

12 EYLÜL 1980'NİN YARGILANMASI MÜMKÜN MÜDÜR?

Prof. Dr. Ersan ŞEN*

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Çalışmamızda, önce Geçici m.15'in 12 Eylül 1980 dönemi ile ilgili kişiler bakımından yargı dokunulmazlığı oluşup oluşmadığı tartışılacaktır. Sonrasında bir an için yargılamanın mümkün olması halinde, yargılama yetkisinin hangi mahkemeye ait olacağı ile ilgili bilgi verilecek ve devamında da Anayasa ile kurulan düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan bahsedilecektir. Çalışma kapsamında, 12 Eylül 1980'e geline süreçte askeri müdahaleyi yapan, kimine göre "ihtilal" ve kimine göre "darbe" yapıp sonucuna ulaşarak, demokratik yaşamı kesintiye uğratanların, tüm bunlar sırasında 1961 Anayasası ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 35. maddesine^[1] göre yetkili olup olmadıkları, askerlerin yanında o dönem yasama, yürütme ve yargı erklerinde görev alanların sorumlulukları ile fiillerinde hukuka uygunluğun bulunup bulunmadığı tartışılmayacaktır. Çünkü demokratik hayatı kesintiye uğratan fiil, hangi sebep ve gerekçe ile icra edilmiş olursa olsun prensip olarak hukuka uygunluk taşımaz. Ayrıca, Ülkeyi ve Cumhuriyeti koruyup kollama sorumluluğu her Türkiye Cumhuriyeti vatandaşına aittir. Eğer Ülke için birlik, beraberlik ve bütünlük ile Anayasayla kurulan düzenin devamında ciddi sorunlarla karşılaşılırsa, bu sorunlar olağan veya olağanüstü şartları tanımlayan yürürlükteki hukukun kuralları çerçevesinde, meşru yol ve yöntemler kullanmak suretiyle yasama, yürütme ve idare ile yargı erkleri tarafından aşılmalıdır. Bu noktada sorunun aşılamaması, kasti veya taksire dayalı kusurlarla çözüme kavuşturulmaması, yetkilerin kötüye kullanılması sebebiyle Ülke ve rejimin tehditle karşı karşıya bırakılması durumlarında bile, demokratik yönetimin kendi kural ve işleyişi ile sorunu çözüme kavuşturmak gerekir. Esas itibarıyla, çalışmamızda bunu tartışacak değiliz. Çalışmamızda, daha çok 12 Eylül 1980'nin yargılanmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

I. GEÇİCİ M.15'İN DOKUNULMAZLIK ETKİSİ

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 24. maddesinin 12.09.2010 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, Anayasanın Geçici 15. maddesi ortadan kalkmıştır^[2]. Geçici

[1] 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Hizmet Kanunu'nun 35. maddesine göre, "Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk Yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır".

[2] Geçici m.15'in "geçici" olarak nitelendirilmesinin yegane sebebi, mutlak dokunulmazlığın üç yıllık bir süreci kapsamamasından kaynaklanmaktadır.

m.15^[3], Ülkemizin olağanüstü dönemi olarak nitelendirilen 1980 ile 1983 yılları ile ilgili bazı kişi ve fiillere kati ve tam bir yargı dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu öngördüğünden, özellikle hukuk devleti ilkesine, hak arama hürriyetine, eşitlik ilkesine ve sorumluluk esaslarına aykırı olması sebebiyle sürekli eleştirilmekte ve yürürlükten kaldırılması gündeme gelmekte idi. Bu yönleri ile Geçici m.15'i kaldırmaya yönelik düzenlemenin isabetli olduğunu söylemek isteriz. Ancak iddia edilenin aksine, bu değişiklik hukuki sonuç doğurmaya yeterli ve elverişli değildir. Buradaki mesele, belirli sürenin bitimi ile gündeme gelen dava zamanaşımı değil, 1980 ile 1983 yılları arasında tasarruflarda bulunan kişilere tanınan yargı bağımsızlığı/dokunulmazlığı ve ceza normlarının failin aleyhine geriye yürümeyeceğine dayanmaktadır. Ceza Hukukunun evrensel ilkesi gereği, kanunlar failin aleyhine geçmişe yürümez. Dolayısıyla, Anayasa ile dokunulmazlık getirilen hükmün sonradan kaldırılmış olması geçmişe etki etmeyecektir.

Bugüne kadar 1982 Anayasası'nın yürürlükte olduğu ve Geçici 15. maddenin de yürürlükte kaldığı, dolayısıyla 1980 ile 1983 yılları arasında (**12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanı'nın oluşturulduğu 07.12.1983 tarihine kadar geçen süre içerisinde**) tasarruf ve faaliyette bulunanlara ilişkin yargı dokunulmazlığı getirildiği dikkate alındığında, şimdi bu hükmün ortadan kaldırıldığı, ceza normlarının failin aleyhine geçmişe uygulanabileceğini, suç zamanaşımının işlemeyeceğini ve hatta suç zamanaşımının Geçici 15. maddenin iptali ile işlemeye başlayacağını söylemek, hukuki dayanaktan yoksun olmanın yanında, abesle iştiğal etmek anlamına gelir. Hukuki açıdan işleyen bir sürenin varlığı halinde zamanaşımının olacağını ileri sürmek, Geçici m.15 tarafından öngörülen "*mutlak dokunulmazlık*" yönünden hatalıdır. Çünkü buradaki meselelerin suç zamanaşımı ile ilgisi bulunmamaktadır. Geçici m.15'in yürürlükten kaldırılması ile zamanaşımının işleyeceğini iddia etmek doğru değildir. Burada, geçici dokunulmazlıkta olduğu gibi dokunulmazlık kalkıncaya kadar duran ve sonrasında işlemeye başlayan bir zamanaşımı bulunmamaktadır.

[3] 1982 Anayasası'nın Geçici 15. maddesine göre, "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetiminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun'la görev ifa eden Danışma Meclisi'nin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, mali veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarruflarda bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır".

Geçici m.15, kapsamına aldığı kişiler yönünden mutlak dokunulmazlık öngörerek, konuyu zamanaşımının dışına taşımıştır. Bunun Anayasada yer alan diğer bir örneği, m.83/1'de milletvekilleri için düzenlenen mutlak dokunulmazlık gösterilebilir. Bir an için Geçici m.15'in kaldırılmasıyla yargı yolunun açılmasına müsaade edilecek olursa, aynı mantıkla Anayasa m.83/1'de yer alan mutlak dokunulmazlık kaldırılmak suretiyle de milletvekillerinin geçmiş yasama tasarruflarından dolayı sorumlulukları gündeme gelebilecek ve milletvekilleri aleyhine yargı yolu açılacaktır. Esas itibariyle, sağlanan dokunulmazlık yönünden Geçici m.15 ile 83/1'in herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Her ikisinde de belirli görevleri ifa edenler için mutlak dokunulmazlık öngörülmüş ve bu kişilere karşı o dönemle ilgili yargı yolunun kapalı olması kabul edilmiştir. Herkesin tüm fiillerinin yargı denetimine açık olması gerektiği tartışmasızdır. Ancak bazı durumlarda, bir takım nedenlerle bu yolun kapalı tutulduğu görülmektedir. Elbette bazı kişiler ve/veya iş ve işlemler için yargı yolunun kapalı tutulması eleştirilebilir. Ancak bu eleştiri, mutlak dokunulmazlıkla ilgili öngörülen hukuki gerçeği ortadan kaldırmayacaktır.

Zamanaşımı, o dönemde işlenip de yürürlükteki mevzuata aykırı olan fiillere ilişkin iddialar hakkında elbette gündeme alınabilir. Bir kamu görevlisi, insan öldürmüştü, yaralamışsa veya işkence suçunu işlemişse, bu durumda Geçici m.15 kapsamına giren mutlak dokunulmazlıktan bahsedilemeyecek, elbette zamanaşımı süreleri çerçevesinde o kamu görevlisinin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bu noktada, 1980 ile 1983 yılları arasında insanlığa karşı suç işlendiği iddiasıyla ceza sorumluluğunun doğduğunu da iddia etmek mümkün değildir. Çünkü 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 77. maddesinde tanımlanan insanlığa karşı suçların, fail aleyhine geriye doğru uygulanabilmesi mümkün değildir. Gerek Anayasa m.38 ve gerekse TCK m.7, suç ve cezaların fail aleyhine geriye etkili olmasını engellemektedir. Bu evrensel prensibi görmezden gelmek de mümkün değildir.

Geçici m.15'in kaldırılmasının yargı yolunu açacağına dair düşüncelerin hukuki tutarlılığı ve dayanağı bulunmamaktadır. Anayasanın baskı altında hazırlanıp kabul edildiğini ve bugüne kadar da Geçici m.15'in zorla yürürlükte tutulduğunu iddia etmek, Anayasanın diğer maddelerinin bugüne kadarki uygulama ve sonuçlarını tanınamamak anlamına geleceği gibi, hukuk zemininde bu düşüncenin savunulabilmesi de mümkün değildir.

Bu tür düşünceler, hukuk, yargı ve adalet açısından sürekli eleştirilen 1960'lı yıllarda savunulmak suretiyle yasal düzenlemelere konu edilmiş, ceza normlarının fail aleyhine geriye yürüyebileceğine dair 15 sayılı Geçici Kanun kabul edilip, 11.07.1960 tarihinde yürürlüğe konulmuş, yine bu tarihten önce Haziran 1960'da yürürlüğe giren 1 sayılı Geçici Kanun ve 3 sayılı Geçici

Kanunla, olağanüstü mahkeme sıfatıyla “*tabii mahkeme ve hakim güvencesi*” esasına tümü ile aykırı Yüksek Adalet Divanı kurulup, yargılama usulü belirlenmiştir. Suç teşkil ettiği iddia olunan olay tarihinden sonra kurulan bu tür mahkemeler ve ceza normlarını fail aleyhine geçmişe etkili kılmak amacıyla düzenlenen yasaların tümü hukuka aykırıdır. Tekrar aynı hataya düşülmemeli, Geçici m.15 vicdanları ne derece rahatsız ederse etsin, ceza hukukunun evrensel ilke ve esasları görmezden gelinmemelidir. Hukuk, vicdani haklılıktan önce ilke ve esasların gözetildiği, kuralların herkese eşit uygulandığı bir alandır.

Anayasanın yürürlüğe girip girmeyeceğinin oylandığı 1982 yılında “*kabul*” oyu kullananların iradesine saygı göstermek ve Anayasanın diğer maddelerinde olduğu gibi Geçici 15. maddesinin de doğurduğu hukuki sonuçları tanımak gerekir. Halkın iradesinin aksine, şimdi o dönemin kamu görevlileri için yargı yolunu açmaya çalışmak, halkın iradesini tanımamak anlamına geleceği gibi, başka hukuki hataların da önünü açacaktır.

Kanunlarda hukuka aykırı ve suç sayılan fiilleri işleyenler hakkında, yine kanunlarda gösterilen yaptırımların uygulanması gerekir. Uzun zamanın geçmesi, sorumluların yargıdan kaçması, birtakım yol ve yöntemlerle kendilerine güvence sağlamaları, elbette hukuka aykırı davranışta bulunan ve suç işleyenlerin yargılanıp cezalandırılmalarını, dava zamanaşımı dışında engellememelidir. Ancak bu kabulle, halkın %92 civarında kullandığı olumlu oyla yaklaşık otuz yıl yürürlükte kalan Anayasanın Geçici m.15'i görmezden gelmek ve bu hükmü “*yok*” saymak suretiyle yargı yolunun açılacağını iddia etmek de hukuki açıdan doğru olmayacaktır. Çünkü bu noktada, ceza sorumluluğunun ve dava zamanaşımının önüne geçen yargı muafiyeti, yani mutlak dokunulmazlık ön plana çıkmaktadır.

II. YARGILAMA YETKİSİ

Bir an için Geçici m.15'in kaldırılması sonucunda ilgililer hakkında yargılama yolunun açıldığı kabul edildiğinde, soruşturma ve kovuşturmanın hangi yargı makamı tarafından yürütüleceği sorusu gündeme gelecektir. Anayasa m.148'e eklenen yedinci fıkrada, “*Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.*” hükmüne yer verildiğinden, komutanlarca görevde yetkinin kötüye kullanıldığı iddiasıyla soruşturmanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından “*Yüce Divan Savcısı*” olarak yürütülmesi ve kamu davası açılması halinde de kovuşturmanın Anayasa Mahkemesi tarafından “*Yüce Divan*” sıfatıyla yapılması gerekir. Bu durumda, Yüce Divan'ın yargı yetkisi kapsamına girmeyen kişiler de, dönemin Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları ile birlikte yargılanabileceklerdir.

Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan sayılan ve toplumda darbeye teşebbüs ile darbe suçları olarak bilinen eylemlerin ve faillerinin Yüce Divan kapsamında kabul edilebilmeleri için, öncelikle 12 Eylül 1980 tarihinde gerçekleşen fiilin Komutanların görevleriyle ilgili olduğunun kabulü gerekir. Aksi halde, bu fiil Yüce Divan'ın yargı yetkisinde görülemeyecektir. Fiilin görevle ilgili sayılması durumunda ise, ceza yargılaması kuralları kamu düzeninden olup derhal yürürlüğe gireceğinden, 12 Eylül 2010 tarihinde Anayasa m.148'e eklenen yedinci fıkra uyarınca Yüce Divan, fiilin önceki tarihli olup olmadığına bakmaksızın yargı yetkisine sahip olacaktır. Fiilin görevle ilgili sayılmaması halinde, terör suçları ile terör amacıyla işlenen suçları ve faillerini yargılamakla görevli özel yetkili ağır ceza mahkemeleri gündeme gelecektir (CMK m.250/1,c). Bu mahkemelerin sonradan kurulmasına ve devlet güvenlik mahkemelerinin yerine kurulup kurulmadığına (ki bu mahkemeler, devlet güvenlik mahkemelerinin yerine kurulmayıp, “*ağır ceza mahkemesi*” sıfatıyla bazı suçları yargılamakla görevli uzman mahkemeler olarak kurulmuşlardır) bakılmaksızın, 12 Eylül 1980 tarihindeki fiilin hukuki niteliği dikkate alınarak, özel yetkili savcının soruşturma yapabileceği ve dava açılması halinde de kovuşturmanın özel yetkili ağır ceza mahkemesi tarafından yürütülmesi gerektiği kabul edilmelidir.

İster Yüce Divan ve isterse özel yetkili ağır ceza mahkemesi olsun, her ikisinin de geçmişte işlenen bir fiili ve faillerini yargılamasını, elbette tabii hakim ve mahkeme güvencesine aykırı görmek mümkündür. Fiilin işlendiği tarihte bulunmayan mahkeme ve hakimlerinin, sonradan yargılama yapamayacağı ileri sürülebilir. Tabii hakim ve mahkeme güvencesine uygun düşen bu anlayışı, 1982 Anayasası'nın 37. maddesinde düzenlenen kanuni hakim ve mahkeme güvencesinden hareketle bu derece katı savunabilmek mümkün değildir. Çünkü kanuni hakim ve mahkeme güvencesi, mahkemelerin olaydan önce veya sonra kurulmasını ve hakimlerin olaydan önce veya sonra atanmasını değil, mahkemelerin kanunla kurulup, hakimlerinin de kanunla atanmasını teminat altına almıştır. Ancak bu güvence, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir yargı makamı önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulmasına da izin vermez (1961 Anayasası m.32/2 ve 1982 Anayasası m.37/2). Bu nedenle Yüce Divan ve özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, 12 Eylül 1980 tarihinde işlenen fiil ve failleri bakımından olağanüstü yargı makamları olarak kabul edilemez. Çünkü bu mahkemeler sadece, 12 Eylül 1980 tarihinden 1980 yılı sonrasında ilk toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı'nın oluşturulma anı olan 07.12.1983 tarihine kadar geçen sürede işlenen fiilleri ve faillerini yargılamak amacıyla kurulmamışlardır.

III. ANAYASAL DÜZEN VE BU DÜZENİN İŞLEYİŞİNE KARŞI SUÇLAR

Mülga TCK m.146'ya göre, Anayasanın tamamını veya bir kısmını değiştirmeye, başkalaştırmaya veya ortadan kaldırmaya ve Anayasa ile teşekkül eden Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni düşürmeye veya görevlerini yapmaktan alıkoymaya veya yasaklamaya, cebren teşebbüs edenler, Devletin Anayasa ve temel nizamlarını bozma suçunu işlemiş sayılırlar.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 309 ve 311. maddelerine göre, cebir ve şiddet kullanmak suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni ortadan kaldırmaya veya Meclisin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler, Anayasayı ihlal suçu ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı suç işlemiş sayılacaklardır.

Birbirine benzeyen eski ve yeni hükümlerin tümünde ortak unsur, manevi unsurla ilgili suç işlemeye dair genel kastın yeterliliği yanında, elverişli vasıtalarla cebir ve şiddet kullanılması olarak gösterilebilir. Eski Kanunda, “*maddi veya manevi zorlama ve zor kullanma*” olarak tanımlayabileceğimiz “*cebir*” kavramına yer verildiği halde, yeni Kanunda “*cebir ve şiddet*” ibaresi tercih edilmiştir. Şiddet ise, sertlik ve kaba güç kullanılması anlamını taşımaktadır.

Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı cebir ve şiddet kullanmak suretiyle müdahale fiilinin suç sayılabilmesi için, bu suçu işleme kastına sahip failin mutlaka elverişli vasıtalarla suçun icra hareketlerine başlaması, yani suçun hazırlık hareketlerinden çıkıp, icra hareketlerini işleyerek suç yolunda ilerlemesi gerekir. Bu sebeple, bu suçun işlenmesinde henüz icraya konulmayan plan ne kadar tehlike içerirse içersin, TCK m.309'da^[4] tanımlanan suçun oluşması için yeterli görülemez. Failde cebir ve şiddete yönelik iradenin varlığı ve yoğunluğu, hatta henüz kısmen dahi olsa kullanıma geçmediği veya geçirmede, TCK m.309'da tanımlanan suçu işlemeye elverişli cebir ve şiddete yönelik vasıtaların mevcudiyeti, Anayasayı cebir ve şiddetle bozmaya teşebbüs etmek suçunun gerçekleşmesi için yeterli değildir. Bu tür fiiller, belki TCK m.314'de tanımlanan silahlı örgüt veya m.316'da tanımlanan suç için anlaşma veya yasak silah

[4] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu 309. maddesine göre, “(1) Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.

(2) Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.

(3) Bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”.

veya patlayıcı, yanıcı veya yakıcı madde bulundurmak veya taşımak suçlarının kapsamında değerlendirilebilir, fakat tüm bunların önüne geçip, elverişli vasıtalarla TCK m.309'da tanımlanan suçun unsurlarının oluşturduğunu göstermez.

Bu tür suçlarla ilgili nelerin elverişli vasıta olduğunu tespit etmek gerekir. Elbette somut olayın özellikleri ve suçta kullanılan ve kullanılması amaçlanan vasıtalar değerlendirilmelidir. Ancak belirtmeliyiz ki, Anayasayı ihlale teşebbüs, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni veya Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ni ortadan kaldırmaya teşebbüs suçlarının işlenmesinde kullanılan veya kullanılması planlanan araçların, bu tür ağır suçları işlemeye elverişli olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin, cebir ve şiddet kullanarak Anayasa ile öngörülen düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs eden failin, gerek sıfatı ve gerekse sahip olduğu insan ve silah gücü ile bu suçu işleyebilme kudretine sahip olup olmadığı tespit edilmelidir. Suçun işlenmesinde kullanılacak vasıtanın elverişli olması, fakat kullanım hatası veya eksikliğinden dolayı yetersiz kalması, o vasıtanın elverişsizliğini göstermeyeceği gibi, suçun oluşmasını da engellemeyecektir.

Cezalandırma açısından, TCK m.309'da gösterilen unsurlarla Anayasayı ihlale teşebbüs edilmesi yeterli kabul edilse dahi, eylemin ihlale sonuçlanması, yani suçtan beklenen neticenin gerçekleşmesi de mümkündür. Suça teşebbüs aşaması, suçun tamamlanmış halinin içinde yer aldığından, bu noktada Kanunda ayrıca tanımlama yapılmamış olması, "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesi gerekçe gösterilerek, TCK m.309'da tanımlanan suça teşebbüste neticeye ulaşanların ceza sorumluluğunun oluşmasını engellemeyecektir. Çünkü suçun teşebbüs hali, zaten suçun tamamlanmış halinin içinde bulunduğundan, suçun tamamlanmış hali ile ilgili tanım eksikliği iddiası karşılık ve haklılık bulamayacaktır. Madde ile tanımlanan suç, sadece somut tehlike suçu değil, bir zarar suçu olarak da kabul etmek gerekir.

Bu noktada meşru sistemin, tüm hakimiyeti ve kontrolü kaybetmeksizin veya bir an için kaybetse bile, Anayasayı ihlal eden gücün süre ve sistem bakımından meşruiyet kazanmadan kontrolü ve yetki kullanımını tekrar elde edebilmesi önem taşıyacaktır. Aksi halde, zaman içinde haklılık ve destek elde eden, hukuki ve meşru zemini oluşturarak, "*de facto*" durumunu "*de jure*" hale dönüştüren, yani hukuka uygunluk elde eden, ulusal ve uluslararası alanlarda tanınan gücün cezalandırılabilmesi mümkün olamayacaktır. 12 Eylül 1980 sonrası parlamenter demokratik sisteme geçilmesi ile birlikte oluşan yeni siyasi ve hukuki rejim zamanla meşruiyet kazanmıştır. 1982 Anayasası'nın halen yürürlükte olması, bunun en belirgin göstergesidir.

Elbette o dönemle ilgili hukuka aykırılıklar ve bireysel sorumluluklar, hukukun ilke ve esasları izin verdiği ölçüde gündeme taşınabilir, ancak maalesef aynı temenni Anayasayı ihlal bakımından ileri sürülemeyebilir. Bu nedenle esas olan, mevcut sistemi korumak ve kaybetmemektir. Bu da, demokratik hukuk

devletinin gereklerini yerleştirip hazmetmek suretiyle toplumda olması gereken inancı, sevgiyi ve bilinci tesis etmek ve hukuku kurallarını da beraberinde işletmekle mümkündür.

TCK m.309'da tanımlanan suç teşebbüse elverişli değildir, çünkü madde tarafından zaten suça teşebbüs hali cezalandırılmıştır. Suça teşebbüsün bağımsız suç kabul edildiği bir durumda, “teşebbüs suçuna teşebbüs” adı altında ayrı bir ceza sorumluluğu olamayacağından, suçun icra hareketlerine başlanmış olması ve icra hareketleri tamamlansa bile, failin elinde olmayan sebeplerle neticenin gerçekleşmemesi “suç” olarak kabul edildiğinden ve bu suçun hazırlık hareketleri de “suça teşebbüs” olarak değerlendirilemeyeceğinden, teşebbüs suçunun yanında bir de bu suça teşebbüsten bahsedilebilmesi mümkün değildir. Suça teşebbüs, yani suçun icra hareketlerine başlanıp failin elinde olmayan sebeplerle yarıda kalması ve yine failin elinde olmayan sebeplerle suçun icra hareketleri bittiği halde neticeye ulaşılamaması halleri suç olarak tanımlandığında, kesinlikle bu tanımlama bu suçun hazırlık hareketlerinin “suça teşebbüs” olarak değerlendirilmesi anlamına gelmeyecektir.

Suçun tamamlanması, Anayasa ile tanımlanan düzenin son bulması veya bu düzen yerine başka bir düzene geçilmesi veya mevcut düzenin işleyişinin önüne geçilmesi hallerinde, meşru güç yetki kullanımını kaybettiğinden, artık hukuka aykırı fiilin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. TCK m.309'un 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı olan 146. madde^[5] ile ilgili bir kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu suçtan doğan ceza sorumluluğunu genişletmek amacıyla “Suçun tamamlanmış hali düşünülemez. Suç tamamlanırsa, zaten suçlular başarılı olup amaçlarına ulaşacakları için, ortada bir suç ve suçu cezalandıracak makam olmayacaktır.” gerekçesine yer vermiştir. Karara göre, “... Bir tehlike suçu niteliğinde olan Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun niteliğinin doğal sonucu olarak ancak amaçlanan sonucun gerçekleşebilme tehlikesini doğurabilecek eylemlerin teşebbüs olarak kabulü mümkündür. Bu nedenle, eylemin amaçlanan neticeyi elde etmeye uygun ve elverişli olması, elverişli

[5] Yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasları Kanunu'nun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkum olur.

65 inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı mahallerde nutuk irat ve veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur.

Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden on beş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur”.

vasıtalarda zorlayıcı eylemlere girişilmesi gerekir. Belirli bir plan içerisinde uygulamaya konulan, sistemli ve örgütlü bir bağlantı içinde organik bütünlük arz eden eylemler, tehlike suçunun oluşması için yeterlidir. Eylemin işlenme şekli, zamanı, vahameti, etkisi birlikte değerlendirilmelidir. Suçun tamamlanması hali düşünülmez suç tamamlanırsa zaten, suçlular başarılı olup amaçlarına ulaşacakları için ortada bir suç ve suçu cezalandıracak makam olmayacaktır. Bu itibarla sanıkların, Anayasal düzeni yıkıp yerine teokratik düzene dayalı bir devlet kurma amacıyla giriştikleri silahlı şiddet hareketleri, düzeni zorlayıcı ve çökertici girişimleriyle sarsıp yıkacakları, Anayasal düzenin yerine kendi istedikleri düzeni kurmayı sağlayıcı hareketlerdir. TCK m.146/1'in uygulanabilmesi için, silahlı güçlerin tam Anayasal kuruluşlara yönelik toplu bir harekette bulunmaları şart değildir. Sanıkların dahil olduğu yasadışı örgütü, kendi iktidarlarının gerçekleşmesi için yaptıkları ve var olan düzeni zorlayıcı bu silahlı eylemleri cebre dayalı icrai hareket niteliğinde olduğundan, maddede yazılı suçun yasal unsurları oluşmuştur^[6].

Genel Kurul bu tartışmayı, suçun tamamlanmış halinin cezalandırılabilip cezalandırılmayacağı ile ilgili değil, faillerin ceza sorumluluğunu genişletmek ve bu suçun soyut tehlike suçu olduğunu göstermek için yapmıştır. Gerek mülga Türk Ceza Kanunu m.146 ve gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.309 ile bunlar gibi düzenlenen diğer suça teşebbüsleri suç olarak tanımlayan ceza normlarını (Eski TCK m.147, Yeni TCK m.311^[7], m.312), soyut tehlike suçu düzenleyen hükümler olarak kabul eden düşünceye katılmadığımızı belirtmek isteriz. Anayasayı ihlal suçunun ağırlığı, önemi ve sonuçlarının doğurabileceği tehlikeler inkar edilmez. Ancak diğer taraftan da, Ceza Hukukunun vasıtaları kullanılıp ceza sorumluluğunun kapsamı, bireyin hazırlık hareketlerini ve düşüncelerini içine alacak şekilde de genişletilmemeli, kişi hak ve hürriyetlerinin özüne müdahale oluşturabilecek ve demokratik toplumlarda olması gereken çok sesliği kısıtlamamalıdır. Henüz somut tehlike aşamasına gelmeyen fiiller yönünden, ya önleyici kolluk mevzuatı ya da soyut tehlike olarak görülen bu tür fiillerin bazı kısımlarını suç sayan ceza normları tatbik edilmelidir (TCK

[6] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02.04.1996, 1996/9-59 E., 1996/70 K. Karar özeti; Haydar Erol, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 2, Ankara, 2007, s.2986-2988'den alınmıştır

[7] Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinde düzenlenen Devletin Anayasa ve temel nizamlarını bozmaya teşebbüs suçunun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda karşılığı olan Anayasayı ihlale teşebbüs suçunu düzenleyen 309'un yanında, yasama organı ortadan kaldırmaya veya görevlerini engellemeye teşebbüs suçunu tanımlayan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu 311. maddesine göre, "(1) Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

(2) Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolünür".

m.174, m.314, m.315, m.316, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m.12, m.13, m.14).

Sonuç olarak; 1982 Anayasa Geçici m.15 ile yargı dokunulmazlığının kabul edildiği, bu dokunulmazlığın yargı yetkisinin kullanılmasını engellediği, “*hukuk devleti*”, “*hak arama hürriyeti*” ve “*eşitlik*” ilkelerine aykırı olsa bile, bu engelin “*kuvvetler ayrılığı*” ilkesine uygun olarak Millet ve 12 Eylül 2010 tarihine kadar seçtiği temsilcileri vasıtasıyla kabul edildiğini, bu mutlak dokunulmazlık kalksa bile failin aleyhine geriye etkili olamayacağını, buradaki meselenin dava zamanlaşımı ile bir ilgisinin bulunmadığını, bir an için yargılamanın mümkün olabileceği kabul edilse dahi yargılamayı yapacak olan mahkemenin “*Yüce Divan*” olması gerektiğini, Anayasa ile kurulan düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçlarda ise, 12 Eylül 1980 tarihinde yürürlükte olan mülga TCK m.146 ile Yeni TCK m.309 ve m.311 hükümlerinden hangisi failin lehine ise o ceza normunun uygulanmasının gerektiğini^[8], bu tespitlerin dışında yapılacak uygulamaların hukukun evrensel ilke ve esaslarına aykırı olacağını belirtmek isteriz.

[8] 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, devletçi bir anlayışı izlemesi ve suç tipleri sıralamasında Devletin şahsiyetine karşı suçları öne alıp, kişi hak ve hürriyetlerine karşı işlenen suçları sonra düzenlemesi sebebiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklıdır. 765 sayılı Kanun düzenlemesinde Devlet aleyhine işlenen suçlar, kişilere karşı işlenen suçlardan önce düzenlenmiş ve cezalandırma bakımından da daha ağır cezalar öngörülmüştür. Örneğin 765 sayılı Kanunun 146. maddesinin ikinci fıkrasında, fesat çıkarmaya teşebbüs edilmesi halinin dahi idam cezası (sonradan müebbet ağır hapse dönüşen ceza) ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 309 ve 311. maddelerinin ikinci fıkralarında, bu suçların işlenmesi sırasında diğer suçların işlenmesi durumunda işlenen diğer suçlardan dolayı da cezalandırılmaya gidileceği ifade edilmiştir. 765 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş, doktrinde ve Yargıtay kararlarında, 146. maddede düzenlenen suçun işlenmesi amacıyla gerçekleştirilen kasten insan öldürme fiillerinin, bu suçun cebir unsuru içerisinde olduğu kabul edilmiştir. Bu ve benzer diğer sebeplerle somut olayda hangi kanunun daha lehe olduğunun değerlendirilmesinin yapılması zorunludur. 5252 sayılı Kanunun 9. maddesi uyarınca her iki Kanunun tüm maddeleri somut olaya uygulanarak iki sonuç ceza tespit edilecek ve mahkeme tarafından failin lehine olana hükmedilecektir.