

TERÖRLE MÜCADELE YASASINA İLİŞKİN BİR ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI*

Prof. Dr. ÇETİN ÖZEK**

İSTANBUL 3. NO.'LU DEVLET GÜVENLİK

MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA

Dosya No. 1995-184

Konu: Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesinin T.C.K'nun 162. maddelerinin anayasaya aykırılığı aykırılığı iddiasına ilişkindir.

Giriş

Bu davada yargılanan eylem, esasen, "Terörle Mücadele Kanunu" nun 8. maddesinin insan haklarına, demokratik yaşama ve 1982 Anayasasına aykırı olduğu gerçeğini vurgulamak amacına yöneliktir.

Belirtilen nedenle, savunmanın iddia makamının anayasaya aykırılık itirazına katılması doğaldır.

Savunma, davada uygulanan yasa maddesinin anayasaya aykırılığı itirazının "ciddi"liği koşuluna değinmek ve 8. maddenin anayasaya aykırılığı konusunda başkaca gerekçeleri Mahkemenin takdirine sunmak istiyor.

* Sevgili meslektaşım Aysel Çelikel'e güzel yılların dostluğuyla

** İ.Ü Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Anayasaya Aykırılık İtirazının “Ciddi”liği Sorunu

I. Anayasa'nın 152. maddesinde, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.” denilmektedir. Anayasa'nın bu hükmüne göre, davada uygulanan normun anayasaya aykırılığı ihtimali üzerine Anayasa Mahkemesinin kararına başvurulması üç ayrı yöntemle yapılabilir:¹

a) *Davada uygulanacak kanun hükmünün, doğrudan doğruya mahkeme tarafından Anayasaya aykırı görülmesi:*

Bu durumda, mahkeme kendiliğinden normun anayasaya aykırılığı görüşünü benimsediği için, tarafların bu konuda istemi koşul olmadığı gibi, doğal olarak ayrıca “ciddilik” sorunu da söz konusu değildir.

b) *Taraflardan biri veya birden fazlası normun anayasaya aykırılığını iddia ettiğinde, iddianın mahkemece ciddi görülerek, bekletici sebep oluşturması:*

Bu durumda, mahkeme iddiayı benimsememekle beraber, “ciddi” gördüğü için sorunu Anayasa Mahkemesinin kararına sunmaktadır.

c) *Anayasa'nın 152. maddesinde açıkça belirtilmemekle beraber, mahkeme tarafların anayasaya aykırılık iddiasını, ciddiliğin ötesinde, “haklı” da görürse,*

anayasaya aykırılık iddiasını benimsemiş olur. Bu durumda, (a) bendinde belirtilen, mahkemenin normu anayasaya aykırı görmesi yöntemi gerçekleşmiş olur.

Belirtilen durumda, “iddianın ciddiliği” sorunu sadece, tarafların anayasaya aykırılık iddiasında bulunması ve mahkemenin bu iddiayı benimsememiş olması durumunda ortaya çıkmaktadır.

¹ Aybay, RONA, Anayasa'nın 151. maddesine göre taralarca ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarının “ciddi”liği sorunu, İHFM C. XXXII, Sayı 3-4, 1968(ayrı bası), 3-4

II- Tarafların anayasaya aykırılık iddiasında bulunması durumunda, mahkemenin uygulayacağı normun anayasaya aykırılığını özü açısından kabul edip etmemesi söz konusu değildir. Mahkeme, sadece, iddianın “ciddiliği” değerlendirmesi yaparak, bu konuda bir karara varmak durumundadır.

Gerçekten, tarafların istemi halinde, mahkemenin, normun anayasaya aykırılığı iddiasını, özü bakımından değerlendirerek karara varması kabul edildiğinden, Anayasa'nın 152. maddesinde birbirinden farklı iki ayrı yöntemin öngörülmesinin mantığı kalmamış olur. “İddianın ciddiliği” mahkemenin tarafların anayasaya aykırılık iddiasını, haklı görerek benimsemesi olarak kabul edildiğinde, esasen, mahkemenin “resen” anayasaya aykırılığı kabul etmesi söz konusu olur. Bu açıdan, anayasaya aykırılık iddiasının “ciddiliği” ile “yerindeliği”, “haklılığı” eş anlamda değildir.

III- Yasal sistem, hazırlık çalışmaları ve karşılaştırmalı hukuk kuralları da aynı sonuca varılmasını haklı kılmaktadır.

1-Tekrarlamak gerekirse, Anayasa'nın 152. maddesi, mahkemenin uygulanacak normu “anayasaya aykırı görmesi” ile “taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması” ayrımını yaparak, “ciddilik” ile “yerindelik, haklılık” kavramlarının farklılığını vurgulamış olmaktadır.

2-Nitekim, 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi de, Anayasa'nın yaptığı ayırımı paralel olarak, uygulanacak yöntem açısından farklı düzenleme yapmıştır.

- a) 28/1. maddeye göre, mahkeme uygulanacak normu anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı ile,
- b) Aynı Yasa'nın 28/2. maddesine göre ise. Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa “bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu konuya götüren görüşünü açıklayan kararı” Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.

Görülüyor ki, mahkeme kendisi uygulayacağı normu anayasaya aykırı görürse, kendisini karara götüren gerekçeleri belirtmek durumundadır. Bu gerekçe, uygulanan norm ile anayasal kural arasındaki çelişkinin varlığı görüşüne ilişkin gerekçesidir.

Buna karşın, tarafların istemi üzerine Anayasa Mahkemesine başvuru durumunda ise, mahkeme sadece iddianın ciddiliği konusundaki kararının nedenlerini belirtmek durumundadır.

3-Bilindiği gibi, normların anayasaya aykırılık denetiminin, anayasa yargısıyla gerçekleştirilmesi istemi, 1961 Anayasası ile kabul edilmiştir. 1961 Anayasası'nın ilk taslak metni, öğretim üyelerinden kurulu Anayasa maddesinde şu cümle yer almaktadır:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunu veya yasama meclisleri kararının herhangi bir hükmünü anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin bu yolla ileri sürdüğü iddianın ciddi ve haklı olduğu kanaatine varırsa...”²

Ön Tasarınının 178. maddesinde yer alan “haklı olduğu kanaatine varırsa” ifadesi, 1961 Anayasasınının 151. maddesinde yer almamıştır. Temsilciler Meclisi Tasarısında da, sadece “ciddilik” kavramına yer verilmiş, “haklılık” terimi kullanılmamıştır. Buna karşın, Temsilciler Meclisi anayasa tasarısı gerekçesinde, mahkemenin tarafların anayasaya aykırılık savını ciddi bulmaması halinde, salt bu karar açısından temyiz hakkının tanınmasına yönelik görüş kabul edilmemiş ve gerekçe olarakta, “iyi niyetli olmayan şahıslarca davaların uzatılmasına yol açacağı düşünülmüştür” denilmiştir.³

Bu olgu da, anayasaya aykırılık iddiasınının haklı görülmesi ile ciddi sayılmasınının eş anlamda kabul edilmediğini ve tarafların isteminin kabul edilebilmesi için mahkemenin talebi haklı görmesinin koşul olmadığını göstermektedir.

4- Anayasa'nın 152/2. maddesine göre, “Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır”.

5- Yargıtay'ın bir normun anayasaya aykırılığı konusunda denetleme yapmak ve karar vermek yetkisi olmadığına göre, Yargıtay'ın yapacağı denetleme de, sadece tarafların isteminin somut koşullar çerçevesinde, ciddi bir istem olup olmadığı sorunuyla sınırlı olmak gerekir. Yargıtay denetlemesi bakımından böyle bir sınırlama söz konusu

² ÖZTÜRK, T.C. Anayasası, C.I, Ankara 1966, 75

³ ÖZTÜRK, (2) , III, 3787 v.s.

olunca, mahkemenin “ciddilik” konusundaki kararının da, aynı sınırlar içinde düşünülmesi gerekir.

Aksi kabul edildiğinde, yani mahkemenin anayasaya aykırılık iddiasının haklılığını denetlemesi gerektiği öngörüldüğünde, Yargıtay’ın da, anayasaya aykırılık iddiasının yerindeliliğini, haklılığını değerlendirerek karar vermesi kabul edilmiş olur. Bu ise, salt Anayasa Mahkemesine ait bir görevin Yargıtaya devredilmesi anlamına gelir ki, olanak dışıdır.

6- Görülmekte olan bir davada uygulanacak normun anayasaya aykırılığının dava tarafından ileri sürülebilmesi olanağını kabul eden yabancı ülke yasalarında da, “iddianın ciddiliği” aranmaktadır. Bu ülkelerin uygulamasında da, “iddianın ciddiliği” haklılığı, “yerindeliliği” eş anlamda görülmemekte, ciddilik yeterli sayılmaktadır.⁴

Örneğin, İtalyan hukukunda “iddianın ciddiliği” konusu geniş olarak ele alınmıştır. 9 Şubat 1948 tarihli “Norme sui giudizi di leggitimita costituzionale e sulle garanzia d’indipendenza delle Corte” adlı Yasa’nın 1. maddesi, tarafların anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine gönderilmesini kural saymış, sadece istemin açık ve belirgin bir biçimde dayanaktan yoksun olduğu durumlarda mahkemeye istemi reddetmek yetkisini tanımıştır. 11 Mart 1953 tarihli, “Norme sulla costituzione e sul funzionamento delle Corte” nin 23. maddesi de, tarafların görülmekte olan davanın her aşamasında anayasaya aykırılık iddiasında bulunabileceklerini vurguladıktan sonra, normun anayasanın hangi kuralıyla çeliştiğinin açıklanması, gerekçe gösterilmesi durumunda, mahkemenin iddiayı dayanaksız sayamayacağını açıkça kurala bağlamaktadır. 23. maddeye göre, mahkeme, anayasaya aykırılık iddiası konusunda bir hüküm veremeyeceği gibi, anayasaya aykırılık iddiasının gerekçeleri açısından değerlendirme yapamayacak ve bu tür değerlendirmelerle, istemin dayanaktan yoksunluğu konusunda karar veremeyecektir.

İtalyan öğretisinde de, değinilen yasa kuralları yerinde görülmekte, anayasaya aykırılık iddiası konusunda mahkemenin karar vermeme- si, takdir yetkisinin sınırlandırılması, anayasal hakların güvence al-

⁴ KIRATLI, M., Anayasa Yargısında Somut Norm denetimi, Ankara 1966, 68

tına alınabilmesi için zorunlu görülmektedir.⁵

7- Türk hukuk öğretisinde de, anayasaya aykırılık iddiasının “ciddiliği” ile “iddianın haklılığı”nın farklı kavramlar olduğu anlayışı baskın görüştür. Bu görüşe göre, yukarıda değinildiği gibi, mahkeme anayasaya aykırılık iddiasının yerindeligi, haklılığı konusunda değil, iddianın ciddi olup olmadığı konusunda karar vermek durumundadır. Anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliğinin ölçütü konusunda ise, birbirine yakın değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, anayasaya aykırılık iddiasının iyi niyetle yapılmış olması, istemin ciddi olduğunu gösterir. Bu durumda mahkeme, sadece, anayasaya aykırılık iddiasının iyi niyetle yapıldığını saptamak ve gerekçelerini belirtmek durumunda değildir.⁶ Aksi kabul edildiğinde, mahkeme anayasaya aykırılık iddiasıyla ilgili görüş belirtmek zorunda bırakılmış olur. Bu zorunluluğun yaratılması, savunmanın mahkemenin süzgeçinden geçirilmesi sonucunu yaratır. Bu ise, savunma hakkının sınırlandırılması demektir. Böyle bir anlayış, anayasada yer alan savunma hakkı kavramıyla bağdaşmaz. Bu açıdan, davanın taraflarına tanınmış olan anayasaya aykırılık iddiasında bulunmak hakkı, ancak, iddanın mahkemece özü incelemeden Anayasa Mahkemesine gönderilmesi durumunda amaca uygun olarak kullanılmış olur. Anayasa Mahkemesi de, “ciddilik kararı”nın yerindeligi denetleyemez. Dava taraflarının itirazı üzerine mahkemenin yaptığı, genel hukuk kurallarına göre aracılık yapmaktır. Bu durumda, “itirazcı” mahkeme olmayıp, davanın tarafındır. Mahkeme, sadece, bakmakta olduğu davada tarafların iyi niyet kurallarına uygun” davranıp, davranmadığı ölçütünü kullanarak iddianın ciddi olup olmadığını belirleyecektir.⁷

Kııtlı'ya göre, mahkeme anayasaya aykırılık iddiasına katılmasa dahi “ kendisinin ve kamuoyunun tatmin edilmesi veya itiraz edilen kanunun her türlü şüpheden uzak şekilde tam bir vicdan huzuru ile uy-

⁵ CERETI Diritto Costituzionale, Padova 1965, II. 201 v.s.; Lavagna, Diritto Costituzionale, Milano, 334.

⁶ DURAN, L., İtiraz Yolu ile Anayasaya Aykırılık İddiası, İHFM C.XXX, no 1-4 (ayrı baskı), 9.

⁷ DURAN, L. (6), 19-23; Erem, F., Mesele-i Müstehire Olarak Anayasaya Aykırılık İddiası, Ankara 1962, .8.

gulanabilmesi için anayasaya aykırılık şüphesinin Anayasa Mahkemesinin otoritesiyle çözülmesini gerekli görerek itirazı ciddi görebilir. Mahkemenin, Anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliğini kabul etmesi, hiç olmazsa, bu iddianın esastan yoksun olmadığına kanaat getirmesi, ortaya konulan kanıtları 'hukuki bakımdan tartışılmaya değer' bulunduğunu ifade eder".⁸

Aybay'a göre de, "aykırılık iddiasının "ciddi"liğinden ne anlaşılması gerektiği konusunda da, kriter olarak 'hukuki bakımdan tartışılmaya değer' bulunmak kabul edilebilir"⁹ Bu görüşe göre, anayasaya aykırılık iddiasını tartışılmaya değer bulunması, mahkemenin iddiayı yerinde ve haklı görmesi anlamına gelmez. Fakat, böyle bir iddia karşısında kalan mahkeme, işi bu konuda asıl yetkili merci olan Anayasa Mahkemesine göndermek zorundadır.¹⁰

8- Gerçekten, bir normun anayasaya uygunluğu hukuksal tartışma konusu ise, hiç değilse anayasaya uygunluk açısından bir şüphe vardır. Hukuk devletinde, anayasaya aykırılığı tartışılmaya değer bir norma dayanılarak hüküm kurulmamak gerekir. Kaldı ki, anayasaya aykırılık iddiası savunma hakkı kapsamındadır. Bu açıdan, mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını benimsemese dahi, iddiayı "ciddi" saymak durumundadır. Mahkemenin, aykırılık iddiasını benimsemediği için, tarafların istemini reddetmesi savunma hakkının sınırlandırılması anlamına gelir.

Özetle, mahkemenin, tarafların istemi üzerine yapacağı değerlendirme, normun anayasaya aykırılığı sorunu ile ilgili olmayıp, görmekte olduğu dava çerçevesinde istemin "ciddilik" niteliği açısından dır. İddianın ciddiliği objektif olarak saptandığında, davanın esasına taalluk eden anayasaya aykırılık savunması ve bu savunmanın öz bakımından çözüm yeri Anayasa Mahkemesidir.

9- Değinilen hukuksal verilen ışığında değerlendirildiğinde, Terörle

⁸ KIRATLI, M. (4) , 68-69. Benzeri görüş için bk. AZRAK, Ü., Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa düzenindeki yeri-teşkilatı- fonksiyonları, İHFM, 1962, C. XXVIII, s. 3-4, 687.

⁹ AYBAY, R., (ayrı baskı), s. 21-22.

¹⁰ KUNTER, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, 523.

Mücadele Yasası'nın 8. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasının "ciddiliği" tartışmasız kabul edilmek gerekir.

Uygulanacak normun Anayasaya aykırılığı iddia makamı tarafından ileri sürülmektedir. "Savunma" da 8. maddenin Anayasaya aykırı olduğu görüşündedir.

Böylece iddia ve savunma aynı iddiada birleşmektedir ve Savcı'nın devlet adına iddiada bulunan bir makam olması nedeniyle "anayasaya aykırılık iddiası"nın esasen "ciddi" olacağı ve ciddilik değerlendirilmesine konu olamayacağı görüşü dahi ileri sürülmüştür.¹¹

İddia ile savunmanın aynı görüşte birleşmesi dahi, iddianın ciddiliğinin kanıtı değil midir?

10- Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiası, tartışılmaya değer olmaktan çıkmış, esasen tartışılan bir hukuksal konu olmuştur. Konunun uzmanlarından çoğu, 8. maddenin anayasaya aykırı olduğu konusunda görüş açıklamışlardır. Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesi, Hükümetin hazırladığı "demokratikleşme paketi"nde baş yeri almış ve değiştirilmesine yönelik hükümet tasarıları hazırlanmıştır. Değişiklik tasarıları biribirini izlerken, Anayasaya aykırılığı, demokratik siyasal yaşamla çelişik olduğu konusunda uzlaşmazlık yok gibidir. Tartışılan, hiç değilse görünüşte, 8. madde ile "korunan hukuksal konu" güvencesiz bırakılmadan, Anayasaya uygun bir yasal düzenleme oluşturulmasıdır.

Bu konuda örnek vermek gerekirse, Adalet Bakanlığınca hazırlanan 21. 10. 1994 tarihinde kararlaştırılan "Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine dair Kanun Tasarısı"na ilişkin T.B.M.M. Adalet Komisyonu Raporunda:

"Diğer taraftan, Ulusal ve Uluslararası düzeyde pek çok tartışma ve eleştiriye neden olan yürürlükteki 8. maddenin "hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan her türlü yazılı ve sözlü propaganda yasaktır" hükmü belirsizlikler içermektedir. Gerçekten de maddenin bu ifade biçiminin son derece soyut olması, her türlü propagandanın madde kapsamına alınmasına olanak sağlama-

¹¹ EREM, F. (7), 11

sı, düşünce özgürlüğüne, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde aşırı bir sınırlama getirmesine olanak sağlamaktadır. Bu nedenle mevcut 8. maddenin, düşünce ve anlatım özgürlüğü konusunda yaşanan somut bazı sorunlar karşısında Devletimizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir.” denilmektedir.¹²

Belirtilen durumda, Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasının, her durumda “ciddi” bir iddia olduğu kabul edilmek gerekir.

Anayasaya Aykırılık İddiasının Gerekçeleri

I- İddia makamının, Terörle Mücadele Yasası'nın, 8. ve T.C.K.nun 152. maddelerinin anayasaya aykırı olduğu görüşüne aynen katılıyoruz.

TMY'nin 8. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda, iddia makamının dayandığı gerekçe dışında kalan başkaca hukuksal sebeplerin de varlığına inanıyoruz. Şimdilik, TMY'nin 8. maddesinin anayasaya aykırılığına yol açan sebepleri, kısaca açıklayarak sıralamakla yetiniyoruz. Mahkemeniz'in anayasaya aykırılık iddiamızı ciddi görmesi durumunda, sıraladığımız aykırılık sebeplerine ilişkin ayrıntılı dilekçemizi sunacağız.

II- TMY'nin 8. maddesi “ceza sorumluluğunun şahsiliği” kuralı ile çeliştiği için Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.

“Ceza sorumluluğunun şahsiliği” kuralı, “kişinin kendi kusurlu eyleminden sorumlu tutulması” anlamına gelir. Bu açıdan, kişinin kusuru aranmadan eyleminden sorumlu tutulması, objektif sorumluluktur. Objektif sorumluluk, kişinin eylemi ile zarar veya tehlike neticesi arasında “nedensellik bağı”nın bulunmasının sorumluluk için yeterli görülmesi anlamına gelir. Hareket ile netice arasında salt nedensellik bağının varlığı, iradi eylemin kusurlu olduğunu göstermez. Bu nedenle, ceza sorumluluğunun şahsiliğini, kişinin kendi eyleminden sorumlu tutulmasından ibaret görmek yanılığlı bir değerlendirmedir.

¹² T.B:M.M. Dönem 19. Yasama Yılı 4., Sayısı 745. 8-9

Kişinin başkasının eyleminden sorumluluğu da, kusuru aranmaksızın kendi eyleminden sorumluluğu da objektif sorumluluktur.

Ceza hukuku alanında kişinin sorumlu tutulması, normun hukuka aykırı saydığı bir neticeye yönelik bir eylemi bilerek ve isteyerek işlemesine, diğer bir deyişle kusurun varlığına bağlıdır. Nitekim, T.C.K. nun 45. maddesinde yer alan “cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır” kuralı ceza hukuku alanında, kusurun aranmadığı objektif sorumluluğun gezçersizliği anlamına gelmektedir. Eylemin iradiliği ile kusurluluğu aynı anlama gelmez. “İrade”, sadece, bireyin davranışlarında seçme yeteneğinin varlığı anlamına gelir ve “isnat kabiliyeti”ni ilgilendirir. Kusur ise, normun hukuka aykırı saydığı neticenin bilinip istenmesidir. “İrade” psikolojik, “kusur” ise normatif bir sonucudur. Bu açıdan, ceza sorumluluğunun şahsiliği kavamı, kişinin kusurlu eyleminden sorumluluğu olarak anlaşılmalıdır. Ancak kusurlu hareketin varlığı durumunda, bireyin eyleminin hukuk düzeneyle çeliştiği kabul edilebilir. Kusursuz bir eylem, iradi olsa dahi, ceza hukuku alanı ilgilendiren bir hukuka aykırılığa neden olmaz. Ceza sorumluluğu kusur sorumluluğu olduğuna göre, ancak bireyin kusurlu hakereti, “şahsi eylemi” sayılabilir.¹³

Nitekim, ceza sorumluluğu'nun kusur sorumluluğu olması, Roma hukukundan günümüze gelen ve kişi güvencesini sağlamaya yönelik bir kuraldır. Gerçekten, roma hukuku “Nullum crimen sine culpa-kusursuz suç olmaz” kuralı ile sübjektif unsura gereken önemi verdikten sonra “cogitationis poenam nemo patitur- kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz”, esasını getirmekle, fikir ve vicdan hürriyetini belirtti ve kimsenin sırf düşünce, kanaat ve fikirlerinden dolayı tutulamayacağını, cezalandırma fonksiyonunun harekete geçebilmesi için, kusurluktan başka, teşebbüs çerçevesine giren bir icra başlangıcının da bulunmasının gerekli olduğunu tesbit etti.¹⁴ Böylece, demokratik, şahsi ceza sorumluluğunun “eylem kusur sorumluluğu” olduğu ortak anlayış olmuştur.

¹³ PETROCELLI, *Colpavolezza*, Padova 1962, 27, 31-32; Bettiol, *Aspetti politici del diritto penale*, 44; Özek, Ç., *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul 1972, 306-310

¹⁴ DÖNMEZER / ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, İstanbul 1994, 198-199

Kusurun aranmadığı objektif sorumluluk, tarihin eski çağlarının bugün lanetlenen, hor görülen bir sorumluluk uygulamasıdır. Nitekim, “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralı, Mussolini’nin faşist yönetiminin, ceza sorumluluğunu objektif temele oturtmak yönelişine tepki olarak ve ilk kez İtalyan Anayasasının 27. maddesinde yer almıştır. Ceza sorumluluğunun anayasal kural haline getirilmesiyle, objektif sorumluluğun önlenildiği, kişi güvencesinin sağlandığı kabul edilmektedir.¹⁵

Aynı şekilde, objektif ceza sorumluluğunu önlemek amacıyla 1961 Anayasasının 33. maddesinde “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralına yer verilmiştir. 1961 Anayasası’nın Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde: “İnsanların başkalarının fiilinden dolayı cezalandırmaya cür’et edebilen totaliter rejimlerin insanlığa getirdiği tecrübelerden sonradır ki, Kimsenin yalnız kendi fiili ve ihmalden sorumlu olabileceği esasının anayasalarda yer alması lüzumu bilhassa hissedilmektedir” denilmektedir.¹⁶

1961 Anayasası’nın 33. maddesinde yer alan kural aynen 1982 Anayasası’nın 38. maddesinde de tekrarlanmıştır.

TMY’nin 8. maddesi, bireyin hukuka aykırı bir neticeye yönelik iradesini diğer bir deyişle kusurlu hareketini aramadığına göre objektif ceza sorumluluğunu benimsemiştir. Bu açıdan, yukarıda değinilen açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde, TMY’nin 8. maddesi “ceza sorumluluğunun şahsiliği” kuralına ve dolayısıyla Anayasa’nın 38. maddesine aykırı sayılmak gerekir.

III- TMY’nin 8. maddesi suçların kanuniliği kuralına ve dolayısıyla Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır.

Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan “suçta kanunilik” kuralı, kişinin hangi eyleminin suç sayılacağına eylemin işlenmesinden önce suç olarak tanımlanmış olması zorunluluğu anlamına gelmektedir. TCK’nun 1. maddesinde de yer alan bu kural, bireyin korkusuz, kuşkusuz davranış özgürlüğünü sağlamak amacına yöneliktir. Bu amaca ulaşılabilmesi, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanının kesin çizgileriyle belirgin olmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle, suç sayı-

¹⁵ ROSSI, lineamenti di diritto penale costituzionale, Palermo 1963, 170; CRISAFULLI / PALADIN, Commentario breve alla Costituzione, 1990, 193.

¹⁶ ÖZÜTÜRK, (2), Ankara 1966, 1688

lan eylemin belirgin şekilde tanımlanmış olması, suçun unsurlarının tanım normunda kesin olarak saptanmış bulunması gerekir. Belirgin, kesin ve açık olmayan suç tanımları suçta kanunilik kuralına uygun değildir. Belirgin olmayan, hangi eylemin tanımın kapsama girdiği konusunda kuşku yaratan norm, suçta kanunilik kuralında beklenen amaca cevap vermez. Kanunilik ilkesine uygun davranılmadığından, kişinin kendi fiil ve hareketlerine egemen olmak iktidarı yok edilmiş olur. Elastiki tanımlar da bu sonucu yaratır ve toplumsal savunma amacıyla da olsa bireyin korunması amacı yok edilmiş olur. Toplumsal savunmayı sağlamak amacıyla bireyin korunması maksadı ancak suçta kanunilik kuralına uygun davranılarak bağdaştırılabilir.¹⁷

Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihte yayınlanan, oybirliği ile verdiği bir kararında da, "suçta kanunilik kuralı"na ilişkin değindiğimiz görüşler benimsenmiştir.¹⁸

Gerçekten, belirtilen kararda, aynen:

"Dayanağını Anayasa'nın 38. maddenin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde de yer alan 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye yer verilmeyecek biçimde belirlenmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir. Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Yasayı bilmemenin özür sayılamayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesce anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur. Nitekim, Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde "kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye verilemez" denilerek bu husus vurgulanmıştır" denilmektedir.

Terörle Mücadele Yasası'nın değiştirilmesine ilişkin, yukarıda değin-

¹⁷ DÖNMEZER / ERMAN, (14) I, 17 .

¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 6.7. 1993 gün ve 1993/5 E., ve 1993/25 sayılı kararı, Resmi Gazete s. 18

diğimiz Hükümet Tasarısında yer alan, diğer taraftan, ulusal ve uluslararası düzeyde pek çok tartışma ve eleştiriye neden olan yürürlükteki 8. maddenin “hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan her türlü yazılı ve sözlü propaganda yasaktır” hükmü belirsizlikler içermektedir. Gerçekten de maddenin “bu ifade biçiminin son derece soyut olması, her türlü propagandanın madde kapsamına alınmasına olanak sağlaması, düşünce özgürlüğüne, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde aşırı bir sınırlamak getirmesine olanak sağlamaktadır.” cümlesi, Anayasa Mahkemesi kararı kapsamında, TMY’nin 8. maddesinin “suçta kanunilik kuralı”na ve dolayısıyla Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığının itiraf edilmesi anlamına gelmektedir.

IV- TMY’nin 8. maddesi “ölçülülük kuralına” aykırıdır.

1- 3713 sayılı yasa, genelde, “terör eylemlerini” engellemek ve böylece, devletin siyasal iktidar düzenini, anayasal sistemini korumak amacıyla çıkartılmıştır ve bu nedenle “hazırlık başlangıcı” niteliğindeki eylemleri cezalandırmaktadır. “hazırlık ve hazırlık başlangıcı hareketleri”nin cezalandırılmasıyla, “zarar neticesi”nin önlenmesi amaçlanmaktadır. Gerçekten, bu tür hazırlık hareketleri’nin “korunan hukuksal değer” açısından “zarar tehlikesi” yarattığı ve bu nedenle hazırlık hareketleri’nin, genel kurallara aykırı olarak “suç” sayıldığı kabul edilmektedir.¹⁹

TMY’nin 8. maddesi, “ulus ve ülke bütünlüğünü bozmayı hedef alan propaganda”yı suç saydığına göre, bu “suç”un varsayılabilmesi için, propaganda eylemi’nin, T.C.K’nun 125. maddesinde öngörülen “zarar suçu”nun işlenmesi konusunda “yakın zarar tehlikesi” yaratacak nitelikte bulunması gerekir.²⁰ Belirtilen durumda, propaganda eyleminin cezalandırılmasındaki amaç, ülke ve ulus bütünlüğüne yönelik “zarar neticesini önlemek” olduğuna göre, bir açıklamanın, propagandanın “suç” sayılabilmesi için, korunan hukuksal değer açısından “somut zarar tehlikesi” yaratacak nitelikte olması gerekir. Bütün “zarar tehlikesi suçları” açısından geçerli olan bu kural, devlete karşı suçlar aç-

¹⁹ VASSALLI, 783 v.s – Özek, Ç. Siyasal İktidar Düzeni ve Fonksiyonlarına Karşı Cürümler, İstanbul 1967, 344 v.s..

²⁰ MANZINI / NUVOLONE, IV, 384 v.s

sından da geçerlidir.²¹

TMY'nın 8. maddesi, "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmağı hedef alan..... propaganda...." yapılması durumunda uygulanabilir. "Ülke ve ulus bütünlüğünü parçalamağa" yönelik "zarar suçu" T.C.K.nun 125. maddesinde yer alan suçtur.

Bu durumda, 8. madde kapsamında, "tipik" bir propaganda eyleminin varlığı için, T.C.K.nun 125. maddesine girecek bir icra hareketini, "tahrik, teşvik, telkin eden" görüş açıklamaları'nın yapılması gerekir. Ancak bu durumda, 125. maddedeki suç'un işlenmesi açısından "zarar tehlikesi" söz konusu olabilir.

Nasıl 125. maddede, "...matuf fiil..." ifadesi kullanılarak, suçun tamamlanması açısından "icra hareketlerine başlanması", somut eylem ile "zarar neticesi" arasında "nedensellik bağı" aranıyorsa²² 8. madde açısından da, propaganda eylemi'nin 125. maddedeki suç'u icra hareketlerine girişilmesi açısından "uygun" nitelik taşıması aranmak gerekir.

Propaganda eylemi, nitelik ve içerik açısından, 125. madde kapsamında bir icra hareketi'nin işlenmesine "uygun" değilse, "zarar tehlikesi" doğmadığı için, bu eylemin cezalandırılması, salt "düşünce açıklaması"nın cezalandırılması anlamına gelir. İtalyan öğretisi ve uygulamasında da, esasen istisnai bir cezalandırma türü olan "hazırlık hareketleri suç tipi" eyleminin, ancak "zarar neticesini yaratmağa uygun içeriği" nin bulunması durumunda varsayılacağı kabul edilmektedir.²³ Kaldı ki, "amaç suç"a ilişkin "icra hareketi" ile "hazırlık ve hazırlık başlangıcı" hareketinin aynı sonuca yönelik olması hukuksal bir gerekliliktir. Bir "hazırlık hareketi"nin varlığından söz edilebilmesi için, eylemin, işlenmek istenilen "amaç suça" yönelik irade ile işlenmesi gerekir; bir eylemin, bir suça ilişkin "hazırlık hareketi" olup olmadığı, ancak failin amacı ile belirlenebilir.

Değinen hukuksal doğru, 8. madde açısından da geçerlidir. T.C.K.'nin 125. maddesindeki suç, "özel kast" ile işlenebilir. Maddede kulla-

²¹ GALLO / MUSCO, delitti contro l'ordine costituzionale, Bologna 1984, 92 v.s..

²² RAGNO, Attentato Alla Costituzione, Milano 1974, 231 v.s.; GALLO / MUSCO 29 v.s.

²³ MANZINI, Trattato di Diritto Penale, IV, Tarino 1926, 20-21

nılan, "...matuf fiil..." deyişi, "özel kast"ın varlığını zorunlu kılmaktadır.²⁴ "Amaç suç"u oluşturan 125. maddeki suç, ancak "özel kast"ile işlenebildiğine göre, bir propaganda eylemi'nin, amaç suç'un işlenmesine yönelik olup olmadığı da, ancak propaganda eylemi faili'nin "özel kastı" incelenerek saptanabilir.

2 - "Zarar tehlikesi suçları"na ilişkin değinilen bilimsel doğruların hiçbirisi TMY'nin 8. maddesi açısından geçerli değildir. 8. maddede, "Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda..", failin kastı ve propaganda'nın suç sayılmaktadır. Böyle bir suç tipiyle, yukarıda değinildiği gibi, suçta kanunilik, ceza sorumluluğunun şahsiliği kurallarına aykırı olarak, bireyin düşünce açıklamak ve halkın bilgilenmek hakkı sınırlanmaktadır.

Belirtilen durumda, 8. maddenin, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen, "temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" sebepleri dışında kalan ve Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen "temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması" kapsamında olmayan eylemleri de cezalandırdığı kabul edilmek gerekir.

Gerçekten, Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün..... korunması amacı ile.... Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir" denilmektedir. Halbuki, 8. madde, propagandanın "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne" zarar verecek nitelikte olup olmadığı araştırılmadan ve failin kastı aranmadan uygulanabilmektedir. Bu açıdan, 8. madde, hak ve hürriyetlerin sınırlanma ölçüsünü aşan bir sınırlama getirmektedir.

Aynı şekilde, 14. maddenin öngördüğü, devletin ülkesi de milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak amacı ve etkisi bulunmayan eylemler de, 8. maddeye göre cezalandırılabilen ve böylece temel hak ve hürriyetler kötüye kullanılmasa da sınırlanmaktadır. Kısa bir deyişle, 8. madde ile getirilen "yasak" Anayasa'nın 14. maddesinin kapsamını aşan, anayasal dayanağı olmayan bir yasaktır.

²⁴ MANZINI, IV. 221-222; CRESPI / STELLA / ZUCCALA, Codice Penale, Padova 1988, 442

3- TMY'nın 23. maddesi ile, TCK'nun 141, 142 ve 163. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

3713 sayılı Yasa'nın "Genel Gerekçesi", T.C.K.nun 141., 142., 163. maddelerinin kaldırılması gerekçesi olarak, şu ifadeye yer vermiştir:

"Bir yandan Anayasa'nın tanıdığı temel hak ve hürriyetlere saygısı olmayan, şiddeti vasıta edinmiş terörizmle mücadele ederken, diğer taraftan çağdaş demokratik toplum düzenine ulaşmak için şiddeti vasıta kılmayan düşünceleri ifade etme hürriyeti ile şiddeti benimsemeyen düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı hükümlerde de iyileştirici düzenlemeler yapmak gerekmektedir"

Aynı gerekçede, T.C.K.nun 141., 142. ve 163. maddeleri, "şiddeti ön görmeyen düşünceleri cezalandırdığı" için eleştirilerek, demokratik ve liberal olmamakla suçlanmakta ve yasa'nın amacı da:

"Milli bünyeyi sarsacak yıkıcı cemiyetlerin ve bu cemiyetlerin şiddet kullanmak suretiyle vaki olacak fiili hareketlerinin menedilmesi şüphe yok ki bir zarurettir. Ancak bu yapılırken düşünceyi ifade hürriyeti ile düşünce etrafında örgütlenme hürriyetinin de zedelenmemesi gerekir. Nitekim, Ceza Kanunu'nun 141., 142. ve 163. maddeleri, mevcut şekilleriyle, düşünceyi ifade hürriyeti ile düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı mahiyet iktisap etmişlerdir. Bu sebeplerle, hem devletin maddi düzenini korumak ve hem de düşünceyi ifade ve örgütlenme hürriyetini sağlamak ve böylece iki hukuki menfaati dengeli ve çağdaş demokratik hukuk düzenine uygun hale getirmek için bu maddeleri yürürlükten kaldırarak, bunların yerine yeni hüküm getirmek zorunluluğu ortaya çıkmıştır" şeklinde belirtilmiştir.²⁵

Belirtilen görüşlere karşın, TMY'nın 8. maddesi, 141., 142. ve 163. maddelere oranla temel hakları daha sınırlayıcı niteliktedir. 141, 142. ve 163. maddelerin uygulamasında, failin kastına ve zarar neticesine uygunluğuna önem verilmiştir. 8. madde ise, değinilen hukuksal unsurları bertaraf etmiş ve hukuka aykırılık alanının keyfi bir şekilde doldurulması olanağını yaratmıştır. Böylece, TMY'nın 23. maddesinin gerekçesinde T.C.K.nun 141., 142. ve 163. maddelerin demokratik ol-

²⁵ AKBULUT, İ., Gerekçeli Terörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması, İstanbul 1993, s.5- 6.

madığı belirtilerek, 8. maddenin de, öncelikle, demokratik olmadığı itiraf edilmiş olmaktadır.

Kaldı ki, TMY'nın değiştirilmesine yönelik hükümet tasarısı gerekçesinde de,

“Gerçekten de maddenin bu ifade biçiminin son derece soyut olması, her türlü propagandanın madde kapsamına alınmasına olanak sağlaması, düşünce özgürlüğüne, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde aşırı bir sınırlama getirmesine olanak sağlamaktadır. Bu nedenle mevcut 8 inci maddenin, düşünce ve anlatım özgürlüğü konusunda yaşanan somut bazı sorunlar karşısında Devletimizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir.” denilerek, 8 maddenin, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz” kuralına ve dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu kabul edilmiş olmaktadır.²⁶

V- 8. madde “bilgilenme hakkını” engellemektedir.

Klasik demokrasi anlayışı kapsamında kalındığında, halkın bilgilenme hakkının sınırlandırılması ve bu nedenle gerçeğe uygun haber ve bilgi dolaşımının suçlanması kabul edilemez. Demokrasilerde, hükümetlerin halkından gizleyeceği şey olmayacağı için “bireyin bireysel bilgilenme hakkı”nın sınırlanamayacağı kabul edilmektedir. Bireysel bilgilenme “hak” olduğuna göre bu hakka işlerlik sağlayan, kitle iletişim araçlarının “doğru ve yaygın haber dolaşımı” özgürlüğü de engellenemez.²⁷ Gerçekte, “bilgilenme hakkı” bir açıdan, “çağdaş doğrudan demokrasi” sistemini sağlayan ve despotik davranışları engellemeye yönelik bir işlerlik sağlamaktadır.²⁸

Gerçekten, “özgür”, “yaygın”, “saptırılmamış” haber ve bilgi dolaşımı’-

²⁶ “Demokratik toplum düzeni” ve “ölçülülük kuralı” konusunda bkz. TANÖR, B., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1994, 208 v.s.

²⁷ FOIS, S., “Nuovi diritti” di liberta, in “Nuove dimensioni nei diritti di liberta” Padova 1990, 81 v.s.

²⁸ Perez LUNO, Generazione dei Diritti Umani, in “Nuovi Diritti Dell’Eta Tecnologica” Milano 1991,143

nın sağlanması, “doğrularla bilgilenmiş birey”i yaratacaktır. Bu açıdan, düşünce açıklama özgürlüğünün varlığı, bilgilenmiş toplumu oluşturacaktır. Böylece, kişilerin sağlıklı siyasal tercihlerde bulunabilmesi, demokratik sisteme işlerlik kazanması sağlanabilecektir.

Düşünce açıklamak özgürlüğü, belirtilen nedenle, çağımızda, “halkın bilgilenme, gerçekleri öğrenme hakkının” gerçekleştirilmesini sağlayan, vazgeçilmez bir değer olarak görülür ve düşünce açıklamak hakkının engellenmesiyle, gerçekte, halkın bilgilenme hakkının sınırlandırıldığı kabul edilir.

Belirtilen nedenledir ki, çağdaş anlayış çerçevesinde, özgür, yaygın, doğru haber ve bilgi dolaşımının, çok yönlü düşünce açıklamak olanaklarının sağlanması ve böylece “halkın bilgilendirilme hakkının” gerçekleştirilmesi, siyasal iktidarın yükümlülüğü olarak kabul edilir. Siyasal güç, bilgilenmeyi sağlamak ve bilgilenme engellerini önlemekle görevlidir.

“Haber, bilgi dolaşımı”, bireyler’in, topluca, toplumu ve dünyası ile ilgili olguları, bilgileri, her türden görüşleri öğrenmesini sağlar. Bu açıdan, “özgür haber dolaşımı” da bireylerin temel ve sınırlanamaz hakkıdır. Demokrasiler “çoğulcu” olduğu için, haber dolaşımı da “çok yönlü” olmak gerekir. Günümüzde, demokrasilerde “ortak hukuk” oluşmuştur. Haber dolaşımı’nın “çok yönlü” olması da ortak hukuk’un temel kurallarındandır. Bu açıdan, haberin, bilgi’nin konusu ne olursa olsun, halkın bunları öğrenmek hakkı vardır. Birey’in bireysel veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla bilgiye ulaşabilmesi, “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” kapsamında görülmektedir²⁹.

TMY’nın 8. madde, belirtilen hukuksal niteliği ile, düşünce açıklamak ve bilgilenmek hakkını da yok edebilecek yapıdadır. Bu nedenle de, 8. madde, “demokratik düzen” kuralıyla ve Anayasa’nın 17. maddesiyle çelişmektedir.

²⁹ BARILE, P., Nuovi diritti e libertà fondamentali, in Nuovi Diritti dell’Eta Tecnologica, 9 v.s.

İSTEM

Yukarıda yapılan açıklamalar ve TMY'nin 8. maddesinin Anayasa aykırılığına ilişkin gerekçeler göz önünde tutularak Anayasa'nın 152. maddesine uygun olarak, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına karar verilmesini talep ve kabulünüze sunarım.