

AF MÜESSESESİ VE DÜŞÜNCELERİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Prof. Dr. Burhan KUZU^()*

I- AF

1) Bilindiği gibi AF, suç işleyen bir kişinin kamu gücünün kullanılmasıyla takip edilip cezalandırılmasından "adalet" ve "genel fayda" düşüncesiyle vazgeçilmesidir.

Af müessesesi tarih boyunca hep görülmüştür. Bizde Cumhuriyet dönemine kadar padişaha verilmiş olan bu yetki, Cumhuriyet Döneminde TBMM'ne geçmiştir. Ayrıca, tarihî bir kalıntı olarak "baba" konumu nedeniyle Devlet Başkanı'na da af yetkisi verilmiştir.

Ülkemizde 1923 yılından beri 52 adet Af Kanunu çıkarılmıştır. Tabii ki, Cumhurbaşkanınca affedilen kişiler bu sayının dışındadır. En kapsamlı af Cumhuriyetin 10. yılında çıkarılmıştır. En son genel Af 1974'de gerçekleşmiştir.

Devletin af yetkisinin temelinde yatan düşünce "sosyal barışın" sağlanmasıdır. Şu halde, çıkarılacak af kanunlarında bu temel hedefin esas alınması gerekmektedir. Yani af kanunları suç işlemiş olan vatandaşların artık toplumla kaynaşması, belki de barıştırılması hedefini gütmelidir. 1950 ve 1960 Afları bir dönemin siyasi mağdurlarını affetti. Ya da af kanunları bir "demokrasi ve hukuk devleti" doğrultusunda mevzuatta yapılmış olan köklü bir değişiklik paketi çerçevesinde düşünülebilir.

Bugüne kadar çıkardığımız af kanunları bu iki temel kıstas açısından değerlendirilecek olursa bir-iki Af Kanunu dışında hiçbirinde bu temel felsefeyi yakalamak mümkün değildir. Örneğin, Osmanlı Hanedanı'ndan önce kadınların, sonra erkeklerin yurda dönüşlerini sağlayan af kanunlarında böyle bir temel görmek mümkündür. Keza, her türlü eleştiriye rağmen, 1974 tarihli Af Kanununda öngörülmüş olmamakla birlikte, genç yaşta anlamsız sağ-sol çatışması neticesi mahkum olan özellikle öğrencilerin Anayasa Mahkemesi'nce verilen

^(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

iptal kararı üzerine af kapsamı içine alınması bu bağlamda düşünülebilir. Gerçi sonuç bu yönde olmamıştır. Bu son çıkarılmak istenen affı bu açıdan değerlendirdiğimizde hiç bir sosyal temeli bulunmadığı, önceden hazırlanmış hiçbir demokratik paketin ürünü olmadığı görülecektir. Gerek gündeme getirenler gerek gündeme getiriliş biçimi gerekse zamanlama açısından hiçbir alt yapısı bulunmadığı görülecektir. Elimizdeki tek somut neden "cezaevlerinin dolmuş olması"dır ki, "koyacak yerimiz kalmadı" mantığına dayanan böyle bir gerekçe, af gibi önemli bir konuda "Devlet" kavramının sorgulanması gibi tehlikeli bir sonuca götürür. Bu affın siyasî değil insanî amaçlı olduğu söylenmektedir. Esasen 20 kez değiştirilen infaz yasası, verilen cezayı kuşa çevirmekte, şayet ifade yerinde ise yapılacak insani yardımı fazlasıyla yapmaktadır.

Genel olarak affa yaklaşımımız böyle. Gündemde olan Af Yasasına gelince; belirttiğimiz gibi zaman ve zemin açısından hiç bir temeli olmayan bu kanun teknik olarak "af konusunda milletlerarası alanda kabul edilmiş usullere de uymamaktadır. Gerçekten bu gün dünyada af çıkarılırken, affa girecek suçlar belirlenirken bir takım kıstaslar uygulanmaktadır. Bazan kişilerin durumu bazan suçların niteliği dikkate alınmaktadır. Mevcut Erteleme ve Şartlı Salıverme Yasalarının hangi kıstası uyguladıkları bilinmemektedir.

2) Durum böyle olmakla beraber, bu kanunların çıkarılmasında genel gerekçe olarak şu satırlara yer verilmiştir:

"Son Af Kanunundan bu yana 25 yıl geçtiği, bu süre zarfında siyasal, ekonomik ve sosyal bakımlardan toplumda derin değişiklikler meydana geldiği, özellikle ekonomik ve sosyal yapının yozlaşması, adaletli gelir dağılımının yol açtığı yoksulluk, ahlaki değerlerde aşınma, sağlıksız kentleşme, aşırı tüketimin körüklenmesi, görsel yayınlardaki şiddet sahneleri, silahlanma eğilimi ve yüksek oranlardaki işsizlik suçların artmasında başlıca etkenler olmuştur.

Sınırlı da olsa genel bir af çıkarılması, geçmiş anlaşmazlıkların unutulmasını, yeni ve sakin bir toplumsal hayata yönelmeyi ve genel barışı sağlayacaktır. Böylece aftan yararlananlara toplumun üretken üyesi olarak yeni bir başlangıç yapma fırsatı verilmiş olacaktır" şeklinde ifadelere yer verilmiştir.

Gerekçede ayrıca parasal değerlerdeki hızlı değişimlerin suç ile ceza arasındaki dengeyi bozduğunu, kanunlarda yer alan soyut ve genel kuralların, belirli olaylarda yasa koyucunun öngörmediği veya öngörülenden daha şiddetli sonuç verdiği ileri sürülmüştür.

Söz konusu gerekçelerle, Anayasanın 87. maddesinde 14. maddeye yapılan yollama ile özel af ilanı yetkisi dışında tutulan fiillerden olan; devletin uluslararası şahsiyetine karşı suçlar, devlet kuvveti aleyhinde suçlar, halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik suçu ve Terörle Mücadele Kanunundaki suçlar ile Anayasanın 169. maddesinde belirtilen ormanları yakmak, yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar ve de daha önceki af kanunlarında olduğu gibi kamu vicdanının affını hiçbir şekilde benimsemediği suçlar gerekçesi ile Atatürk aleyhine işlenen suçlar, basit ve nitelikli zimmet, memurun devlet alımı ve satımlarına fesat karıştırması, irtikap, rüşvet, uyuşturucu maddelerle ilgili suçlar, genel adap ve aile aleyhine işlenen suçlar, adam öldürme cürümleri, dolandırıcılık, hileli iflas suçları ile kaçakçılığın men ve takibi sırasında görevliyi veya görevliye yardım edeni öldürmek, haksız mal iktisabı ve kara paranın aklanması suçları ve bazı özel kanunlarda yazılı suçlar af kapsamı dışında bırakılmıştır.

3) Bu kanunlar "bütünsellik" ilkesi açısından da eleştirilmektedir. Bilindiği gibi bu sefer çıkarılan af üç ayrı kanun şeklinde ele alınmıştır. Bunlar: Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun; Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun; Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun. Bunlardan ilk ikisi Cumhurbaşkanıca imzalanarak, Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Üçüncü kanun ise yine Cumhurbaşkanıca tekrar görüşülmek üzere, özellikle Anayasanın "eşitlik" ilkesine aykırılık gerekçesiyle TBMM'ne iade edilmişti. Yapılan yeni görüşmede bu kanunun "Af Kanunu" olarak çıkarılmasından vazgeçilmiş, bunun yerine "Şartlı Salıverme" yoluna gidilmiştir.

Basın yoluyla, genelde "düşünce açıklama özgürlüğü" bağlamında işlenen suçların ertelenmesine ilişkin kanunu olumlu buluyoruz. Ancak, bu suçların basın dışı işlenen bölümünü esasen daha hafif oldukları için affı daha çok hak etmiş olan kısmını af kapsamı dışında tutmak mantıken de hukuken de izah edilemezdi. Bu eksikliğin iade edilen Af Kanunu çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim, bu affedilmez hata, 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un¹ birinci maddesinin

¹ Bkz. R.G. 3.9.1999-23805.

Anayasa Mahkemesince bir bölümünün, Anayasanın "eşitlik" ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali üzerine TBMM'nce düzeltilmiştir. Gerçekten, 4616 sayılı ve 21.12.2000 tarihli "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun"² göre "23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dahil, basın yoluyla veya sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla yahut miting, kongre, konferans, seminer, sempozyum, açık oturum veya panel gibi her türlü toplantılarda yapılan konuşmalarla işlenmiş olup; ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı "cezanın üst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl veya daha az şahsî hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir".

Aynı şekilde memurların "disiplin cezalarının affı'na ilişkin kanunu da olumlu buluyoruz. Disiplin cezalarının ne şekilde verildiğini bir memur olarak yakından bildiğimiz için bu yöndeki affı çok olumlu karşılıyoruz. Yalnız yine "düşünceleri açıklama hürriyeti" bağlamında bir takım söz, yazı ve eylemden doğan disiplin suçları af kapsamı dışında bırakılmıştır³. Bizce asıl af kavramı içinde yer alması gerek disiplin suçları bunlar olmalıydı.

4) Bizde çıkarılan af ya da benzeri iyileştirmeler genelde "davullu-zurnalı" çıkarılmaktadır. Aylar önceden basında yer almakta, en sorumlu makamlarca alenen beyan edilmektedir. Bu, hem böylesine ciddî bir konuyu sulandırmakta hem de affı bekleyenlere büyük bir beklenti ve ümit vermekte, öyle bir ortam oluşturmaktadır ki, siyasî mercilerin artık affı çıkarmaları sanki bir yükümlülük halini almaktadır. Bu durum ayrıca, suç işlemeyi de belli oranda körüklemekte; teslim olmak isteyen sanık ve suçluların bir süre daha kaçmalarına neden olmaktadır.

II- DÜŞÜNCELERİ AÇIKLAMA HÜRRİYETİ VE ÖNEMİ

Çıkarılan her üç kanun da "düşünceleri açıklama" hürriyetinin kullanılması sonucu şu ya da bu şekilde işlenmiş olan bir suçu af kapsamı dışında tutmaya özen göstermektedir. Bu durum kısmen mevzuattaki af yetkisine getirilen yasal engelden kaynaklanıyor ise

² Bkz. R.G. 22.12.2000-24268.

³ Bkz. R.G. 3.9.1999-23805.

de, önemli ölçüde Yasama Organının bu alanda af yetkisi kullanma isteksizliğinden ileri gelmektedir; bu yaklaşım yanlıştır:

1) Düşünceleri açıklama hürriyeti bizce hürriyetlerin anasını oluşturmaktadır. 1982 Anayasası, Hristiyanlık tarihi içinde mezhep kavgalarının getirdiği engizisyon anlayışında temelini bulan ikili ayrımı benimsemiş 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin etkisinde kalarak, "ifade hürriyetini", "düşünce" ve "düşünceleri açıklama hürriyeti" şeklinde iki madde halinde ele almıştır. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkememizin geliştirdiği "insanın içinde kalan" ve "dışarı çıkan" düşünce ayrımı⁴ bu tür bir iki düzenlemede etkili olmuş; sadece içte kalan düşünceye dokunulmayacağı hükme bağlanmıştır (md. 25).

Halbuki, düşünce hürriyeti özü itibariyle sınırlanabilir niteliğe sahip değildir⁵. Çünkü insanın kafasından geçen şeyleri bilmek ve buna sınır tanımak mümkün değildir. Şu halde, asıl sorun düşünceleri açıklama konusunda kendisini göstermektedir. İnsanın düşüncesi kafasında kalsın, dışarı çıkmasın denilirse, o zaman insan "Nasreddin Hoca'nın düşünen, fakat konuşmayan hindisi" durumuna düşmüş olur⁶.

Belirtelim ki, düşünceleri açıklama hürriyeti, bu düşünceleri yayma hürriyetini de içerir. Anayasa, "herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir" diyor (md. 26). Toplu olarak düşüncelerini açıklayabilen insanlar aynı düşüncelerini, örneğin bir siyasî parti kurarak açıklamak ve bunu uygulama safhasına geçirebilme imkanına sahip olmalıdır⁷. Şu halde, düşüncelerin açıklanması ve yayılması tek tek olabileceği gibi toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, dernek ve siyasî parti faaliyetlerinde olduğu gibi, toplu halde de olabilmektedir.

⁴Bkz. E., 1963/17, K. 1963/84, Kt. 8.4.1963, R.G. 17.7.1963-11456; E. 1963/16, K. 1963/83. Kt. 8.4.1963, R.G. 9.7.1963-11449, Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımının yerinde olduğu hususunda bkz. DÖNMEZER, S., Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırları, Hürriyetin Özüne Dokunan Sınırlamalar, İHFM, C. XXXIX, s. 3.

⁵İLÂL, E., Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Anayasa Yargısı, sy.3, Ankara 1987, s.68 vd. Aksi görüş için bkz., AKSOY, M., "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968), Ankara 1970, s. 151.

⁶SOYSAL, M., 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1987, s. 215.

⁷Bu konuda bkz., KABOĞLU, İ.Ö., "İfade Özgürlüğünün Siyasî Partilerce Kullanımının Sınırları", Anayasa Yargısı, 37. Kuruluş Yıldönümü, Ankara 1999, s.71-92; TEZCAN, D., "Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasî Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim", Anayasa Yargısı, 37., Kuruluş Yıldönümü Ankara 1999, s.130-141.

2) Bu yollarla düşüncelerimizi açıklayabilmek için evvela düşüncenin oluşması gerekmektedir. Bunun için de "bilgi alma" hakkının tanınması şarttır; buna "enformasyon özgürlüğü" denilmektedir. Bu özgürlük haber alma, bilgi toplama ve bunları isteme gibi iki temel unsura sahiptir⁸. Enformasyon özgürlüğü, söz, yazı, ses, görüntü gibi haber alma yollarının ülke sınırları gözönüne alınmaksızın serbestçe dolaşmasına ve herkese serbestçe ulaşma imkanının verilmesini gerekli kılmaktadır⁹. Bu nedenle denilmiştir ki, "haberleşme dokunulmazlığının veya gizliliğinin ihlali, düşünce hürriyetine sıkı sıkıya bağlıdır"¹⁰.

3- Görülüyor ki, bir çok hürriyetin kullanılmasında ve uygulamaya yansımada düşünceleri açıklama hürriyeti önemli bir fonksiyon görmektedir. Bu hürriyet genelde tüm hak ve hürriyetler için "eksen" özelliği gördüğünden, hürriyetlerin büyük bir kesimi için "besleyici" bir nitelik taşımaktadır. Hatta denilebilir ki, bu özgürlük demokratik bir sistemin önşartıdır¹¹. Şu halde, düşünceleri açıklama hürriyetine konulacak sınırlamalar, diğer bir çok hak ve hürriyeti de dolaylı yoldan sınırlandırılmış olur. Kısacası, bu hürriyetin diğerleri arasında "imtiyazlı bir konumu" bulunduğunu söylemek hiç de abartma sayılmaz¹². Doktrinde, bu hürriyet kimi yazarlarca bütün kişi hak ve hürriyetlerinin "kökü, tohumu, çekirdeği"¹³ olarak nitelendirilmiştir. Öyle ki, bu hürriyet, insana insan olarak şerefini kazandıran ve bu özelliği ile de "hürriyetlerin en kutsalı" biçiminde değerlendirilmiştir¹⁴.

Düşünceleri açıklama hürriyetinin bu özelliği özellikle 1937'den sonra, ABD'de Federal Yüksek Mahkeme tarafından, vurgulanmış ve bu hürriyetin, diğer bütün hürriyetlerin vazgeçilmez olduğu, adeta bir "kaynak hürriyet" niteliği taşıdığı, neredeyse tüm siyasi sistemin bu

⁸ KABOĞLU, İ.Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1994, s. 190.

⁹ İbid., Ayrıca bk. SUDRE, F., La Convention Europeenne des Droits de l'Homme, PUF, 1990, s. 108 vd.

¹⁰ TIKVEŞ, Ö., Haberleşme Hürriyetinin Genel Prensipleri Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri, Yıl:1, 1968, sy. 2, s. 86; TANÖR, B., a.g.e., s. 25.

¹¹ KABOĞLU, İ.Ö., Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye), İnsan Hakları Yıllığı, c. 15. 1993, Ankara 1994, s. 46.

¹² TANÖR, B., Siyasî Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası (Doktora Tezi), İstanbul 1969, s. 16.

¹³ SARICA, R., "Hürriyetler Adına Hürriyetlere Karşı" Cumhuriyet, 20.3.1967.

¹⁴ KÜBALI, H.N., "Uçuruma Giden Yol", Cumhuriyet 15.3.1967.

hürriyet üzerine kurulduğunu belirtmiştir. Benzer yaklaşım Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarında da mevcuttur¹⁵.

Gerçekten, herhangi bir özgürlüğün, bazı sınırlamalara tabî tutulması ile, düşünceleri açıklama hürriyetinin kayıtlanmasının toplum hayatındaki olumsuz etki ve sonuçları aynı kapsam ve nitelikte olmaz. Düşünce özgürlüğü, bütün insan hakları içinde, insanın bedeni üzerindeki hakkından sonra genellikle en çok öneme sahip olanıdır. Bu hürriyetin bulunmadığı yerde, sadece gerçek bir demokrasinin değil, aynı zamanda her türlü ilerlemenin toplumun ve kişilerin maddi ve manevi alanda gelişme imkanının ortadan kalkacağını ileri sürmek mümkündür¹⁶. Bu noktadan hareket edilerek denilebilir ki, vatandaş, devlet yönetimi konusunda ne kadar bilgisiz ve tecrübesiz olursa olsun, düşüncelerin serbestçe yayılması ve savunulması sağlandığı takdirde, seçmen, sonunda hem kendisinin, hem de toplumun yararına olan program ve sistemi tercih eder; bu sebeple de, devleti yönetecek en yetkili organların, çeşitli siyasi görüşler arasında serbestçe tercih imkânına sahip olan vatandaşlar tarafından seçilmesi en isabetli yoldur. Herhangi bir ülkede demokrasi ve gerçek seçim, ancak o memlekette bulunan ve fiilen tanınan düşünce özgürlüğünün kapsamı kadar mevcuttur¹⁷.

Düşünce özgürlüğü, ülkemiz açısından gelişmiş ülkelere nazaran bir başka önem taşımaktadır. Gelişmiş memleketler bakımından ileri durumu korumak ve daha da ilerleyebilmek için gerekli olan düşünce özgürlüğü, ülkemiz gibi gelişmekte olan devletlerde, içinde buldukları ve bir an önce kurtulmaları zorunlu olan bozuk durumu değiştirmeye, devleti ve toplumu tehdit eden büyük tehlikeleri gidermeye hizmet edici fonksiyonundan ötürü çok daha büyük bir önem taşımaktadır¹⁸.

Bu teorik tesbit bazı pozitif düzenlemelere ve mahkeme kararlarına da yansımıştır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Hukuku, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK-AGİT), "çoğulculuk", kavramını demokratik toplum düzeninin kurucu, vazgeçilmez esaslarından saymıştır. Keza, 1990 tarihli Kopenhag Belgesinde¹⁹ haklar kataloğunun başında yer alan şu dört hak ve hürriyet "üstün korumadan" yararlandırılmıştır: İfade Hürriyeti, toplantı

¹⁵ TANÖR, B., a.g.e., s. 16.

¹⁶ALACAKAPTAN, U., Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü, "Türkiye İnsan Hakları" (Seminer), Ankara 1970, s. 126-127.

¹⁷ Ibid., s. 127

¹⁸ Ibid., s. 128.

¹⁹ Ibid., s. 128

ve gösteri düzenleme hakkı, dernek hakkı, düşünce ve inanç hürriyeti". Bunun anlamı, sayılan bu hak ve hürriyetlere kanunlarla getirilecek sınırlamaların, insan hakları konusunda genel kabul gören normlarla uyumlu olmasıdır²⁰.

Öte yandan, plüralizmin vazgeçilmezliği, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini düşünceleri açıklama hürriyetini "üstün korumadan yararlandırma" düşüncesine götürmüştür. Nitekim, 7 Aralık 1976'da verdiği Handys'de kararında düşüncelerini açıklama hürriyeti demokratik bir toplumun zorunlu dayanaklarından biri olarak görülmüştür²¹. Aynı kararında, düşünceleri açıklama hürriyetinin sadece genel kabul gören görüşler için değil, toplumun belli bir kesitini sarsan ya da rahatsız eden haber yada düşünceler için gerekli olduğunu belirtmiştir. Öyle ki, günümüzde bir ülkede mevcut olan demokrasi derecesinin haber alma ve haber verme hürriyetlerine tanınan korumaları ile ölçüldüğü ileri sürülmektedir. Enformasyon hakkı olarak nitelendirdiğimiz bu hak, ifade ve basın hürriyeti ile gerçekleşmesi mümkün olan bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Divanı, 8 Temmuz 1986 ve 12 Aralık 1986 tarihli kararlarında, bu şekilde oluşan tüm bireysel kanaat ve toplu düşünceler karşısında Devletin tarafsız kalması gerektiğini belirtmiştir²². Benzer bir görüş Amerikan Federal Mahkemesi kararlarında da mevcuttur²³.

Düşünmek ve düşünce üretmek insanın özünü oluşturan, insanı insan kılan bir faaliyettir. Düşünmekle insanın varoluşu arasındaki ilişkiyi Descartes "düşünüyorum o halde varım" sözüyle açıklamıştır. Aristoteles'e göre, insanı diğer mahluklardan ayırt eden özelliği onun düşünce ve düşüncenin ifadesi olan dil gücüne sahip olmasıdır. Bu niteliklerinden dolayı ifade hürriyeti kişinin saygınlığını gerçekleştiren bir hürriyet olarak önem kazanmaktadır.

Düşünceleri açıklama hürriyeti sadece birey açısından değil, farklı ve yeni fikirlerin yayılmasını sağlamakla toplum açısından da büyük önem taşımaktadır. Çünkü yeni fikir ve taleplerin ifadesi mevcut sistem içindeki kusurların ortaya çıkarılmasında önemli bir faktördür. Bu sayede yanlışların ayıklanması, çözüm getirmeye

²⁰Belgenin metni için bkz., GÜNDÜZ A., Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler 2. Baskı, İstanbul 1994, s. 572.

²¹ÇAĞLAR, B., 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Not", İstanbul Barosu Dergisi, c. 65 sy. 4-5-6, 1991, Nisan-Mayıs-Haziran, s. 423; GÖLCÜKLÜ, F., Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları Yıllığı, Yıl: 2, 1980, s. 41-76.

²²KABOĞLU, İ. Ö., a.g.e, s. 191.

²³RIGAUX, F.. La liberte d'Expression Son Etendue et Ses Limites, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1993, Janvier, No: 13, s. 8.

inanılan fikirlerin ve yöntemlerin değiştirilmesi mümkün olabilecek, herşeyden önemlisi istikrarlı bir toplum hayatının kurulması temin edilebilecektir. Denilebilir ki, güvenli ve huzurlu bir toplum hayatının karşı fikirlerin susturulması ile değil, açık tartışma imkanlarının sağlanması ile gerçekleştirilebilir. Nitekim, Milton "bütün öteki hürriyetlerden önce, bana öğrenme, söyleme ve tartışma hürriyetini verin" derken bu gerçeği ifade ediyordu. Mill ise, "susturulmaya çalışılan fikrin yanlış bir fikir olduğundan hiçbir zaman emin olunamaz. Emin olursa bile onu susturmak hem şimdiki nesle hem de gelecek nesillere karşı en büyük kötülük olacaktır" der.

Gerçekten de, bir fikrin susturulmasının yol açacağı en büyük kötülük şüphesiz toplumsal barışın bozulmasıdır. Düşünceler serbestçe ifade edildiği zaman, doğmalar kırılır, öfkeler giderilir ve diyalog sağlanmış olur. Fakat baskı ve kısıtlama sözkonusu olduğunda o fikirler yer altına itilir ve toplumsal barış tehlikeye girer. Bu nedenle Amerikan Başkanı, Roosevelt'in 1941 yılında Kongreye sunduğu ünlü mesajında, güvenliğin ve barışın sağlam temellere oturtulabilmesi için gerekli dört hürriyetten biri olarak konuşma ve ifade hürriyetine işaret etmesi son derece anlamlıdır. Şu halde, düşünceleri açıklama hürriyeti hem iyi bir yönetimin işareti hem de de iyi yönetimin sonucu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

4- Ancak bu kadar hayati ehemmiyetine rağmen düşünceleri açıklama hürriyeti de kendi niteliğinden kaynaklanan bazı sınırlamalara tâbi tutulabilir. Örneğin, suçların önlenmesi, başkalarının haysiyetinin, özel hayatlarının korunması, yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi gibi amaçlarla sınırlanabilir. Esasen, bu durumların bazıları hakaret suçu teşkil edebileceği için zaten düşünce açıklaması sayılmaz²⁴.

Bilinmelidir ki, mutlak ve sınırsız bir hürriyet kavramı yaşayan bir devlet içinde yer alamaz; çünkü anarşik bir kavramdır²⁵. Bu durumda, devletin ve toplumun varolabilmesi için hürriyetleri sınırlamak kaçınılmaz bir zorunluluktur. Öyleki, bu zorunluluğu en geniş hürriyet anlayışına sahip devletler bile hissetmişlerdir²⁶. Bu durum en azından kamu düzenini sağlamak için gereklidir²⁷. Kişi hak ve hürriyetleri ile kamu düzeni arasında bir denge kurulması meselesi ilk etapta hürriyetleri kısıtlama işlemi gibi görünür ise de, aslında tam

²⁴ AKSOY, a.g.m.,s. 151.

²⁵ Bkz. E. 1963/16, K. 1963/83, Kt. 8.4.1963, AMKD., sy. 1, s. 159; E. 1963/17, K. 1963/84. Kt. 8.4.1963, AMKD, sy.1, s. 173.

²⁶ KAPANI, M., Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 217 vd.

²⁷ WALINE, M., 1'Individualisme et le Droit, Paris 1949, s. 283.

tersine hürriyetlerin dengeli bir şekilde kullanılmasını sağlamaya yönelik bir faaliyettir²⁸. Zira, hürriyetlerin düzenlenmesinin ve sınırlanmasının kişiler açısından önemi vardır. Bilinmelidir ki, sadece genel ilkeler halinde ilân edilen fakat sınırları belirtilmeyen hürriyetlerin kişiler açısından çok ya da fazla pratik bir değeri yoktur. Bu şekilde sınırlanmamış olan hürriyetler bir "hürriyetler vaadinden" başka bir şey değildir²⁹. Aslında, hürriyetin küçük bir azınlığın elinde imtiyaz olmaktan çıkarılıp, herkesin eşit olarak faydalanabileceği bir kamu hürriyeti niteliği kazanabilmesi için bile hürriyetin sınırlanması ve düzenlenmesi şarttır³⁰.

Acaba, bu sınırlama gerekçeleri düşünceleri açıklama hürriyeti alanında da geçerli midir? Bu alanda durumun farklı olduğu açıktır. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi "düşüncenin açıklanması" hürriyeti demokratik rejimin "olmazsa olmaz" şartlarından biridir. Kaldı ki, bir fikrin "zararlı" veya "zararsız" olduğuna kim, nasıl ve hangi ölçülerle karar verecek? Yasak sınırı nasıl ve neye göre çizilecektir? Subjektif siyasi ölçülerle bir kısım fikirlerin yasaklanması yoluna gidilmesi halinde, rejimin demokratik olma niteliği ve iddiası sorgulanabilecektir³¹.

Bu durumda, düşüncelerin açıklanması hürriyeti mutlak olarak sınırsız mıdır? Bu hürriyetin niteliği itibarıyla pek sınırlandırmaya müsait olmadığı söylenebilir. Bu konuda genelde kabul edilen kriter, bir eylemin ilk aşamasını teşkil eden tahrik, teşvik ve kışkırtmalardır. Demek ki, muhataplarını doğrudan doğruya bir aksiyona davet eden ve iteleleyen tahrik, teşvikler rejim için bir tehlike oluşturabilir³². Denilebilir ki, düşüncelerin açıklanmasına tanınmış olan dokunulmazlık, toplum ve devlet için tehlikeli bir eylemi başlatacak nitelikte bir açıklama durumuna geldiği zaman bozulabilecektir³³. Böyle bir durumda sınırlamaya tâbi tutulan husus salt bir siyasi düşüncenin açıklanmasını aşan ve hukuk dışı bir eylemin oluşmasının ilk safhasını oluşturan fikrî açıklamalardır³⁴.

Eylem ile fikir açıklaması arasındaki bu ilginin varlığı nasıl anlaşılacak? Bu konuda Federal Yüksek Mahkemesinin kabul ettiği

²⁸ BARTHEEMY, J., *Precis de Droit Public*, Paris 1937, s. 60.

²⁹ DUEZ, P., a.g.e., s. 127.

³⁰ WALINE, M., a.g.e., s. 383 vd.

³¹ KAPANİ, M., a.g.e., s. 236 vd.

³² AKSOY, M., a.g.m., s. 157-158.

³³ RIGAUX, F., a.g.m., s. 8 vd.; KABOĞLU, İ. Ö., a.g.e., s. 192.

³⁴ LAMBERT, P., *La Liberte d'Expression et La Securite Nationale, l'Integrite Territoriale ou La Surete Publique, La Defense de l'Ordre et Le Prevention du Grime*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1993, sy. 13, s. 119.

"açık ve yakın tehlike" kriteri ülkemizde bilim çevrelerinde de genelde kabul görmektedir. Bu kıstasa göre, kişinin ya da Devletin korunması bakımından, yasaklanmış eylemler varsa sınırlama ya da cezalandırma, ancak düşüncenin açıklanması ile bu eylem arasında "açık ve yakın" bir nedensellik bağının bulunabileceği durumlarda mümkündür³⁵. Fakat, burada dikkat edilecek olan husus, ileri sürülen düşünce ile onun meydana getirdiği eylem arasında doğrudan ve gerçek bir bağlantının var olmasıdır³⁶. Ayrıca, ortada bir "açık ve yakın tehlikenin" var olup olmadığına karar verecek olan da siyasî organlar değil, bağımsız yargı organlarıdır. Böyle bir kıstasın yerleşmesi mahkemelerin başarabileceği bir iştir³⁷.

Şu halde, düşünceleri açıklama hürriyetinin görülen tek sınırı ortada "açık ve yakın" bir tehlikenin bulunması ya da daha farklı bir yaklaşımla "açık ve somut"³⁸ veya "açık ve mevcut"³⁹ bir tehlikenin varlığıdır. Tabii ki, bu durumda aslında amaçlanan husus, düşüncenin açıklanmasının yasaklanmasından çok eylemin önlemesidir. Şüphesiz, hakaret ve sövme niteliği taşıyan hususlar düşünceleri açıklama hürriyeti içinde düşünülemez⁴⁰.

III- İKİ MADDE

Bu noktada üzerinde durulması gereken iki hüküm mevcuttur. Bunlardan biri TCK. 312. madde, diğeri TMK. 8. madde. Bilindiği gibi 1991'e kadar TCK. 141, 142 ve 163. maddeler bu alanda en çok uygulanan hükümlerdi. 3713 sayılı ve 12.4.1991 tarihli TMK ile bu hükümler yürürlükten kaldırıldı⁴¹. Bunun yerine TCK. 142/3'e tekabül edecek şekilde TMK. 8. madde getirilirken, kaldırılan 163. maddenin yerine daha genel nitelikteki TCK. 312. madde uygulamaya konulmuştur. Gerçekten, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi ilk kez bu tür bir tatbikat başlatmıştır⁴². Yargıtay 8. Daire kararı onamıştır⁴³.

³⁵ AKSOY, M., a.g.m., s. 154; KAPANİ, M., a.g.e., s. 227; KABOĞLU, İ.Ö., a.g.e., s. 196; TEZİÇ, E., "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, sy. 3, 1987, s. 36; TANÖR, B., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990. s. 93; SOYSAL, M., a.g.e., s. 218.

³⁶ KAPANİ, M., a.g.e., s. 227.

³⁷ SOYSAL, M., a.g.e., s. 219; AKSOY, M., a.g.e., s. 158.

³⁸ İLÂL, E., a.g.m., s. 76.

³⁹ UYGUN, O., "1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", İstanbul 1992, s. 68.

⁴⁰ MASSIA, F., La Liberte d'Expression et Le Discours Raciste et Revisionniste", Revue Tri-niestrielle des Droits de l'Homme, 1993, Janvies, No: 13, s. 183 vd.

⁴¹ Bkz. RG. 12.4.1991-20843 (Mükerrer).

⁴² Bkz. E. 1994/57, K. 1994/49.

⁴³ Bkz. E. 1993/12710, K. 1994/1927.

Esasen DGM 312. maddenin 163. maddenin yerine uygulanamayacağına farkındadır. Ayrıca, Yargıtay da aynı tereddüt içindedir. Nitekim, Yargıtay 8. Dairenin kararında yer alan "TCK'nun 163. maddesinin 3713 sayılı ve kanununun 23/a maddesi ile kaldırılmış olmasının verdiği cesaret ve pervasızlıkla..." şeklindeki ifade olayın hukukî zeminden ziyade bir boşluk doldurmaya yönelik olduğunu göstermektedir. Tabii ki, bir muhalefet liderinin söyleyebileceği bu tür bir ifadenin bir yargı kararında yer alması bizce üzücü ve düşündürücüdür.

Bu maddenin başlığına baktığımızda "Suça Kapalı Tahrik" fiilini düzenlemektedir⁴⁴. Birisi kanunun suç saydığı ve cezalandırdığı bir fiili işlemesi için birilerini açıkça tahrik ederse, bu zaten 311. madde çerçevesinde suç sayılmaktadır. 312. madde üstü kapalı olarak birilerini suça teşvik etme suçunu düzenlemektedir. Bu maddede "halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek" yasaklanmış ve cezası öngörülmüştür. Bu suç basın ve yayın araçları yoluyla işlenmişse ceza arttırılıyor. Ayrıca, bu tahrik "toplumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde" yapıldığı takdirde ceza yine arttırılıyor. Halbuki bu son ifade maddenin ilk metninde suçun ana unsuru idi. Fakat 1981'de ihtilâl ortamı içerisinde değiştirilerek bu hale getirildi. Ne var ki, bu yeni değişiklikle olanlar oldu. Çünkü artık suçun işlenmiş olup olmadığını belirlemede hâkimler ve hukukçular ciddi çelişkiye düştü.

Bu çelişkiyi mutlaka gidermek gerekmektedir. Anayasa'da "suç ve cezada kanunîlik ilkesi" öngörüldüğüne göre 312. maddede yer alan böyle bir kapalılığı gidermek kesinlikle şarttır. Bu maddenin toplumda bu haliyle rahatsızlık uyandırmasının asıl nedeni, kişilerin masumane söyledikleri düşünceler ve sözler ile "şiddet" arasında herhangi bir bağ kurulamadığı durumlarda bile, bu kişiye ceza verilmesidir.

İşte, bu yanlışlık mutlaka giderilmelidir. Zira, şimdiki hali ile uygulamada "sadece düşünce açıklama boyutunda kalan, hiç bir şekilde tahrik ve teşvik amacı taşımayan konuşmalar" dahi suç olarak sayılabilmektedir.

Bu maddenin tamamıyla kaldırılmasını savunanlar olduğu gibi, 312. maddeyi "rejimin ve demokrasinin vazgeçilmez teminatı" olarak görenler de vardır. Bizce bu maddenin tamamıyla kaldırılması doğru

⁴⁴ Bu konuda bkz., GÖKÇEN, A., Halkı, Kin ve Düşmanlığa Tahrik Cürmü (TCK. m. 312/2) (Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması), İstanbul 2000.

değildir. Fakat suçun unsurları mutlaka belirtilmelidir. Örneğin Alman Ceza Kanunu (md. 130) "Her kim kamusal barışı, bozmaya elverişli şekilde" halkın bazı kesimlerine karşı nefreti kışkırtır veya şiddeti içeren veya keyfî önlemler alınmasını teşvik ederse" gibi; ya da Avusturya Ceza Kanunu'nda olduğu şekliyle "kamu düzenini bozmaya elverişli" bazı kriterlerle suçun ana unsuru belirlenmektedir. Benzer ifadeler İtalya (md. 415) ve Yunanistan (md. 192) Ceza Kanunları'nda da mevcuttur.

Bu tür bir belirleyici unsur, bu maddenin iyi niyetle söylenmiş saf düşünce açıklaması biçimindeki sözlerin suç kapsamı dışında kalabilmesi için zorunludur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu konularda önüne gelen davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde düzenlenmiş olan "düşünceleri açıklama hürriyetini koruyucu" bir yaklaşım içinde bulunmaktadır. Bir defa "ülkenin bölünmez bütünlüğü", "kamu düzeni", "kamu yararı" gibi "meşru bir amaç" güdülerek böyle bir ceza verilmiş olmalı; ikinci olarak, "verilen cezanın bu meşru amaçla orantılı olup olmadığına" bakılmaktadır. Bu şekilde, şayet topluma yönelik tehdit ceza vermeden başka bir yolla giderilebiliyorsa, o zaman ceza verilmemektedir. Bu belirleyici kıstaslara ilave olarak, ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında "sınırlamanın sınırı" olarak kullanılan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kıstasını da uygulamaktadır.

Böylece, suç ve ceza netleşmekte, kamuoyu ilgilinin aldığı cezayı daha rahat kabul etmektedir. Ayrıca bu kıstaslara ek olarak Amerika ve Avrupa'da mahkemeler yeni yorumlar geliştirmişler. Buna "açık ve yakın tehlike" ya da "açık ve somut tehlike" kıstası denilmektedir. Bu kıstasa göre açıklanan düşünce ilke olarak suç sayılmamalı; ancak, bu düşüncenin açıklanmasından sonra herhangi bir şiddet olayı ya da başka bir suç işlenir de, bu açıklanan düşünce ile arasında bir bağ kurulabilirse, işte o zaman o kişi de cezalandırılacaktır. Dikkat edilirse bu kıstasın uygulanması ile, artık açıklanan düşünce bizzat cezalandırılmıyor; bunun bir eyleme dönüşmesi ya da bir şiddete neden olması veya bir terör örgütünü desteklemesi cezalandırılmasına yol açıyor. Oysa, bizdeki mevcut düzenlemede ve uygulamada ise "salt düşünce" cezalandırılmış oluyor ki, savunulması kolay değildir. Belki bu suç için sadece para cezası, öngörmek de düşünülebilir. Hatırlatalım ki, Anayasa'nın açık hükmü karşısında Cumhurbaşkanı'nın da "yaşlılık" gerekçesiyle bu suçtan mahkûm olanları af etmesi bizce imkânsızdır.

Benzer sıkıntıların TMK. 8'de olduğu ileri sürülmektedir. Bu hükmün ilk şeklinde "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda" başlığı altında "Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz" deniliyor. Bu fıkrada yer alan "Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun" ifadesi, tıpkı 312. maddede kullanılan ifadeler gibi muğlaktır. Bu nedenle Anayasanın öngördüğü "suçta ve cezada kanunilik" ilkesine pek uymamaktadır. Nitekim 4126 sayılı, 27.10.1995 tarihli kanunla bu ifade madde metninden çıkarılmıştır. Son hali ile bile bu maddenin uygulanmasında da bazı güçlükler mevcuttur⁴⁵.

Biz her iki maddenin de ilke olarak muhafazasından yanayız; ancak bu hali ile bu maddelerin sağlıklı bir şekilde uygulanmalarında ciddi güçlükler vardır. Bu durumda yapılacak şey her iki yasa metnini de değiştirerek yukarıda kısaca belirttiğimiz "açık ve somut tehlike" kistasının getirilmesidir. Nitekim bu konuda TBMM'de ilgili komisyonlara bu yönde teklifler sunulmuştur. TMK. 8 de yapılmak istenen bir teklifte şu ifadeler kullanılmıştı: "İnceleme, tartışma ve eleştirme sınırlarını aşarak, açık ve yakın tehlike oluşturacak bir biçimde propaganda yapanlar...". Fakat bu değişiklik taslağı kabul görmedi. Ancak şunu da belirtelim ki 8. madde çerçevesinde mahkum olanların bir kısmının ileri sürdükleri düşünceler salt düşünce açıklama niyetini aşan nitelik taşımaktadır. İşte örnek: "Kürdistan ulusal kurtuluş mücadelesinin çok onurlu, sonsuz derecede meşru bir mücadele olduğu kuşkusuzdur. Kürdistan ulusal kurtuluş mücadeleleri içinde yer alan bütün işçilere, köylülere, aydınlara, gerillaya katılan genç erkeklere ve kadınlara, gerillayı destekleyen herkese, gerilla mücadelesinin önderliğini yürüten bütün kadrolara, başkan APO'ya binlerce selam olsun". Yine bir diğer örnek: "360 bin kilometrekarelik Kürdistan ve 30 milyon kürk, Emperyalist Avrupa ve... Atatürk

⁴⁵ Bkz. KUZU, B., Terörle Mücadele Kanunu ve Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, İnsan Hakları Yıllığı, c. 15, Ankara 1994, s. 55-58; YURTCAN, E., "Terörle Mücadele Yasası", Cumhuriyet, 20.5.1991; COŞKUN, A., "Çeşitli Yönleriyle Terörle Mücadele Kanunu", Güneş, 4.5.1991; ÇAĞLAR, B., "Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Not", İstanbul Barosu Dergisi, c. 65, sy. 4-5-6, (Nisan-Mayıs-Haziran) 1991, s. 420; ÖZEK, Ç., "Terörle Mücadele Kanunu", İstanbul Barosu Dergisi, c. 65, sy. 4-5-6 (Nisan-Mayıs-Haziran) 1991, s. 390; TANÖR, B., "Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni", 1990, Yıl: 10, sy. 1-2, s. 171; ATALAY, A., "Terörle Mücadele Yasası ve Yanlış Bir Yaklaşım Biçimi Üzerine", Birlik (Aylık Siyasi Dergi), Haziran 1991, s. 33; AKBULUT. İ., Gerekçeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması (Anayasa Mahkemesi Kararları ile). İstanbul 1993.

tarafından Türk Devleti topraklarına ilhak edilmiştir." Bu tarihî değeri bile olmayan kanaatleri masum düşünce saymak zordur.

Yukarıda önerdiğimiz bazı iyileştirmeler dışında 8. maddenin en azından bugün için geçerli olduğunu kabul etmek zorundayız⁴⁶. Unutmamak gerekir ki, ülkenin bölünmez bütünlüğünü hedef alan propaganda, düşünce hürriyeti gibi masum bir istek arkasına sığınsa bile "terörün gıdasıdır"⁴⁷. Yukarıda aktardığımız satırlar bu niteliktedir. Zira, "açık ve yakın tehlike" kıstasına vurulduğunda, zaten ortada bir "terör" gerçeği bulunduğu için artık "yakın" değil "somut" tehlike kıstasından söz etmek gerekmektedir.

Gelişmiş batı ülkelerinde terör konusunda bu tür yasaklar mevcuttur. Özellikle ABD'de çıkarılan Terör Kanunu bu açıdan ilginçtir. Hatta, bazı Avrupa Ülkelerinde tarihi bir gerçeğin ortaya çıkmasının araştırılması bile suç haline getirilmiştir. Ezcümle Almanya'da ve İtalya'da "Yahudi soykırımı yapılmadığını" ileri sürmek ve bu konuda fikir beyan etmek suçtur. Yine Almanya'da "Hitler büyük komutandır" diye yazı yazan fikir adamı mahkum olmuştur. Keza, Ermeni Soykırımının yapılmadığını ileri süren ve makale yazan Le Monde Gazetesi'nin yazarı Fransa'da hapse girmiştir.

IV- ANAYASA MAHKEMESİNİN DÜŞÜNCELERİ AÇIKLAMA HÜRRİYETİNE BAKIŞI VE AF KANUNLARI KARŞISINDAKİ TUTUMU

1) Anayasa Mahkememiz, her şeyden önce "düşünce hürriyeti" ile "düşünceleri açıklama hürriyeti" ayrımına katılmakta ve bu konuda şunları söylemektedir: "İnsanların en tabii haklarından bulunan düşünce ve kanaat hürriyeti kişinin iç aleminde kaldığı müddetçe mutlak ve sınırsız bir mahiyet taşır. Toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlara bağlanabilir"⁴⁸. Bu konuda şu yaklaşımda bulunuyor: "Düşünce ve kanaat hürriyeti insanın en tabii haklarından. Herkes istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç aleminde kanunun her çeşit

⁴⁶ Bkz. DÖNMEZER, S., "Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü", İstanbul 1973, (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını).

⁴⁷ Bkz. ALPASLAN, Ş., Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tehdişçilik (Doktora Tezi), İstanbul 1983; ROBERT, J., "Terörizme, İdeologie Securitaire et Libertes Publiques", Revue de Droit Public, 1986, s. 1655.

⁴⁸ Bkz., E. 1963/17, K. 1963/84, Kt. 8.4.1963, RG. 17.7.1963-11456; E. 1963/16, K. 1963/23. Kt. 8.4.1963, RG. 9.7.1963-11449. Bu kararlar için ayrıca bkz., AMKD., sy.1, s. 159, s. 173; ARSEL, İ., Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesinin Kararlarından Özetler, Ankara 1970, s. 87-90.

müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin söz, yazı, resim vesaire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği sağlamak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar... Bahsi geçen... kayıtlama... vatandaşın... hakkında herhangi bir kanaat beslenmesini men edici mahiyet taşımaktadır. Esasen kanaat besleme kişinin iç alanını ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki... bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır". Aynı kararında "düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine... anayasanın metnine dahil olan onun dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmında yer alan insan huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dahil bulunduğu kabule imkan tasavvur olunamaz" sonucuna varmıştır. Bu yaklaşımla TCK'nun 141 ve 142. maddelerinin Anayasaya aykırı olmadığını belirtmiştir⁴⁹.

Bu görüşten hareket eden Yüksek Mahkemeye göre "sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı gözönüne alınınca 20. maddeye, (1961 Anayasasının) düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kıstası konulmamış olmasını, bu hürriyeti anayasanın dayandığı temel ilkelere uygun olarak ve Anayasa'nın 11. maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla, her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanımış olduğu şeklinde yorumlamak tabii bulunmaktadır".

Nihayet, 11. maddenin genel bir sınırlama sebebi olduğunu şu kararında açıkça vurgulamaktadır: "Anayasamız, düşünce kanaat hürriyetine ilişkin genel kural, 20. maddesinde belirtilmiş düşünce ve kanaatlerin belli başlı açıklama ve yayma şekil ve yollarını da sonraki maddelerinde düzenlemiştir... Şu halde kişiler, düşünce ve inançlarını bu yollarla açıklamak ve yaymak istedikleri takdirde ilgili maddelerdeki sınırlamalara riayet etmek zorundadırlar. Düşünce ve kanaatlerin bu maddelerde öngörülenler dışındaki yollardan yayılması ve açıklanması konusunda ise... temel hak ve hürriyetlerin genel olarak

⁴⁹ E. 1963/173, K. 1965/40, Kt. 26.9.1965, AMKD. sy. 4, s. 266 vd.

ne surette ve hangi ölçüler içerisinde sınırlanabileceklerini gösteren Anayasanın 11. maddesi önümüze çıkar... Anayasamız 22. maddesiyle basın ve haber alma hürriyeti, 29. maddesiyle dernek kurma hakkı üzerinde özel sınırlama sebepleri kabul ettiği gibi, 11. maddesiyle de genel nitelikte olmak üzere temel hak ve hürriyetler için sınırlama sebepleri kabul etmiş bulunmaktadır"⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi düşünceleri açıklama hürriyeti konusunda çizdiği bu sınırlayıcı tabloyu bazen o kadar ileri götürmüştür ki, 27 Mayıs Devrimini tenkit etmeyi yasaklayan kanunu Anayasa uygun bulmuştur. Gerçekten "Anayasa nizamını, milli güvenlik ve huzur bozan bazı fiillere" ilişkin 5 Mart 1962 tarihli Tedbirler Kanunu'nu Anayasaya uygun bulurken, şöyle diyor: "Yüksek Adalet Divanı veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi ve mahkûm edilmiş olanların mahkumiyetini intaç eden fiillerin veya şahısların övülmesi, sonucu itibarıyla 27 Mayıs devriminin meşruluğunu ve haklılığını inkâra yol açan ve halk efkârına bu devrimi yani, Türk Milletinin meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnmesini yersiz ve gayrimeşru gibi göstermeye müncer olan ve bu yoldan vatandaşlara birbiri aleyhine tahrik ederek onlar arasında kin ve düşmanlık yaratan bir davranış teşkil etmektedir"⁵¹.

1961 Anayasasının bazı düşüncelerin açıklanmasını yasakladığı görüşü, Anayasanın "Anayasa değişikliği"ni düzenleyen 155. maddesini de kendisine dayanak almaktadırlar. Bu maddenin asıl konuşma amacının "Anayasanın ruhuna aykırı değişiklikleri önlemek" olduğunu belirtmektedirler. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bu görüşünü kararında şöyle ifade ediyor: "Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve hürriyete, adalete, fazilete âşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet etmiş bulunan Türk Milletinin, Anayasasının ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin geliştirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155. maddenin Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kalem ile 1961 Anayasasının özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile değişiklik olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasanın ve Anayasanın devrilmesini öngören maksatların sözü geçen 155. maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir"⁵².

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Bkz. 48 Nolu dipnotta zikredilen kararlar.

⁵² Bkz. E. 1963/173, K. 1965/40, Kt. 26.9.1965 AMKD. sy. 4, s. 269.

Görülüyor ki, düşünceleri açıklama hürriyetinin sınırlı olduğu görüşünü savunan yazarlar, görüşlerine 1961 Anayasasının muhtelif hükümlerini dayanak yapmaktadırlar. Böylece bu Anayasanın sınırlı bir düşünceleri açıklama sistemine sahip olduğunu, dolayısıyla bazı düşüncelerin açıklanmasının suç teşkil edeceğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir⁵³.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı 1982 Anayasasını hazırlayan Komisyonu etkilemiştir. Nitekim, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili bu durumu açıkça dile getirerek, Anayasa Mahkemesi kararlarına gönderme yapmakta ve "düşünce hürriyeti" ile "düşünceleri açıklama hürriyetini" ayrı maddeler halinde düzenlediklerini belirtmektedir⁵⁴.

1961 Anayasası döneminde geniş tartışmalara yol açan, önemli bir sorun sayılan temel hak ve hürriyetleri sınırlama sebeplerinin her hak ve hürriyet için geçerli olup olmadığı sorununu 1982 Anayasası kökünden halletmiştir (md. 13). Buna göre, "bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir". Bu durum ayrıca ilgili madde gerekçelerinde de açıkça vurgulanmıştır⁵⁵. Bu hükmün genel bir sınırlama nedeni olduğu kuşkusuzdur⁵⁶.

Böylece, 1982 Anayasası, bu konudaki tartışmaları tamamen kapatmıştır. Tabii ki, Yasama Organı bir hürriyeti sınırlarken 13. maddede sayılan sebeplerden hepsine dayanmak zorunda değildir; sadece bazılarına dayanması veya bir hürriyetin iç sınırlanmaması da mümkündür⁵⁷. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi "basın dışı haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (md. 31) ile ilgili bir davada "Kanun koyucu 13. maddedeki sınırlama nedenleriyle yetinmek zorunda değildir. Bunların dışında kalan nedenlere dayanarak bazı kayıtlar da koyabilir. Bu bir takdir sorunudur"⁵⁸. Elbette ki, Anayasa Mahkemesinin bu kararına katılmak mümkün değildir. Bu karar karşısında Anayasanın üstünlüğü ilkesini (md. 11) açıklamak zordur.

⁵³ Bu konuda diğer bazı kararları için bkz. E. 1963/170, K. 1963/78, AMKD. sy. 1, s. 304; E. 1980/19, K. 1980/48, Kt. 3.7.1980, AMKD. sy. 18, s. 271; E. 1979/1, K. 1980/59, Kt. 27.11.1980, AMKD. sy. 18, s. 339; E. 1980/68, K. 1981/3, Kt. 15.1.1981, AMKD. sy. 19, s. 10.

⁵⁴ Bkz. Feyyaz Gölcüklü'nün konuşması, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, c. 8, s. 273-274.

⁵⁵ Bkz. KUZU, B., Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1999, s. 13-14.

⁵⁶ ÖZBUDUN, E., Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2000, s. 101; AKILLIOĞLU, T. "1982 Anayasa'sında Temel Hakların Genel Kuralları", İnsan Hakları Yıllığı, 1983/1984, c. 5, s. 60.

⁵⁷ ÖZBUDUN, E., a.g.e., s. 101; UYGUN, O., a.g.e., s. 121; TANÖR, B., İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul 1986, s. 140.

⁵⁸ E. 1984/1, K. 1984/2, Kt. 1.3.1984, AMKD. sy. 20, s. 195.

Kaldı ki, temel hakların sınırlandırılmasında bu yaklaşımın ne kadar tehlikeli sonuçlar doğuracağı da açıktır⁵⁹.

Nitekim, Yüksek Mahkeme, daha sonra verdiği bir başka kararında "Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasanın konu ile ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü her yasa gibi, Anayasa da bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmedeği durumlarda bütün metnin gözönünde tutulması, başka anlatımla, sözünde açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun için de kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir"⁶⁰ diyerek yukarıda zikrettiğimiz görüşünden biraz döner gibi olmuştur.

Şu halde, 1982 Anayasasında genel olarak tüm hak ve hürriyetler için öngörülmüş bulunan sınırlama nedenleri, aynen, düşünceleri açıklama hürriyeti bakımından da geçerli olduğu görüşü, Anayasa Mahkemesince de uygulanmıştır.

2) Düşünceleri Açıklama Hürriyeti konusunda çıkarılmış bugüne kadar bilinen çok özel kanunlar mevcut değildir. Dolayısıyla bu konu özel olarak Anayasa Mahkemesinin önüne gelmemiştir. Fakat, genel af kanunlarının iptali münasebetiyle ve en son çıkarılan "Ceza Erteleme" imkanı veren yasalar dolayısıyla getirilebilmiştir.

a) Af Kanunu olarak kamuoyunda en çok konuşulan ve doktrinde en çok tartışılan kanun, Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkındaki 15.5.1974 tarihli ve 1803 sayılı Kanundur⁶¹.

Bu kanun bazı suçları, bu arada TCK. nun eski 141. ve 142. ve 163. maddelerinden mahkum olmuş suçları af kapsamı dışında tutmuştu. Anayasa Mahkemesinin açılan iptal davası üzerine, şekil bakımından Anayasaya aykırı bularak bazı maddeleri iptal etmesi⁶² ile affın kapsamı netice olarak genişlemiştir.

Gerçekten, Millet Meclisi'nin üye tam sayısının altıda birini aşan sayıdaki üyesi, bu kanunun 5. maddesinin A bendinin şekil ve esas bakımında Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açmıştı. Dava konusu kural biçim yönünden Anayasaya aykırı bulunarak oy çokluğu ile iptal edilmiştir. Biçim yönünden iptal edildiği için ayrıca

⁵⁹ TEZİÇ, E., Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s.189; not: 2.

⁶⁰ E. 1990/4, K. 1990/6, Kt. 12.4.1990. RG. 17.6.1990-20551.

⁶¹ Bkz. RG. 18.5.1974-14890 (Mükerrer).

⁶² Bkz. E. 1974/19, K. 1974/31, Kt. 2.7.1974, AMKD. sy. 12, s. 259 vd.

"esas" yönünden incelenmesine yer olmadığına oybirliği ile karar verilmiştir.

Böylece, TBMM'nin af dışında tuttuğu bu suçlar da af kapsamına girmiş oldu. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin, Meclisin yerine geçtiği yorumu yapıldı. Bu arada bazı seminerler düzenlenerek bu durum eleştirildi. Bazı konuşmacılar, Anayasa Mahkemesinin bu tutumundan şikayet ederek, af çıkaran Anayasa Mahkemesi'nin bu davasının yanına kâr kalıp kalmayacağını sorarken; bazıları da "bu Mahkemeden hesap sorulamaz mı?" diyordu⁶³.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına tepki olarak, 1982 Anayasası "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez" (md. 153/2). Esasen bu hüküm pek fazla bir anlam ifade etmemektedir; olan bir şeyin tekrarı sayılır. Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçlarının yanlış bir hukukî değerlendirmeye tâbi tutulmasından kaynaklanmaktadır⁶⁴. Anayasada mevcut olan bu düzenleme mutlak ve kesin yorumlanırsa, Anayasanın temel ilkelerine aykırı düşen hükümleri dışındaki kuralları iptal etmemek gerekecektir. Bu hüküm olsa olsa gereksiz bir hatırlatmadan ibaret olacaktır⁶⁵.

Anayasa Koyucuyu bu tür bir düzenlemeye sevk eden sebep, elbetteki sadece af konusundaki Anayasa Mahkemesinin tutumuna tepki değildir. Ayrıca kamulaştırma, barajlı d'Hont sistemi, siyasi partilere hazineinden yardım yapılması, TBMM üyelerinin görev ve yolluklarına ilişkin karar, ölüm cezalarının yerine getirilmesine ilişkin kanunun iptali, eski demokrat partili parlâmenterlere siyasi hakları yasaklayan hükmün kaldırılmasına ilişkin kanun ve nihayet Sıkıyönetim Komutanlığına bağlı olarak kurulan Askeri Mahkemelerin ve bu Mahkemelerdeki savcılarının görevlerinin sona ermeyeceğine ilişkin kuralın iptaline ilişkin karar, Anayasa Mahkemesine karşı böyle

⁶³ Nisan 1980'de yapılan bu seminer, "Siyasal Rejimin İşler Hale Getirilmesi, Anayasa ve Seçim Sistemimiz" konuludur. Bkz. "İki Seminer ve Bir Reform Önerisinde Tartışılan Anayasa", Birikim Yayını, Hukuk Dizisi, 2, İstanbul 1982.

⁶⁴ ÖZBUDUN, E., a.g.e., s. 409.

⁶⁵ Bu konuda bkz. ÖZDEN, Y.Ö., "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez" Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir Ne Değildir? Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s. 39-90.

bir tutumun oluşmasına neden olmuştur⁶⁶. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi genellikle "şekil" açısından iptal kararı verdiği için ve belki de bunu biraz aşırı kullandığı için olsa gerektir ki, 1982 Anayasası bu konuda da bir tepki olarak "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... ile sınırlıdır" (md. 148/2) kuralını getirmiştir.

b) Af konusu Anayasa Mahkemesinin Önüne, 3713 sayılı ve 14.4.1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun Geçici 4. maddesi ile getirilen "Şartla Salıverme" hükmü çerçevesinde bir kez daha gelmiştir.

Sosyal Demokrat Halkçı Parti (SHP), Bu Kanunun neredeyse tamamına yakın hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi kanunun birçok maddesini iptal etmiştir⁶⁷.

TMK'nun geçici 4. maddesi de iptale konu olmuştur. Bu madde ile, geçici 1. maddeye birinci fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde sayılan suçlar açısından farklılık getirilmiş, şartla salıvermeden yararlanabilmek için çekilmesi gereken ceza süresi daha uzun tutulmuştur. Bu tür suçlar için verilen ölüm cezaları yerine getirilmeyecek, ancak, bu hükümlüler geçici birinci maddenin öngördüğü 10 yıl yerine 20 yıllarını, hayat boyu özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlüler 8 yıl yerine 15 yıllarını, özgürlüğü bağlayıcı diğer cezalara hükümlüler de cezaların 1/5'i yerine 1/3'ünü çekmek koşuluyla şartla salıverilmeden yararlanabileceklerdir. Hükümlülerin geçici 1. ve geçici 4. maddeler gereğince şartla salıverilmeleri için iyi halli olup olmadıklarına ve istemlerine bakılmayacaktır.

Alt mahkemelerde görülmekte olan bazı davalar sırasında geçici 4. maddenin bazı bentlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüş ve Anayasa Mahkemesi de bu taleplerin biri hariç diğerlerini kabul ederek ilgili hükümleri Anayasaya aykırı bularak iptal etmişti. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında bu hususta verilmiş kararlar zikredilmekte ve daha önce iptal edilmiş olan bentler hakkında karar vermeye yer olmadığını belirtmektedir⁶⁸.

⁶⁶ Bu kararlar için bkz., KUZU, B., 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990, s. 200-202.

⁶⁷ Bkz. E., 1991/18, K. 1992/20, Kt. 31.3.1992, RG. 27.1.1993-21478 (Mükerrer). Ayrıca bkz. AMKD. sy. 28, c. I, s. 232-368.

⁶⁸ Ibid., s. 68-69.

İlk kez önüne gelen TCK. 404/1, 405, 406, 407, 416/ilk ve 418/1 maddeleri açısından TMK'nun geçici 4. maddesinin (b) bendini inceleyen Anayasa Mahkemesi iptale karar vermiştir. Karara göre, "geçici 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi, kimi öğeler getirmesi nedeniyle, madde kapsamındaki kişinin kendisine daha elverişli koşullar sağlanabilecek daha genel nitelikteki kuraldan, başka bir deyişle geçici birinci maddenin öngördüğü şartla salıvermeden yararlanmasını engellediği gibi, hükümlüler arasında ayrı ve ceza infaz hukukunun temel prensiplerine aykırı uygulamalara neden olmaktadır. Suç türünden, suçlunun kişiliğinden ayrı, tümüyle uygulama-yararlanma eşitliği kapsamına giren indirimde ayrılık ve ayırımı getirmek, yasakoyucunun kesinleşmiş hükümden önceki evreye dönük suça ve suçluya göre uygulama öngörmesi şartla salıverme kavramının hukuksal niteliği ile çelişir. Bu durum eşitlik ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır. Böylece, sonraki yasanın bir tür geçmişi kapsayan, kimi hükümlüler bakımından çekilecek cezayı farklılaştırıp ağırlaştırarak Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı daha belirgin kılan kuralı, ceza infaz hukukunun temel ilkelerine ve Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine de ters düşer. Dava konusu kuralın bu yönden de iptali gerekir."

TMK'nun geçici 4. maddesinin (b) bendinin Türk Ceza Yasası'nın 125. maddesi yönünden Anayasaya aykırılığını inceleyen Yüksek Mahkeme şöyle diyor: "Şartla salıverilmeye ilişkin geçici 1. maddede belirtilen sürelerle oranla, geçici 4. maddede TCK'nun 125. maddesinde belirtilen suçları işleyenler için daha uzun süre cezaevinde, tutulmalarının öngörülmesi, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, haklı nedenlerin ve ayrı konumların bulunmaması durumunda uygulanacak bir ilkedir. TCK'nun 125. maddesinde belirtilen suçları işleyenlerin daha uzun süre cezaevinde tutularak şartla tahliyesini öngören dava konusu kuralda yasakoyucuyu farklı düzenleme yapmaya iten haklı neden vardır. Hükümlünün şartla salıvermeden yararlanabilmesi için gerekli olan iyi durumda olma ve cezaevi kurallarına uyma koşulları, maddede belirtilen suçları işleyenler için aranmamıştır. Toplum düzeni ve kamu yararı gözetilerek suç türüne göre ayırım yapılmış ve bazı hükümlülerin şartla salıverilmesi için cezaevinde geçirecekleri süre daha uzun tutulmuştur. Belirtilen nedenlerin iptal isteminin reddi gerekir."

Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerden hareket ederek, TCK'nun "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler"i işleyenleri kaçakçılıkla ilgili hayali ihracat vs. yollarla haksız kazanç temin edenlerin şartla salıverilmeleri ile Askeri Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58 ve 59. maddelerine giren suçları işleyenlerin şartla salıverilmelerini TMK'nun 1. maddesindeki şartla salıverilme koşullarından ayırarak biraz daha zorlaştıran geçici 4. maddenin (c) ve (d) bentlerini de Anayasaya aykırı bulmamıştır. Şöyle denilmektedir: "(b) bendinin TCK'nun 125. maddesi yönünden Anayasaya aykırılığı savı karara bağlanırken, benimsenen gerekçeler bu bent hükümleri için de geçerlidir. Bu nedenlerle (c) ve (d) bentleri Anayasaya aykırı değildir."

Bu sonuca katılmayan bazı üyeler, geçici 4. maddenin (b) bendinin TCK'nun 125. maddesi yönünden iptal edilmemesini Anayasanın "hukuk devleti" ve "eşitlik" ilkesini içeren kurallarına aykırı bulmuşlardır. Anayasa Mahkemesi'nin geçici 4. maddesinin (b) bendi hakkında daha önce kararlarında vermiş olduğu hükümden ve yorumdan dönmeyi gerektirecek ve çok kısa sürede bir tür karar değişikliğini zorlayacak hiç bir hukuki sebep olmadığını belirten üyeler "iptali istenen kuralın, daha önceki iptal kararlarının konusunu oluşturan kurallardan dayanarak, kapsam, erek ve amaç yönleriyle hukuksal nitelik bakımından da hiçbir ayırım taşımaması karşısında doyurucu olmaktan uzaktır. Anayasaya uygunluk denetiminde ölçüt, Anayasa kurallarıyla, uluslararası andlaşmalar ve evrensel hukuk kurallarıdır. Yasama organının Anayasaya sınırlı takdir yetkisini kullanırken bu alana el atılması sözkonusu olamaz" görüşünü ileri sürmüşlerdir. Aynı gerekçelerle geçici 4. maddenin (c) ve (d) bendlerini Anayasaya aykırı bulmayan çoğunluğun görüşüne haklı olarak katılmamıştır⁶⁹.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, TCK. 146'ya giren suçları "şartlı tahliye" dışında tutan TMK geçici 4. maddenin (a) ve (b) bentlerine karşı itiraz yoluyla açılan davayı yerinde bularak şöyle diyor: "Suçlu, topluma uyum zorlukları gösteren ve uyumsuzluğunu suç işlemekle açığa vuran kimsedir. Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun toplumla uyum sağlayabilmesi başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkesini oluşturur. Toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığı, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırılmasına esas olur. Bu husus, devletin cezalandırma politikasına uygun olarak yasakoyucunun bu konudaki

⁶⁹ Bkz. İbid., s. 83, 84, 86, 97.

değerlendirmesine ve takdirine göre belirlenir. Ancak, cezanın infazı, işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi, suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir. Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkumların işledikleri suçlara göre bir ayırımı gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkum arasında eşitsizliğe neden olur. Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkumlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu aykırılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.^{70m}

Anayasa Mahkemesi af ve benzeri kanunların Anayasaya aykırılığını incelerken her zaman bu yaklaşımı sergilememiştir. Bir kararında ise şöyle diyor: "Suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak, yasa koyucunun yetkisi içinde kalmaktadır. Ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği, nelerin cezayı ağırlaştıracağı veya hafifletici sebep sayılacağı yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Elbette, Parlamento, takdir hakkını kullanırken, suçların ağırlık derecelerini, yeniden suç işlemesini önleme ve suçluyu ıslah amaçlarını da gözetecektir. Suçlar ve cezalar açısından konulan bu ilkelerin, ceza sisteminin tamamlayıcı bölümünü oluşturan infaz hukukunda da geçerli olacağı, dolayısıyla şartlı salıverme kurumunun şartlarının belirlenmesinde, gözönünde tutulması gerekeceği kuşkusuzdur. Yasa koyucu, şartlı salıvermenin koşullarını -meselâ yararlanma sürelerini, hangi suçlardan mahkûm olanların bundan yararlanıp yararlanamayacağına ya da farklı biçimde yararlanabileceklerini- zaman içerisinde, toplumun gelişmesine göre, serbestçe takdir edebilecektir"⁷¹.

⁷⁰ Bkz. E. 1989/14, K. 1989/49, Kt. 19.12.1989.

⁷¹ Bkz. E. 1989/325, K. 1990/22, R.G. 21.3.1991.

c) Af konusu en son olarak da 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun⁷² iptali için açılan dava münasebetiyle gelmiştir.

Bu kanunun 1. maddesinin kenar başlığı "Dava ve Cezaların Ertelenmesi" biçimindedir. Bu hükme göre: "23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dahil, basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl veya daha az şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir. Halen cezalarını çekmekte olanlar hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır. "İlgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı birinci fıkrada sayılanlar hakkında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm kurulmamış veya verilmiş hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir".

Bu hükmün içinde yer alan "...basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup..." ifadesinin Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir.

Ana Muhalefet Partisi Meclis Grubunca açılan iptal davasında şu hususlara dikkat çekilmiştir: "... basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla..." suç işlemiş olan kimselerin 12 yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezaları ertelenmektedir. Böylece "imtiyazlı" hale getirilmektedir. Buna karşılık basit yollarla suç işlemiş olan kimselerin para cezaları dahil ertelenmemektedir. Nitekim bazı kimseler basın yoluyla (gazete, dergi vs. ile) sözlü araçlarla (radyolar ile) ve görüntülü cihazlarla (televizyonlarla) suç işlemişlerdir. Bu kimseler söz konusu araçlarla bir kaç defa -hatta gazetelere yansıdığına göre bir kısmı 40-50 defa- suç işlemiştir. Bu suçların toplam hapis cezası, belki de yüzlerce yıla ulaşmaktadır. Ancak 28.08.1999 tarih ve 4454 sayılı Kanun ile herbir suç ayrı ayrı değerlendirilmiş ve herbir suç için üst sınırı oniki yılı geçmeyen hapis cezalarının infazı üç yıl süre ile ertelenmiştir. Buna karşılık basın

⁷² RG. 3.9.1999-23805.

yoluyla işlenmiş suçta konu olan bir haber veya makaleden veyahut radyo ya da televizyon konuşmasından alıntı yapıp da bir seminer, sempozyum veya 3-5 kişilik toplantıda kullanan mesela bir araştırmacı (öğretmen, bilim adamı) ertelemeyi kullanmayacaktır. Başka bir deyişle, uydular aracılığı ile tüm dünyaya televizyonlardan defalarca hitap eden bir kimse, suç sayısı ne olursa olsun cezası ayrı ayrı oniki yılı geçmeyen bütün hapis cezaları için ertelemeyi kullanmayacak, buna karşılık söz konusu kimsenin sadece bir konuşmasından, alıntı yapıp, diyelim, 3-5 kişilik seminerde kullandığı için daha düşük bir cezaya mahkum olan kimse ertelemeyi kullanmayacaktır. Hatta mahkumiyetleri düşük olanların para cezaları dahi ertelenmeyecektir. Böyle bir uygulamanın, Anayasa'nın hep 2. maddesindeki "adalet anlayışı'na hem de 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik ilkesine" aykırı olduğu, hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak kadar açıktır."

Bu gerekçelere katılmamak mümkün değildir. Bilindiği gibi kanunlarda bir suçun "basın yoluyla işlenmesi" ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmektedir. Bu husus düşünceleri açıklama suçları bakımından da aynıdır. Bu durumda, getirilen düzenlemede daha ağır olanı affedilirken, daha hafif olanı af kapsamı dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesinin bugüne kadarki uygulamalarına baktığımızda böylesi hallerde Anayasanın "eşitlik" ilkesi çerçevesinde konuya yaklaştığını ve iptal gerekçesinde bu temel ilkeyi kullandığını görmekteyiz. Bu konuda Anayasa Mahkemesi genellikle şu yorumu benimsemektedir: "Anayasa'nın 10. maddesi, ayrıcalıklı kişi ya da topluluklar oluşmasına olanak tanıyan bir eşitsizliğe yol açacak düzenlemeler yapılmasını önlemeyi öngörmektedir. Aynı durumda olanlara ayrı kurallar uygulanamayacağı gibi ayrı durumda olanlara da aynı kurallar uygulanamaz"⁷³. "... Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurullarla değişik uygulamalar yapılamaz"⁷⁴.

Anayasa Mahkemesinin "eşitlik" ilkesini yorumladığı ve uyguladığı çok sayıda kararı mevcuttur: "Ceza hukukunda anayasal eşitlik ilkesi genel anlamda bir eşitliği ifade eder. Aynı tür suçlara benzer nitelikte ve ağırlıkta cezalar verilmesi eşitlik anlayışının gereğidir. Suçlar ve cezalar konusunda yapılan düzenlemeler, suç türlerine devletçe verilen öneme göredir. Ancak, suç ve ceza arasındaki oranı adalete uygun ve cezalar arasındaki genel dengeyi

⁷³ Bkz. E. 1989/14, K. 1989/49, Kt. 19.12.1989.

⁷⁴ Bkz. E. 1990/28, K. 1991/11, Kt. 2.5.1991.

suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve toplumsal yapıya göre belirlenmesi gerekir. Kuşkusuz yasakoyucu, suçlar ve cezalar hakkında kural koyarken Anayasa ilkeleri ile Anayasa'da genel anlamı belirlenen cezanın evrensel ilkelerine uymakla yükümlüdür. Böylece eşitlik ilkesinin cezadaki uygulaması sağlanabilir⁷⁵. Yüksek Mahkemeye göre, "Devletimiz... bir hukuk Devletidir. Kanunlarımızın, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır"⁷⁶. Bu konuda verilmiş çok sayıda karar vardır⁷⁷.

Bu kararlar çerçevesinde 4454 sayılı kanunun iptali istenen kısmının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu hususunda gerek kamuoyunda gerekse hukukçular arasında neredeyse görüş birliği mevcuttur⁷⁸.

Konuya bu çerçevede yaklaşan Anayasa Mahkemesi de 4454 sayılı Kanunun, dava konusu bölümünün iptaline karar verirken şu tespitle işe başlıyor: Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, ... devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Yasalar önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için eşitlik öngörmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı

⁷⁵ E. 1991/18, K. 1992/20, Kt. 31.3.1992, AMKD. sy. 28, s. 282.

⁷⁶ E. 1963/166, K. 1964/76, Kt. 22.12.1964, AMKD. sy. 2, s. 291.

⁷⁷ Bkz. E. 1981/12, K. 1983/18, Kt.. 28.4.1983; E. 1986/111, K. 1986/126, Kt. 4.1 1.1986.

⁷⁸ Bkz. AKYOL, T., "Af ve Anayasa", 31.8.1999, Milliyet.

durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kararlar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır"⁷⁹.

Bu tespitte bulunduktan sonra, iptal konusu olan 4454 sayılı kanunun Anayasaya aykırılığı ileri sũrũlen kısmını ele alan Yũksek Mahkeme şu gerekçe ile iptale karar vermiştir: "Eşitlik temelinde dayanan adil bir hukuk dũzeni kurmak, hukuk devletinin en önemli işlevlerinden biri olduğundan hukuksal eşitlik sağlanmadan hukuk devleti ilkesinin gerçekleşemeyeceği açıktır. 4454 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, ilgili kanun maddesinde ngrũlen şahsi hũrriyeti bağlayıcı cezanın ũst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl ve daha az şahsi hũrriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum edilmiş bulunanlardan, bu suçları 23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu mũdũr sıfatı ile işlemiş olanlar dahil, basın yoluyla yahut szlyũ veya grũntylũ yayın araçlarıyla işleyenlerin cezalarının infazı ertelenmiştir. Yasakoyucu, kuşkusuz, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada gũdũlen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın tũrũ ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabileceği gibi kimi suçları işleyenler için "erteleme" adı altında bir dũzenleme de ngrebilir. Ancak böyle bir dũzenleme yapılması durumunda, eşitlik ilkesi, bundan aynı durumda bulunan herkesin eşit olarak yararlandırılmasını gerektirir. Farklı dũzenleme yapılabilmesi ise milli gũvenlik, kamu yararı, kamu dũzeni gibi haklı nedenlerden birinin bulunmasına bağlıdır. Dava konusu dũzenlemeyle dũřũnceyi açıklama zgũrlũđũ bağlamında basın yoluyla yahut szlyũ veya grũntylũ yayın araçlarıyla işlenen suçlar ynũnden erteleme adı altında bir olanak getirilmiş, ancak aynı tũr suçların daha az cezayı gerektiren basın yoluyla yahut szlyũ veya grũntylũ yayın araçlarıyla işlenmiş olanları kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı tũr suçu işleyenler için farklı uygulama öngören bu dũzenlemenin haklı bir nedeni bulunmadığı açıktır. Öte yandan, adaletli bir hukuk dũzeni kurup bunu sũrdũrmekle yũkũmlũ olan hukuk devletinde, yalnız suç ve cezaların saptanmasında adil lũlerin gzetilmesiyle yetinilemez; bunların kaldırılması, değiştirilmesi ya da kimi olanaklar tanınması söz konusu olduğunda da aynı lũlerin esas alınması zorunludur. Dava konusu dũzenlemeyle aynı tũr suçun daha ağırını erteleme kapsamına alıp, hafif olanını bu olanaktan yararlandırmamanın adil olduğu ileri sũrũlemez. Açıklanan nedenlerle

⁷⁹ E. 1999/39, K. 2000/23, Kt. 19.9.2000, RG. 12.10.2000-24198.

kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır iptali gerekir"⁸⁰. Bu karara oyçokluğu ile varmıştır.

Anayasa Mahkemesinin vardığı bu sonuç ve gerekçesi bizce de yerindedir. Ayrıca, 4454 sayılı Kanunun çıkarılış gerekçesinde yer alan ifadeler de böylece bir anlam ifade etmiş olmaktadır. Gerçekten bu gerekçelerde şu satırlara yer verilmişti: "Çağdaş toplumların anayasalarında güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, demokratik toplumu oluşturan en temel unsurlardan biridir. Bu özgürlüğün kullanım yollarından biri de basın yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıdır. Bu araçların, amacına uygun olarak işlevlerini yerine getirmeleri bakımından korunmaları çağdaş toplumlarda asıl olup, bu anlamda basın ve yayın özgürlüğü önündeki engelleri kaldırmak ve güvenceler sağlanarak, haber ve düşünceyi özgür kılmak hedeflenmektedir. Bu nedenle, sorumlu müdür sıfatı ile veya basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlara ilişkin davalar ve cezaların infazı için ertelenme hükümleri getirilmesi toplumsal barışın sağlanması ve sürdürülmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır" denilerek yapılan düzenlemeyle öncelikle, düşünceyi açıklama özgürlüğünün doğal bir sonucu olan basın özgürlüğünün kullanılması bağlamında basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla suç işlemiş olanların hedef alındığı vurgulanmaktadır.

Bizce bu isabetli karara yine de bazı haklı sayılabilecek gerekçelerle "karşı oy" yazılmıştır.

Bir karşıoy yazısında şöyle deniliyor: "Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasa'nın öngördüğü ve mutlak düzenlemesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür noksanlıklar yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. Yasa maddesine içindeki kimi sözcükleri ayıklayarak yeni bir kural niteliği vermek Anayasa'ya uygunluk denetimiyle bağdaşmaz. Bir kuralın, uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenilemez. Yasakoyucunun dilediği zaman giderebileceği

⁸⁰ Ibid.

noksan düzenleme, anayasal zorunluluk dışında, Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz"⁸¹.

Aynı karşıoy yazısının devamında şu satırlara yer verilmiştir: "Toplumsal barışı, kamu düzenini, bireylerin güven ve huzurunu sağlamakla yükümlü olan devlet, bu yükümlülüğünü alacağı ceza önlemleri ile yerine getirmeye çalışır. Yasakoyucu bu konuda bir düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da göz önünde bulundurmaya zorunda olduğundan kimi suçların niteliği ve toplumda yaratacağı zararla birlikte failin konumlarını da gözeterek farklı ağırlıkta cezalar düzenleyebileceği gibi, hükmolunan cezaların infazının ertelenmesi veya affı konusunda da değişik kurallar getirilebilir. Yasakoyucu, basın ve yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesini, Türkiye'nin, dünya kamuoyunda düşünce ve ifade özgürlüğünü cezalandıran ülkeler görünümünden çıkması için gerekli görmüştür. Yasakoyucunun takdir alanı içine giren bir konuda getirilen kuralın denetimi yerindelik denetimi olur ki, Anayasa Yargısı'nda yerindelik denetimine yer yoktur. Eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülen dava konusu kural, failin konumundan doğan farklılığa ve farklı nedene dayalı olduğundan Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı değildir."

Yasanın uygulanma alanını genişletmek amacıyla iptal talebinde bulunulması da yerinde görülmemiştir. Aynı karşıoy yazısında şöyle deniliyor: "Dava konusu yasa kuralından da anlaşılacağı gibi, yasakoyucu yalnız basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava veya cezaların ertelenmesini istemiştir. Davacı başvuru dilekçesinde, dava konusu kuralın değil, aynı eylemi basın veya yayın yoluyla işlenmemiş olanların dava ve cezalarının ertelenmemesinin Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" prensibine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Yani Yasa'nın uygulama alanının genişletilmesini sağlamak amacıyla, Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmemeyen bir yasa kuralının iptali istenilmiştir."

Bu gerekçeleri ve yaklaşımı ana hatları ile yerinde bulmakla beraber, bu tür bir yaklaşımda Anayasa Mahkemesinin ne gibi hallerde bir kanunun "eşitlik" ilkesine aykırılığı gerekçesi ile iptal edebileceğini tam olarak kestiremiyoruz. Keza, iptal davası açacak

⁸¹ Bkz. İbid. Mustafa Bumin, Mahir Can Ilıcak, Ali Hüner ve Ertuğrul Ersoy'un karşıoy yazısı". Anayasa Mahkemesinin bu meyanda bir kararı için bkz. E. 1963/172, K. 1963/244, Kt. 21.10.1963; E. 1988/3, K. 1989/4, Kt. 18.1.1989.

kişi ve kurumların Anayasaya aykırı olan noktaları belirleme hak ve yetkileri de bu yaklaşımda biraz daraltılmış olmuyor mu?

Bir diğer karşıoy yazısında ise, TBMM'nin 1924 Anayasasında sahip olduğu (md. 26) "kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek yetkisinin" 1961 ve 1982 Anayasasında bulunmadığına dikkat çekilmekte, Türk Ceza Kanununda bulunan ve bağımsız mahkemeler tarafından cezaların ferdileştirilmesi vasıtalarından biri olan erteleme ile karıştırılmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Doktrinde bu müessese af yetkisine benzetilmiş, bu durumda aynı sonuçların belli bir süre içinde suç işlenmemesi şartına bağlayan, "şarta bağlı genel af" niteliği taşıdığı belirtilerek eleştirilmiştir⁸². Şu halde "yasama yoluyla erteleme" diye bir yol Anayasada mevcut değildir".

Aynı karşıoy yazısında, şu yaklaşım okunmaktadır: "Anayasa'nın düzenlemeleri karşısında kimi suçlar için af yasağı getirildiği açıkça görülmektedir. Dava konusu yasa ile Anayasamızın 87. maddesinin, 14. maddeye yaptığı gönderme sebebiyle af yasağı adına "erteleme" denilerek örtülü biçimde aşılma istenmiştir. Anayasa'nın af yasağı getirdiği kimi suçlar bu arada, düşünce suçları için af getirilmek isteniyorsa, bunun yolu Anayasa'ya aykırı yasaları değişik biçim ve isimlerle kamufle edilerek örtülü biçimde Anayasal engelleri gözardı etmek değil, Anayasa'nın kimi suçlar için af yasağı getiren kurallarının Yasama Organınca değiştirilerek amaca uygun bir düzenleme yapmaktır. Bu yola gidilmeden yapılan düzenleme açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Hal böyle olmamakla beraber, nasıl ki yasa çıkarılırken Anayasa'nın koyduğu engeller dolaylı şekilde ortadan kaldırılmak istenmiş ise, aynı şekilde iptal yoluna başvuran Parti de, Yasa'nın tümünü değil, kimi siyasal nedenlerle maddenin sadece yukarıda belirlenen bölümünün iptalini istemiştir. Esasen Anayasa'nın getirdiği af yasağına aykırı olarak yasak alandaki suçlar ayrılmadan tüm suçlar için getirilen bu erteleme (şartlı af) iptali istenen bölümün iptali halinde tüm suçlar için genel af mahiyetine dönecektir. Bu ise kanunkoyucunun öngördüğü amaca ve iradesine tamamen aykırıdır. İstenen düşünce suçlarının affı ise, bunun yolu yukarıda belirtildiği gibi Anayasa'nın ilgili maddelerinde yasama organınca gerekli değişikliklerin yapılmasıdır. Bütün bu açıklamalardan sonra, Yasa'nın tümü için iptal isteminde bulunulsa idi, oyumun duraksamaya yer vermiyecek biçimde iptal yönünde olacağı doğaldı. Ancak böyle

⁸² E. 1999/39, K. 2000/23, Kt. 19.9.2000, RG. 12.10.2000-24198 (Bkz. Yalçın Acargün'ün karşıoy yazısı).

yapılmayıp sadece birinci maddenin belli bölümünün iptali ile ortaya çıkacak durum, yasak alana girsin girmesin yukarı haddi oniki yıla kadar cezayı gerektiren tüm suçların şartlı af (erteleme) kapsamına alınması sonucunu doğurur. Bu da Anayasa'ya aykırılığı daha büyük ve daha vahim boyutlara getirir"⁸³.

Yukarıda belirttiğimiz gibi bu yaklaşıma katılmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisini ve yetkililerin iptal davası açmadaki takdir haklarını bu yaklaşımla nasıl bağdaştırabileceğiz?

V- 4454 VE 4616 SAYILI YASALARLA İLGİLİ GENEL VE UYGULAMA SORUNLARI

Yasal düzenlemelerle ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde; yasaların içeriklerinden önce, yürürlük tarihlerinin ayrıntılı olarak saptanmasıyla başlamakta yarar vardır. Hele bir yasa, belli bir zaman kesitini kapsayacak şekilde bir tasfiye yasası ise, bu saptamanın daha da önemli olduğunu söylemek, abartı olmasa gerekir.

1- İnceleme Konusu Yasalarla İlgili "Yürürlük" Sorunu, Yasaların İsim ve İçerik Farkları

a) 4454 Sayılı Yasa

"Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun "

TBMM'nce 28.08.1999 tarihinde kabul edilmiş olup, "Yürürlük" başlıklı 4. maddesine göre, yayım tarihi olan 03.09.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Resmi Gazete; 03.09.2000 gün ve 23805 sayılı basısı). 4454 Sayılı Yasanın 1. maddesinde yer alan "... *basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup*" şeklindeki kısmı; Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2000 gün ve 1999/39 E., 2000/23 K. sayılı kısmı iptal kararıyla iptal edilmiş, doğan boşluğun Yasama Organı'nca doldurulabilmesi için karar yürürlüğü 1 yıl ertelenmiştir. Anılan karar, RG'nin 12.10.2000 gün ve 24198 sayılı basında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu gelişme karşısında TBMM, 4454 sayılı Yasanın 1. maddesini; 4616 sayılı Yasanın 2. maddesi ile yeniden düzenlemiştir. Yeni düzenleme ile 4454 sayılı Yasanın uygulama alanı genişletilmiştir.

⁸³ Ibid.

Burada dikkat edilecek husus; Yasama Organı, 4454 sayılı Yasanın 1. maddesinin tamamını yeniden düzenlemiş olduğudur. Ancak yeni düzenlemede eski metne sadık kalınarak, Anayasa Mahkemesi Kararında vurgulanan "eşitlik" kriterleri gözetilmek suretiyle; "... basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup..." şeklinde olan yasa metninin ilk düzenlemesi, "... basın yoluyla veya sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla yahut miting, kongre, konferans, seminer, sempozyum, açık oturum veya panel gibi toplantılarda yapılan konuşmalarla işlenmiş olup..." biçiminde yeni ilave ile yapılmıştır. Bu ilavelerle birlikte 4454 sayılı Yasanın 1. maddesinin diğer kısmı aynen ve yeniden 4616 sayılı Yasanın 2. maddesi olarak tekrarlanmıştır.

Yasa Koyucu; sadece ilave edilen cümleler yer aldığı şeklinde (şunlar ilave edilmiştir) düzenleme yapabiliirdi. Yani yasanın yukarıda alıntılanan ilk şeklindeki cümleler yerine, yeni düzelmede yer verdiği tümceleri yerleştirmek suretiyle yeni düzenlemeyi yapabiliirdi. Ancak bu yöntemi benimsememiş, madde hükmünü yeniden ve tamamını düzenleme gereği duymuştur.

4454 sayılı Yasanın 1. maddesinin yeniden düzenlenmesinde yürürlük, çok doğaldır ki, 03.09.1999 tarihidir. Ceza Kanununun lehe yorum kuralı da bu yaklaşımı haklı kılar. Aksi takdirde 4454 sayılı Yasanın en temel maddesi olan 1. maddesi ile diğer maddelerinin farklı tarihlerde uygulanacağı gibi garip bir sonuç ortaya çıkar. Böyle bir durum yasa koyucunun amacına aykırı olur. Öte yandan, aynı unsur ve benzer yaptırımları içeren suçlarla ilgili yasama tasarrufu ile meydana getirilen "eşitsizliğin" giderilmesi, tamamen mümkün olmasa da, eşitlemeye en yakın tarih, yasanın yürürlük tarihi olan 03.09.1999 tarihidir.

Bu nedenle, Yeniden Doğuş Partisi eski Genel Başkan Hasan Celal Güzel'in, 4616 sayılı Yasanın 2. maddesi uyarınca parti üyeliğine yeniden kabul edilmesi⁸⁴ Erteleme Yasası hükümlerine uygundur. Şu halde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu konuyu değerlendirirken yapmış olduğu "4616 sayılı Kanun; 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen bir kısım suçlarda şartla salıvermeye, görülmekte olan davaların ve verilmiş olan cezaların ertelenmesine imkân getirmekte olup, tamamen infaz olunmuş cezalarla ilgili herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Adı geçeninin partinize yeniden kaydedilmesine; 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 11/b-5 maddesinde yer alan, TCK'nun 312. maddesinde yazılı suçtan vaki

⁸⁴ Bkz. RG. 22.12.2000.

yükümlülüğü sebebiyle imkân bulunmadığından parti üyeliğinden çıkarılması..."⁸⁵ şeklindeki yaklaşımı yerinde değildir.

b) 4616 Sayılı Yasa

"23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun "

TBMM'nce 21.12.2000 tarihinde kabul edilmiş olup, 3. maddesine göre yayım tarihi olan 22.12.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

c) 4454 ve 4616 Sayılı Yasaların İsim ve İçerik Farklılıkları

Her iki yasanın uygulanacağı fiiller, 23 Nisan 1999 tarihinden önce vuku bulan fiillerdir. 4454 sayılı Yasa düzenlemesinden yararlanabilmek için, fiilin, yasanın 1. maddesi kapsamına giren bir fiil olması ve ayrıca ilgili ceza yasasında o fiil için ön görülen azami cezanın 12 yıldan fazla olmaması gereklidir. Fiille ihlal olunan ceza normunun koruduğu menfaat bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Yani, suçun türü ne olursa olsun, üst sınırı 12 yılı geçmeyen ve 1. maddede tanımlanan şekilde işlenen bütün suçlar yasa kapsamındadır. 4616 sayılı Yasa; ilgili ceza yasasında öngörülen ceza miktarı ne olursa olsun, bazı fiilleri kapsam dışı bırakmıştır. Buna karşın, kapsamı içinde olan fiillerle ilgili üst ceza miktarı ne olursa olsun, tamamında 10 yıllık infaz indirimi ön görmüştür. Her iki yasanın "isimleri" farklıdır. 4454 sayılı Yasa ile dava ve cezanın "ertelenmesi" düzenlenmiştir. Bu erteleme, bizzat yasa hükmü ile yapılmıştır. Yargıcın yapacağı iş, sadece bir tespittir ve yargıç bu tespiti re'sen yapacaktır. 4616 sayılı Yasa, temel esprisi itibariyle "şartla salıverme" düzenlemesi getirmiştir. 4454 sayılı Yasa; dava açılmasının, davanın hükme bağlanmasının ve hükmün "ertelenmesi"ni düzenlemektedir. 4616 sayılı Yasa ile dava açılmasının ve hükme bağlanmasının "ertelenmesi" düzenlenmiş, hükümlerle ilgili "erteleme" değil, 10 yıllık infaz indirimi esasına göre "şartla tahliye" düzenlemesi yapılmıştır. Ceza hukuku açısından bu farkın önemi açıktır.

4616 sayılı Yasa, kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, üst sınırı 10 yılı geçmeyen fiillerle ilgili -ceza hükmünün değil, çünkü hüküm; kesinleşmiş yargı kararı demektir- dava açılması ve hükme bağlanması veya kesinleşmesinin "ertelenmesi"ni düzenlemiştir. Yani,

⁸⁵Bkz. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Yeniden Doğuş Partisi Genel Başkanlığına hitaben yazdığı SP. 44, Müh. 2001/130 sayılı ve 13.3.2001 tarihli yazısı.

yasa kapsamına girmekle birlikte kesinlik kazanmış hükümlerle ilgili "erteleme" değil, "şartlı salıverme" düzenlemesi yapılmıştır.

İki yasa arasında, yukarda açıklamalar dışında, en önemli çelişki, 4616 sayılı Yasanın 1. maddesi düzenlemesi ile 2. maddesi düzenlemesi arasında gözlenmektedir. O çelişki şudur: 4616 sayılı Yasanın 1. maddesinin 5/a bendi ile 312/2, 5/d bendi ile 5816 sayılı yasa kapsamına giren dava ve cezalar kapsam dışı bırakılmıştır. Oysa aynı yasanın 2. maddesi ile yeniden düzenlenen 4454 sayılı Kanunda öylesine bir sınırlama söz konusu değildir. Bize göre bunun nedeni, yasa yapılırken hukukun temel kuralları ve demokratik ölçütler yerine, "hal ve vaziyetin gereği, ülke gerçekleri" gibi nesnel olmayan nedenlere göre hareket edilmiş olunmasıdır. Doğru olan, benzer olayların sonucu olan fiillerle ilgili bütün düzenlemelerin, tek düzen nesnel kurallara göre yapılmasıdır.

4454 sayılı Yasa; yukarda açıklandığı üzere, açılan "iptal davası" kapsamında Anayasa Yargısına konu olmuştur. Oysa onca çelişkisine karşın, 4616 sayılı Yasa ile alakalı ve geneline ilişkin bir iptal başvurusu olmamıştır. Fakat def'i yolu ile kapsam dışı pek çok maddesini konu alan davaların açılmış olduğu bilinmektedir. Kanaatimiz odur ki, 4616 sayılı Yasa; hem kapsam dışı düzenlemesi bakımından ve hem de yasada ön görülen tarih bakımından; Anayasanın eşitlik, genellik, demokrasi gibi temel kurallarına aykırı hükümler içermektedir. Sorun, şu veya bu ölçekte Anayasa Yargısı ile çözümlenecektir.

2- Zaman ve İçerik Bakımından Kanun Hükümlerinin Etkileri

a) Yasaların zaman açısından uygulanmaları ve 647 sayılı Yasaya göre yapılan uygulama açısından bir değerlendirme

Her iki yasa, 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenmiş olması şartıyla kapsamları içindeki fiiller hakkında uygulanacaktır.

TCK. m. 89 ve 647 sayılı Yasa ile düzenlenen ve tamamen hakimın takdir alam içinde sonuç doğuran "erteleme" ile 4454 sayılı Yasa ile yapılan "erteleme" arasındaki temel fark; birincisinin sanığın kişiliğine uydurulmuş olması, ikincisinde ise hiçbir ayırım yapılmadan kapsam içindeki herkese şamil ve genel oluşudur. Başka bir deyişle 647 sayılı Yasanın bizatihi yasa metni, nesnel ve genel bir kuraldır. Ama uygulaması mutlaka kişiselliğe bağlıdır. Bu bağlılık, hem sanık açısından ve hem de algılama yönünden -tarih ve kapsam dışı maddelerindeki genelliğe aykırılık bir yana olmak üzere- uygulama genel ve nesnelidir. Belli zaman kesitinde belli durumları sona erdirip

tasfiye ettiği için geçicidir. Kişilikleri nazara alır yanı olmadığı için geneldir. Kişiler ve onların haklarıyla ilgili, suç ve ceza bağlamında, kesin sonuçlara yol açar oluşu dolayısıyla yargısal özellikler taşır.

Bu yaklaşımla varılan sonuç; 647 sayılı Yasa uygulamasına ilişkin içtihatlar ile 4454 sayılı Yasanın 1. maddesinin son kelimesi olan "... ertelenmiştir" şeklinde doğrudan yasa kuralı ile yapılan düzenleme arasındaki büyük farkı görmektir. Gerçekten 647 sayılı Yasada "sanığın geçmişteki hali ile ahlaki temayülleri" gibi nesnel olmayan kriterler bulunmaktadır. Oysa 4454 sayılı Kanunda öylesine kriterlere yer verilmemiştir.

b) Doğrudan "yasa" hükmü ile yapılan "erteleme"nin anlamı ve sonuçları

4454 ve 4616 sayılı Yasalarda düzenlenen ve yukarda açıklanan "erteleme" ve "şartla salıverme" düzenlemesi gözetilerek; 4454 sayılı Yasa ile yapılan "cezanın ertelenmesi"nin anlamı ve sonuçları üzerinde durulması gerekmektedir.

Dava veya cezanın ertelenmesi demek, davanın suç zanlısı hakkında, cezanın ise suçun faili hakkında sonuç doğurmasından "yasama" tasarrufu ile vazgeçilmesi demektir. 4454 sayılı Yasada; hükmümlerle birlikte verilmiş fer'i cezaların veya ceza hükmüne bağlı olarak diğer yasalardan doğan hak mahrumiyetlerinin (fer'i cezaların) istisna edildiğine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Düzenlemenin bu yönüne ilişkin Yasama tasarrufu, Ceza Kanunu'nun genel kurallarına uygundur ve doğrudur. Çünkü; temel ceza erteleme kapsamına alınırken, ertelenen temel cezadan kaynaklanan hak yoksunluklarını kapsam dışı bırakmak, Anayasaya aykırı düşerdi. Nitekim Danıştay "ertelenmiş mahkumiyeti bulunan memur kişinin deneme süresi bitmeden 657 sayılı Kanunun 487A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca görevine son verilmesinin tecilin gayesi ile bağdaşmayacağı" şeklinde, hakim kararıyla yapıldığı için daha dar anlaşılması gereken 647 sayılı yasaya göre verilmiş "erteleme" hükmünün, 657 sayılı yasada yazılı kısıtlamayı da ortadan kaldıracağını içtihat etmiştir⁸⁶. Cezanın ertelenmiş olmasının, fer'ileri de kapsayacağına ilişkin Danıştay'ın bu içtihadı birleştirme kararı, bir yönü ile de; "... mahkeme kararında hilafı tasrih edilmedikçe fer'i cezalar hakkında da uygulanır." (TCK. m. 91) şeklindeki ceza

⁸⁶ Bkz., DİBK., E. 2, K. 2, Kt. 15.1.1990, DD, sy. 82-83, s. 103.

normunun uygulaması niteliğindedir; çünkü, erteleme bir bütündür, bölünemez.

Bu görüş, doktrinde de kabul edilerek, "Ertelemeye fer'i cezalara ilişkin bu esasları, mahkumiyetin diğer kanunlar gereği husule getireceği başka ehliyetsizlikler bakımından da uygulamak gerekir. Sözelimi 1580 sayılı Belediye Kanununun 24'üncü maddesinde belediye meclisine seçilmeye engel bazı suçlar gösterilmiştir. Bizce bu suçlardan dolayı ertelenen mahkumiyet seçilmeye engel etki yapmamak gerekir"⁸⁷ denilmektedir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin çok yeni bir kararında; "Hükümlünün cezasının infazını erteleme kararının dayanağı olan 4454 sayılı Kanunun ertelemenin sonuçlarını düzenleyen 2. maddesindeki son fıkra hükmüyle, üç yıllık sürenin mahkum edilmeksizin geçirilmesi durumunda, mahkumiyetin vaki olmamış sayılması ile birlikte, kamu davasının açılmayacağı, açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verileceği hususlarına da yer verilmiş olması karşısında, cezası ertelenen suç nedeniyle, uygulanıp uygulanmayacağına erteleme süresi sonundaki duruma göre belirlenmesi gerekeceği göz önüne alınmalıdır..." şeklindeki gerekçesi ile Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 10.05.2000 gün ve 2000/72-72 D. İş sayılı kararını, Bakanlığın yazılı emrine atfen bozulmuştur⁸⁸. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin bu kararı doğrultusunda hareket eden Samsun 1 nolu Ağır Ceza Mahkemesi, Eşber Yağmurdereli'nin tahliyesini sağlamıştır⁸⁹.

Anlaşıldığı üzere Yargıtay bu uygulamasıyla TCK m. 17/1'de yer alan "... cezaya mahkum olur..." düzenlemesine karşın; deneme süresi içinde işlenen suçla alakalı kesin hükmün, 4454 sayılı Yasa kapsamına girmesi karşısında "hüküm" olma niteliğinin sona erdiğini kabul etmekte ve ertelemeye ilişkin "deneme süresi" içinde sonuç doğurmayacağını vurgulamaktadır. 4454 sayılı kanun kapsamında olan hükümlerin ve bu hükümlerle birlikte veya hükümlerden dolayı diğer yasalarda yer alan hak kısıtlamaları; ilamın süjesi üzerinde sonuç doğurmayacaktır. Kanunda yer alan 3 yıllık deneme süresi içinde ihlâl vaki olmadığı takdirde, vaki olmamış statü, yasa hükmü gereği kendiliğinden doğacaktır.

⁸⁷ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Onikinci Bası, İstanbul 1997, Cilt: III, s. 25.

⁸⁸ Bkz. Yargıtay 9. CD. E. 2000/2348, K. 2000/2078, Kt. 13.9.2001.

⁸⁹ Bkz. 2001/62 sayılı ve 18.1.2001 tarihli karar.

Burada uygulamada sıkça karşılaşılabilecek durumlara emsal olması bakımından, bir örnekleme üzerinde durmakta yarar olduğu kanısındayız. Bu örnek; 23.04.1999 tarihinden önce vaki eylemle TCK. m. 312/2 hükmünü ihlalden mahkum olan kişinin parti üyeliğidir. Bu konuya yukarıda kısmen değinmiştik. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun "Parti Üyeliği" başlığını taşıyan 11. maddesinin 2. fıkrasının b/5 alt bendinde; "Türk Ceza Kanunu"nun 312 nci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı ... suçlarından mahkum olanlar siyasi partilere üye olamazlar" hükmünü içermektedir. Bu madde hükmünde yer alan "mahkum olan" anlatımı ile TCK m. 17/1'de yer alan "mahkum olur" arasında, anlam ve kullanılış itibariyle hiçbir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda temas olunan DİBK bir yana, yine yukarıda alıntılanan bilimsel görüşe uygun Yargıtay 9. Ceza Dairesi kararı gereği, 23 Nisan 1990 tarihinden önce vaki TCK. m. 312/2 den hükümlü olma hali, parti üyesi olmaya engel değildir.

Çağdaş yaklaşımlarda; siyasal kısıtlılığı gibi fer'i cezalar, anlamlı bulunmakta ve üzerinde hassasiyetle durulmaktadır. İctihatta ve yasada belirtilenin tersi bir yaklaşım; bireyle ilgili ceza hükmünü parçalamak, "cezanın senin üzerinde sonuç doğurmasından vazgeçtim, ancak kamusal haklardan yoksunsun" demek gibi izahı mümkün olmayan çelişkiye yol açar. Çünkü hak mahrumiyetleri, onun var olmasının nedeni olan temel ceza kadar önemli sonuçları olan bir cezadır.

c- 4454 sayılı Yasa düzenlemesinin, daha önce infaz edilmiş hükümlere etkisi

Burada irdelenen husus; niteliği itibariyle yasaların kapsamına girmekle birlikte daha önce tamamen infaz edilmiş ceza mahkumiyeti olanların hukuksal konumlarıdır. Kanunun yürürlüğünden önce tamamen infaz olunmuş ve geçen zaman itibariyle fer'i sonuçlar da ortadan kalkmış ise; doğal olarak, yapılacak bir işlem kalmamış demektir. Çünkü, 4454 sayılı Yasanın uygulanmasıyla daha iyi sonuç sağlanacak bir durum artık kalmamıştır.

Kanunun yürürlük tarihine göre infazı devam etmekte olan hükümlüler arasında yasa gereği "erteleme" kararı verileceği konusunda da bir duraksama yoktur. Yasalar kapsamına girmekle birlikte hapis cezası infaz edilmiş, yani ertelemeye konu bir ceza kalmamış olan durumlara yasa nasıl uygulanacaktır. Böylesi durumlar için de bir sorun yoktur. Çünkü yasa; sadece ertelemeyi değil, ertelemenin deneme süresi olan 3 yıl sonuna göre "vaki olmamış sayılır" şeklinde hükümler içermektedir. Dolayısıyla cezanın niteliğine

göre yasa kapsamında olup, sonuçları tamamen sona ermeyenler de yasanın getirdiği düzenlemeden yararlanacaklardır. Bu bakış; "... failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur" (TCK. m. 2) hükmünün gereğidir. Aksi takdirde; kesinleşmesi daha eski ve fakat infazdan kaçan kişiye, kanuni çağrılara uyduğu için cezası zamanında infaz edilmiş olandan daha fazla imkan sağlanmış olur. Böyle bir durum ve bakışın, adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmazlığı açıktır. Aksine yorum; yukarıdaki hukuki mülahazalar yanında; çıkarılacak bir vergi affı ile vergisini zamanında ödemeyen tamamen af edilirken, öte yandan vergisini zamanında ödeyen mükellefe "gecikme cezası uygulamak" gibi garip bir sonuç doğurur. Oysa hukuk, haksızlıklar gidermek için vazedilmiş kurallardır. Bu konularla alakalı olarak; "daha önce infaz olunmuş hükümlülükler, yasa kapsamı dışındadır" şeklindeki görüşler, kanuna ve hukuka uygun değildir. Önce şunu ifade etmek gerekir ki, bir hükmün infazı, şartlı tahliye tarihi değil bihakkın tahliye tarihidir; Yasa ve müstekar uygulama böyledir. O halde öncelikle hükmün infazına bakmak gerekir. 4454 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 03.09.1999 tarihinde infazı bitmemiş hükümler hakkında, anılan yasanın 1/2 fıkrası gereği "erteleme" yapılacaktır. Somut olay bugün irdelendiğinde; 03.09.1999 tarihinde infaz tamamen gerçekleşmemiş ise, yani "yerine getirme" fişindeki bilgilere göre infazın tamamlanması 03.09.1999 tarihinden sonra ise, doğal olarak yasanın "ertelenmiştir" hükmü gereği "ertelenmiş" olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla bu durumda olan hükümlülükler açısından, "daha önce infaz olunmuştur savı" esasen öne sürülemez.

Yasa kapsamına giren ve fakat 03.09.1999 tarihinden önce tamamen infaz olunmuş hükümlerin, yasa kapsamına girmeyeceği savı, yukarda açıklanan nedenler yanında yasanın lafzına da aykırıdır. Gerçekten; 4454 sayılı Yasanın 1. maddesinin 1. fıkrasında da yer alan "23 Nisan 1999 tarihine kadar ... işlenmiş olup..." şeklindeki anlatımı, vurgulanan tarihten önce işlenmiş ve kapsam içinde olan bütün suçları ve hükümleri kapsar olduğunun bir başka göstergesidir.

VI- SONUÇ YERİNE BAZI ÖNERİLER

1) Bu açıklamalar gösteriyor ki, Af Kanunu kapsamına en masumane olarak "düşüncelerini açıkladıkları için ceza almış olanlar" girmelidir. Fakat çıkarılan kanunlar bunun tam tersini yapmıştır. Oysa asıl olan Devlet aleyhine işlenen cürümlerin af kapsamına sokulmasıdır. Şahıs aleyhine işlenen suçları Devletin tek başına

affetmesini kabul edemiyoruz. Her ne kadar bu kişiye cezayı Devlet mağdur adına vermiş ise de, bunun nedeni mağdurun vereceği cezanın bir ölç almaya dönüşmesinin önlemektir. Aynı mantık af noktasında yürütülemez. Aksi halde inhakı hak yolu tahrik edilmiş olur ve vatandaşın Devlete, onun adalet sistemine, hukukun üstünlüğü kavramına olan güveni kalmaz.

Ne var ki, asıl affı hak etmiş olan kesim için Anayasadaki engelleri de gözardı edemeyiz. Bilindiği gibi 87. madde TBMM'ne af yetkisini tanıırken bazı suçları bu yetkinin dışında tutmuştur. Buna göre, Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere af yetkisinin kullanılabilmesi için hükme bağlanmıştır. Bu maddeye baktığımızda, TCK'daki "Devlet aleyhine işlenen cürümler" kısmının anayasal temellerini oluşturmaktadır. Esasen bu hükümde geçen "bozmak", "tehlikeye düşürmek", "yok etmek", "sağlamak", "yaratmak", "kurmak" kavramları Anayasayı yapan organın eylemleri yasaklama kastı olduğunu gösterir; ne var ki, uygulamada bu hüküm geniş yorumlanarak salt düşünce açıklamaları bile bu madde çerçevesinde düşünülmekte ve TBMM'nin af yetkisi daha da daraltılmaktadır. İşte bu nedenledir ki, Meclis basın yoluyla istenen suçları "af" yerine ancak erteleyebilmiştir. Şu halde ilk yapılacak iş 87. ve 14. maddeyi yeniden kaleme almak ve gerçek af kapsamına girebilecek suçları affetme ya da etmeme yolunda takdir hakkını yasama organına vermektir.

2) Düşünce açıklama hürriyeti konusunda diğer bir Anayasal engel de Geçici 15. maddedir. "Devrim Tasarrufları" olarak nitelendirdiğimiz bu hükümle, 12 Eylül döneminden kalma 648 adet kanun, KHK gibi tasarruf yargı dışı kalmaktadır. Bu kanunların bir çoğunda düşünce açıklama özgürlüğünü zorlaştıran hükümler vardır. Bu hükmün derhal kaldırılması gerekmektedir. Ne var ki, 1995 Anayasa değişikliği yapılırken bu konu Genel Kurulda ancak 202 rey alabilmiş ve değişiklik gerçekleşmemiştir. Bu bir yana, bu döneme ait kanunları değiştirme yetkisi olduğu halde hiç dokunulmamıştır. Oysa bu kanunların çoğu 1982 Anayasası henüz yürürlüğe girmeden önce askeri hareketin ilk yıllarında kabul edilmiş ve adeta Anayasa bu kanunlara göre hazırlanmıştır.

3) Düşünce açıklama hürriyetinin önünü açmak için mevzuat düzeyinde bu söylediğimiz bir kaç temel hususun düzeltilmiş olması elbette yetmez. Esasen 12 Eylül mevzuatının sil baştan gözden geçirilmesi, başta Anayasanın yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Daha kısa, öz ve çerçeve Anayasa modeline

geçilmesi, kazıiltik yöntemle hazırlanmış, hantal, tepki anayasacılık anlayışından dönülmesi gerekmektedir.

4) Tüm bu iyileştirmeler yapılırken, yargı organlarımızın çağdaş dünyadaki gelişmeleri takip ederek yoruma müsait hükümleri o yönde yorumlayarak konumuz bağlamında düşünceleri açıklama hürriyetinin önündeki engelleri aşmalıyız. Yani, düşünceleri açıklama hürriyetinin kapsamının tayin edilmesinde Anayasa ve kanun koyucunun amacını ya da ilgili kuralın Türkiye açısından taşıdığı özel anlam yanında, söz konusu hürriyetin gelişmiş ülkelerde kazandığı anlamı ve kendine özgü niteliğini de gözönünde bulundurmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı bazı kararlarıyla düşünceleri açıklama hürriyetinin temel esprisini ortaya koymuştur. Bizim yargı organlarının bu hürriyete aynı açıdan bakmalarına fazlaca bir engel bulunmamaktadır. Yine aynı organların geliştirdiği yoruma göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırını belirlemede kullanılan "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" kriterine ve "hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirlilik" şeklinde daha somut unsurlar eklemiştirler⁹⁰. Bizim yargı organlarının bu ilkeyi bu yönde yorumlamaları gerekir. Keza, kanunda açık hüküm olmamakla beraber yukarıda açıkladığımız "yakın tehlike" ya da "açık ve mevcut tehlike" kıstasları geliştirilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtayın bazı kararlarında bu kıstasın ipuçlarını görmek mümkündür. Danıştay 1991/933 sayılı kararın da, "açık ve somut" bir kışkırtma ya da suça iteleme niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklayabilmesinin demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olduğuna işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise Sosyalist Birlik Partisinin kapatılması davasında partinin programında yer alan hususların Türkiye Cumhuriyeti için "yakın ve görülebilir" bir tehlike oluşturduğuna işaret etmiştir. Ne var ki, bu konuda henüz bir istikrar kazanılamamıştır. Bu nedenle zaman zaman "yargının siyasallaşması" iddiası gündeme gelmektedir.

5) Şayet, yukarıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle parti kapatmada uyguladığı kriterler göz önüne alınacak olursa "şiddet" ile bağı aranacaktır. Bu yaklaşıma göre, Sivas hadiselerinde vuku bulan otel yakma olayına, yapmış olduğu "ağır tahrik" nedeniyle yol açan Aziz Nesin sorumlu olacaktır. Ne var ki, bu dava açılmamıştır. Tıpkı, Mehdi Zana'nın 1987 yılında yaptığı konuşmada "PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum..."

⁹⁰ GÖLCÜKLÜ, F., Avrupa..., s. 58.

demesi üzerine ceza alması gibi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi burada "teröre destek" gördüğü için Zana'nın açıklamalarını salt düşünce açıklaması çerçevesinde değerlendirmemiştir. Karatepe, Erdoğan ve Erbakan davalarında "şiddet" ile bağı göremiyorsunuz. Bu nedenle de bu davalar Avrupa Mahkemesi'nde "ret" ile sonuçlanacağı benzemiyor. Hele ömür boyu siyaset yasağını kabullenmek mümkün değildir.

Gerçekten, Anayasadan kaynaklanan "ömürboyu siyaset yasağını" derhal kaldırmak gerekmektedir. Başbakanlık yapmış bir kişinin köy muhtarı olamaması gibi garip bir durumu ortaya çıkarabilecektir. Gerçi TCK'ya göre (md. 121-124) "işlemiş olduğu cürümden dolayı pişmanlık duyduğunu ihsas edecek surette iyi hali görülen kimse" üç yıl sonra, elinden alınmış olan haklarının iadesini isteyebilecek ise de, bu tamamıyla hakimin takdir hakkı içinde olan bir durumdur. Kaldı ki, bir siyasetçi "pişmanlık duyduğunu" nasıl gösterebilecektir? Seçmenine ne diyecek? Hiç oy kaygısı, oy hesabı yapmayacak mı? Bir siyasî parti Kanarya Severler Derneği mi? Şu halde, Anayasanın 14, 76 ve 87. maddeleri; Milletvekili Seçimi Kanununun 11; Mahalli İdareler Kanununun 9 ve 31. maddelerinin değiştirilmesi kaçınılmazdır.

6) Nihayet, düşünceleri açıklama hürriyetinin uygulamaya tam olarak geçirilebilmesi için evvela "gerçek demokrat" olmak gerekmektedir. Yani, insanımızın özellikle de okumuş insanlarımızın demokrasiyi içinde özümsemiş olması şarttır. Bizce Türkiye'nin çıkmazı bu noktada yatmaktadır. Toplum içindeki farklı kesimlerin birbirlerine karşı gösterecekleri tavır, düşünceleri açıklama hürriyetini sağlama yönünden en az normatif ve yargısal unsurlar kadar ağırlıklı bir yer işgal etmektedir. Bu ortam oluşabilirse, düşünceleri açıklama hürriyetine yönelik ihlallere karşı daha etkili ve daha objektif tepkilerin gösterilmesi sağlanabilecektir. Böyle güçlü bir kamuoyu ise hiç şüphesiz siyasi iktidarlar üzerinde önemli bir baskı unsuru oluşturacaktır. Bu noktada maalesef ülkemiz iyi bir sınav vermemekte, çifte standart uygulanmakta ve tabir caizse bir aydın despotizmi görülmektedir.

Netice:

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere ülkemizde çıkarılan aflar hiç bir sosyal temele dayanmamakta, hiçbir demokratik paketin ya da hukuk reformunun uygulanması çerçevesinde ele alınmamaktadır. Ayrıca bazı teknik eksiklikler taşımaktadır. Hele son af kanunları bu noktadan daha çok eleştirilmiştir. Genellikle af

kanunlarında ortak olan bir başka özellik de düşünceleri açıklama hürriyetinin af kapsamı dışında tutma eğilimidir. Son kanunlarda da bu görülmüştür. Bunda Anayasadan kaynaklanan bazı engelleri hesaba katsak bile bu durum mazeret teşkil etmez. Yine de, düşünceleri açıklama hürriyeti önündeki engelleri af ya da erteleme kanunlarına bel bağlayarak aşmak yerine, başta Anayasa olmak üzere kanunlardaki düzenlemeleri gözden geçirmek daha isabetlidir.

Bilinmelidir ki, asıl affı hak eden düşünce suçlarıdır. Tüm özgürlüklerin kaynağı ve anası konumundaki düşünceleri açıklama özgürlüğü günümüzde ülkelerin demokratik niteliğinin tespitinde en belirgin ölçüt sayılmaktadır. Bu düşünce ile bir an önce bu alandaki engelleri kaldırıcı hukuk reformuna başlamak gerekmektedir.

OTURUM BAŞKANI : Prof. Dr. Yüksel ERSOY

Sayın Başkan, değerli konuklar, oturumun dördüncü konuşmacısı, Doç. Dr. Kemal GÖZLER'in kısa özgeçmişini bilgilerinize sunuyorum.

1966 yılında Biga'da doğan Kemal GÖZLER, lisans ve yüksek lisans öğrenimini Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, DEA ve doktora öğrenimini Fransa'da Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapmıştır.

Sayın GÖZLER, 1997'de yardımcı doçent, 2000 yılında da Anayasa Hukuku doçenti olmuştur. 1987 yılından 1997 yılına kadar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmış, halen Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

Sayın GÖZLER'in Türkçe ve Fransızca yayımlanmış 13 kitabı ve 27 makalesi vardır. Bir kitabı ve bir makalesi Türkiye Bilimler Akademisi tarafından uluslararası bilimsel yayın olarak kabul edilerek Sosyal Bilimler Alanında Uluslararası Bilimsel Yayınları Özendirme Programı çerçevesinde teşvik primiyle ödüllendirilmiştir. Sayın GÖZLER, Türk Sosyal Bilimler Derneği 1999 yılı Genç Sosyal Bilimciler Birincilik Ödülünü almıştır.