kişilerin cezalandırılabilmesini sağlamak amacını taşıdığı gözönünde bulundurulursa, "iştirak" kurallarının, ceza sorumluluğunun genel kurallarına uygun olarak yorumlanması zorunluluğu daha da önem kazanır. Bu nedenledir ki, sadece "iradelerin birliği" veya sadece "hareketin varlığı", iştiraktan sözedilebilmesi için yeterli değildir. "İrade" ve "netice bakımından uygun etkili eylem", iştirakin varlığı için vazgeçilmez koşuldur (Impallomeni, Istituzioni di diritto panele, Torino 1908, 361-364)

146. maddenin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen iştirak halleriyle ilgili özel hükümler de, salt ceza açısından özellik taşımaktadır. Salt ceza açısından özel hüküm getirilmesi, iştirak kurallarının geçersizliği veya değişik nitelikte olması anlamını taşımaz. Diğer bir deyişle, 146. madde, iştirakin genel kuralları, "iştirak idaresi", "fiilin aynılığı", "fiilin nedensef değeri" açısından bir özellik taşımamaktadır; bu konuda genel hüüm ve kurallar uygulanması gerekir (Özek, 170 v.s.).

VI. Kişinin belirli bir ideolojik görüşe sahip olması, bu görüş doğrultusunda yönelinen "amaç suç" doğrultusundaki eylemlere katılma kastının karinesi olarak kabul edilebilir mi?

1- Kişinin marksist ideolojiyi benimsemesinin de, gerek TCK'nun, 168. maddesi açısından "silahlı çete oluşturmak", gerek 146. maddesi açısından "anayasayı ihlal eylemine iştirak" varsayımı olarak savunulduğu da görülmektedir. "Örgütlenme" ve "eylem", suç'un objektif unsurunu oluşturur. Bu açıdan, objektif unsurlar araştırılmadan, salt sübjektif öğelere dayanılarak sorumluluk yaratmak hukuksal verilerle bağdaşmaz.

2- Böyle bir anlayış, gerçekte, kişinin eylemi ve eylemin yöneldiği hukuka aykırı netice aranmaksızın fiillerin 168/146. maddeleri ihlal ettiği şeklinde hüküm kurulması demektir. Böylece "fiilin niteliği ve içeriği", failin kastı ihmal edilmekte, failin "düşünce biçimine" göre fiilin hangi suç tipine girdiği saptanmış olmaktadır. Halbuki, suç tiplerinin incelenmesi ve saptanmasında uygulanan klasik yöntem, önce "fiilin varlığı"nın araştırılmasını, suçun objektif unsurunun (fiil unsuru) varlığının saptanması ve sonra sübjektif unsurun (kusurluluğun) araştırılmasını öngörmektedir.

Failin dış dünyada yarattığı değişiklik (fiil) saptandıktan sonra, bu fiilin suç tipine uygun olup olmadığı ve hukuka aykırılığı belirlenir. Bu hususlar belirlendikten sonradır ki, failin "kast" derecesinde kusurunun bulunup bulunmadığı incelenerek hükme varılır.

3- Fiilin varlığı (eylem) saptandıktan sonra, bu fiilin hangi suç tipine uygun olduğu, "objektif tipe uygunluk" ve "failin kastı" bir yana bırakılarak, salt failin

ideolojik görüşüne göre sonuca varmak, gerçekte fiilin değil, düşüncenin cezalandırılması anlamına gelir. Bu anlayış, fiilin hangi suçu oluşturduğunun saptanmasına ilişkin demokratik kuralların tümüyle tersine çevrilmesi anlamına gelir.

Bu anlayış, Askeri Yargıtay Kararları, cezalandırılan hazırlık hareketleri alanını aşan her fiili, TCK'nun 146. maddesini ihlal eden icra hareketi sayıldığı için, bir fiilin suç tipinin tamamen objektiflikten uzak bir biçimde saptanmasına yol açmaktadır; salt kişinin ideolojik görüşüne göre belirlenmiş olmaktadır. Örnek vermek gerekirse, gerçekte, adam öldürme veya yağma suç tiplerini oluşturan bir fiil, salt failde varsayılan ideolojik görüş sebebiyle 146. maddenin icra hareketi olarak nitelendirilmektedir. Bu anlayış ve uygulama, suç tipinin belirlenmesi açısından olduğu kadar, failin kastının saptanması açısından da yanılgılı sonuçlar yaratmaktadır. Gerçekten, bir icra hareketinin 146. maddeyi ihlal eder nitelikte sayılabilmesi için, failin "anayasayı ihlal" kastıyla hareket etmesi zorunludur. Failin, marksist ideolojik görüşü benimsemesi fiilin "anayasayı ihlal" suçunun icra hareketini teşkil ettiğinin ve "anayasa'yı ihlal" kastıyla hareket ettiğinin kanıtı olarak kabul edilemez. Kısacası, 146. maddedeki suçun gerek objektif, gerek sübjektif unsurları, ideolojik görüşle dayanılarak varsayıldığında, gerçekte 146. maddeyi ihlal etmeyen bir fiilin 146. maddeye göre cezalandırılması gibi "vahim" bir sonuç doğar.

4- Bir fiilin, suçun işlenmesine yönelik icra hareketi teşkil ettiği saptandıktan sonra, failin bu fiili hangi kast ile işlediğinin objektif ölçülere göre belirlenmesi gerekir. TCK'nun 146. maddesindeki suç tipi açısından genellikle "özel kast" aranmaktadır. Bunun için de, failin maksadını ortaya koyan bir harekette bulunması zorunlu görülür. İtalyan ceza hukuku öğretisinde "..... in fatto diretto a....." ifadesinin, özel kastın varlığını zorunlu kıldığı kabul edilir (Merenghieri, Attentato La Costituzione della Stata, Encic. For. I, 1958, 502, Malinverni, 109-112; Frosalı, Sistema penale Italiano- I, Torino 1958, 488). 146. maddedeki suçun işlenebilmesi için genel kastı yeterli görenler dahi, fiilin, anayasal düzeni hukuka aykırı usullerle değiştirmek irade ve isteğiyle hareket etmesinin gerekeceğini ve fakat failde özel bir amaç aranmayacağını belirtmektedirler (Sabatini, I delitti contro la personalita della Stato, in Conti II cidice penale illustrato articolo per articolo, II, Milano 1934, s. 176; Santroro-Manuele di diritto penale, I, Torino 1962, s. 59).

146. maddedeki suç tipi açısından özel kastı arayanlarla, genel kastı yeterli görenlerin birleştikleri husus ise:

a) Failin 146. madde açısından icra hareketi niteliğini taşıyan fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi,

b) Fiilin hukuka aykırılığını, yani anayasal usuller dışında kalan usullerle anayasal düzeni değiştirmek kastıyla fiili işlemiş olması iradesinin, bulunması zorunludur (Manzini/Nuvolone, 490; Özek, 163 v.s.).

146. maddedeki suç tipi açısından teşebbüs dahi, tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı ve esasen "netice" gerçekleştirildiğinde, hiç değilse, bir süre bu fiili işleyenlerin cezalandırılması imkanı ortadan kalkacağına göre, mutlaka olayın objektif koşulları gözönünde bulundurularak, failin kastının saptanması gerekir. 146. maddenin icra hareketini oluşturabilecek bir fiilin, başka bir amaçla işlenmiş olması mümkündür. Nasıl, genel olarak teşebbüs derecesinde kalmış suçlarda failin icra hareketiyle "netice"

arasındaki uygunluk ihtimali ve failin kastını saptamak gerekiyorsa, aynı araştırmanın 146. madde açısından da yapılması gerekir. Diğer bir deyişle, failin hareketiyle, anayasayı ihlal neticesi arasında "maddi ve manevi nedensellik bağı" objektif olarak saptanmadıkça, bir kişi 146. maddeye göre cezalandırılmaz. Anayasanın, anayasal usullere uygun olarak değiştirilmesi mümkün bulunduğuna göre, Anayasa'yı değiştirmeye yönelik cebir hareketlerinin suç sayılması durumunda, Yasa "hukuka hususi aykırılık" unsurunu zorunlu görmüş demektir. Hukuka hususi ayrılık hallerinin mevcudiyeti halinde ise, failin belirli bir şekilde hareket ettiğini bilmesi ve hareket etmeyi istemesi gereklidir. Yani, kastın, bu hukuka hususi aykırılığa şamil olması gereklidir. Bu durumda, hakim, sadece neticenin hukuka aykırı oluşunu aramayacak, ayrıca failin bu hukuka hususi aykırılığa şamil bir kastının mevcudiyetini de araştıracaktır. 146. madde bakımından da aynı durum bahis konusudur. Failin hukuka hususi ayrılık halinin tesbitinden ibarettir. Nasıl failin kastının suçun bütün vasıflarına şamil olması aranmakta ise, aynı şekilde bu şumulün fiilin hukuka aykırılık vasfı bakımından da incelenmesi yapılmaktadır (Özek, 165-166).

5- Kişinin "marksist" ideolojiyi benimsemesi ise, anayasayı ihlale yöneldiğinin, fiilin anayasayı ihlal amacıyla işlediğinin kanıtı olarak kabul edilemez. Marksist düşüncüyü benimseyen bir kişi, anayasayı ihlal amacı dışında bir amaçla şiddet eylemini gerçekleştirmiş olabilir. Aksini düşünmek, anayasayı ihlal fiilinin, ancak marksist ideolojiyi benimseyen kişiler tarafından işlenebileceği, anayasanın ancak marksist/leninist bir sisteme yöneldiği takdirde ihlal edilmiş sayılabileceğini kabul etmek demektir. Böyle bir kabul biçimi ise, TCK'nun 146. maddesinde öngörülmeleyen bir unsur, suçun unsuru haline geirmek ve dolayısıyla "suçta kanunilik" kuralına aykırı davranmak anlamına gelir.

Halbuki tarihsel örnekler, anayasayı ihlal fiilinin, sadece marksist/leninist görüş doğrultusunda işlenmediğini kanıtlamaktadır. Türkiye'de 146. maddenin mantık ve amacına uygun görülebilecek tek 146. madde uygulaması, kanaatimizce 21 Mayıs olaylarıyla ilgili olaylardır. İktidara sahip olmadıkları için cezalandırılan 21 Mayıs hareketinin faillerinin marksist/leninist bir düzen kurmak amacıyla hareket etmedikleri herkesce bilinmektedir.

Ayrıca, başka ideolojiye bağlı örgütlerin gerçekleştirdiği şiddet eylemleri ile, diğer sol örgütlerin gerçekleştirdikleri şiddet eylemleri arasında "fiil unsuru" açısından farklılık yoktur. Örneğin, Askeri Yargıtay MHP'ye bağlı örgütlerin amacının anayasayı ihlal olmadığını öngörerek, kendilerini TCK'nun 313. maddesiyle, işledikleri suç tipinin (yağma, adam öldürme gibi) cezasıyla cezalandırmıştır. Kısa bir deyişle, şiddet eyleminin hangi suç tipine uygun olduğu "fiil"e göre değil, "failin amacı"na göre belirlenmiştir; "kast" değerlendirilmesi yapılmıştır. Hukuk devleti kuralları çerçevesinde kalındığı sürece, aynı kast değerlendirmesinin, diğer örgütler açısından da yapılması zorunludur. Esasen, MHP'ye bağlı örgütlerin sol örgütlerle mücadele çevresinde eyleme giriştikleri kabul edilerek, 146. madde uygulanmadığına, bu örgütlerin faillerinin ideolojik görüşleri açısından da geçerliliğini kabul etmek gerekir. MHP'nin şiddet eylemlerine karşı eylemlerde anayasanın ihlali kastıyla değil, MHP ile mücadele iradesiyle işlenmiş olmaktadır. Askeri Yargıtay'ın, MHP'ye bağlı örgütler açısından verdiği kararlarla çelişkiye düşülmedikçe, aynı ölçülerin sol örgütler açısından da uygulanması gerektirir.

Demek oluyor ki, marksist ideolojiyi benimsemek, fiilin ve kastın varsayımı olamaz. Her somut fiilde, fiilin içerik ve niteliğinin,

bu fiilin failce bilinip istendiğinin ve anayasayı ihlal kastıyla hareket edildiğinin objektif koşullara göre araştırılması yapılmadan, TCK'nun 146. maddesinin uygulanması mümkün olmamak gerekir.

6- Kaldı ki, kişinin marksist ideolojiyi benimsemesi ve bunun gerçekleşmesini istemesi, kastın dışında kalan kişiye özgü saik niteliğindedir. Saik ise, yasa tarafından ayrıca aranmadığında suçun unsuru değildir ve saike göre fiil nitelendirilemez (Dönmezer-Erman, II, No: 933). 146. maddede de saik aranmamaktadır. İcra hareketinin gerçekleştirilmesinde saikin unsur olarak görülmesi, suça belirsiz, gereksiz, kanunilik unsuruna aykırı bir unsur katmak anlamına gelmektedir (Özek, s. 164).

Belirtilen nedenlerle, "saik" varsayımına dayanılarak ne "fiil", ne "kast" belirlenemez. Kişinin marksist ideolojiyi benimsemesi durumunda dahi, anayasal usuller çerçevesinde (cebirsiz) anayasal değişimine yönelebilmesi, demokratik bir olanak olduğuna göre, cebre dayanan icra hareketinin mutlaka anayasayı ihlal kastıyla yapıldığı ileri sürülemez. Hukuksallık ve adalet ölçülerine bağlı kalındığı sürece, "anayasayı ihlal kastının" somut fiil açısından objektif ölçülere göre saptanması zorunludur.