

Darbelerin Mahkûm Edilmesi, Demokrasiye Musallat Olan Darbecilerin Etkisiz Hale Getirilmesi En Büyük Dileğimizdir*

Vedat Ahsen Coşar

Sayın Başkan,

Değerli Konuklar,

Sizleri sevgi ve saygı ile selamlıyorum.

Önce anayasa, anayasacılık, anayasal devlet kavramları ile ceza hukuku üzerine genel bir sunuş yaptıktan sonra panelimizin konusu üzerinde yoğunlaşacağım.

Değerli Konuklar,

Avrupa'da mutlakıyetçi yönetimlerin gerilemesi ile birlikte, devlet gücünün dizginlenmesi ve denetlenmesi için yararlanılabilecek teknikleri arama çabaları sonucunda doğan ve modernizmin ürünü olan anayasa kavramının özü, devlet iktidarının kurullarla sınırlandırılması ve bu yolla siyasal alanda keyfiliğin önlenmesi düşüncesine dayanır.

Devlet iktidarının sınırlandırılması düşüncesi ilk kez *Locke'un* savunduğu ve kullandığı *limited government/sınırlı devlet* anlayışını gerçekleştirecek bir kurumsal düzenleme arayışı içindeki *liberal siyasal düşünce* ve bu düşünceyi tamamlayan *kuvvetler ayrılığı ilkesi*, *doğal hukuk* ve yine *Locke'un sosyal sözleşme teorisiyle* birlikte gelişmiştir.

Nitekim, 1776 yılında kabul edilmekle dünyanın ilk yazılı anayasaları olan *Virginia*, *Maryland* ve *Pennsylvarya Anayasaları* ile 1787-1791 tarihli *Amerikan Anayasası'nın* hazırlanma sürecindeki tartışma ve görüşler ile *Amerikan Anayasası'nın* kurucu babalarının savundukları siyasal felsefeyi yansıtan

en temel kaynak olan *Federalist Papers/Federalist Belgeler*'deyer alan bilgiler, *Amerikan Anayasası'nın* temel referanslarının *doğal hukuk öğretisi*, *kuvvetler ayrılığı ilkesi*, özellikle *Locke'un sosyal sözleşme kuramı* ile bunlardan türetilen *siyasi iktidarın sınırlandırılması düşüncesi* olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

O nedenle, *Amerikan Anayasası'm* hazırlayanlar, birey hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda en önemli tehlike olarak gördükleri iktidar temerküzünü, bu bağlamda iktidarın bir kişi veya kurulun elinde toplanmasını önlemek amacı ile *check and balance/denetleme ve dengeleme* olarak isimlendirilen, yasama, yürütme ve yargı erklerinin hem birbirinden bağımsız olmaları ve hem de birbirini denetleyip dengelemeleri üzerine kurulu olan ve *Locke* ile başlayıp *Montesquieu* ile bugünkü biçimini alan *kuvvetler ayrılığı ilkesini*, bu ilkeye en uygun model olan *başkanlık sistemini*, *federalizmi*, *çift meclisi* esas alan bir devlet örgütlenmesini yeğlemişlerdir.

Amerikan Anayasası'm izleyen 1791 tarihli ilk *Fransız Anayasası'm* hazırlayanların anayasa kavramından anladıkları da, kralın iktidarını sınırlayan hukuki ve siyasal bir metindir. Nitekim iktidar temerküzünün önüne geçilebilmesinin ve bu amaçla iktidarın sınırlandırılmasının bir aracı olarak, *Fransız Anayasası'ndan* önce hazırlanan *1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin* l6.maddesi '*Hakların güvence altına alınmasını sağlamayan, kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsenmeyen toplumlar, asla bir anayasaya sahip değildirlere*' hükmünü ortaya koymuştur. Bu hükmü göz önüne alan Fransızlar, daha sonra yaptıkları tüm anayasalarında kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlı kalmışlardır.

Anayasa'nın devlet iktidarını sınırlayan, birey hak ve

* Demokrasi ve Özgürlük İçin Avrupa Yargıçlar Birliği (MEDEL), Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV), Türkiye Barolar Birliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından 16 Mart 2009 Tarihinde düzenlenen "Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçların Soruşturulması Yöntemi" konulu panelde Ankara Barosu Başkanı'nın Yaptığı Konuşma.

özgürlüklerini güvence altına alan bir belge olması siyasal bir tercihi yansıtır. Bu siyasal tercih ve nitelik anayasal devleti anayasası olan devletten ayırır. Anayasanın diğer bileşenini oluşturan devlet örgütlenmesi, diğer bir deyişle devletin statüsü olması ise onun hukuksal niteliğini oluşturur.

Ülkedeki en üst norm olmakla, başta yasama, yürütme ve yargı organları olmak üzere her kuruluş ve kişinin anayasaya uyması gerekir. Bu, bizim anayasamızın da kabul ettiği anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir.

Bu çerçevede işaret etmek gerekir ki, anayasaya aykırılık ile anayasayı ihlal kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Ülkemizdeki anayasal düzene göre, anayasaya aykırılık denetimini yapmak Anayasa Mahkemesi'nin görevi olup, anayasaya aykırı davranmanın yaptırımı söz konusu yasanın iptalidir. Bu durumda anılan yasaya, yasama organında oy vermiş olan milletvekillerinin herhangi bir sorumlulukları yoktur. Bu 'mutlak dokunulmazlık ilkesi'nin gereğidir.

Buna karşılık anayasayı ihlal etmek, cezalandırılması gereken bir eylemdir, bir suçtur. O nedenle bu eylemin yaptırımı cezaidir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 309.maddesi hükmüne göre "cebir ve şiddet kullanmak suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmenin yaptırımı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır."

Değerli Konuklar,

Hepimizin çok iyi bildiği üzere, ceza yasaları bireyin hak ve özgürlüklerine çok etkili biçimde müdahale eden yaptırımları içeren yasalardır. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, bir ülkedeki Ceza Yasası'na, Ceza Muhakemeleri Yasası'na ve bunların uygulanmasına egemen olan felsefe, ilke ve tercihler, o ülkedeki siyasi rejimin niteliğini gösterir.

Bu anlamda, Konfüçyüs'ün '*bir ülkenin nasıl yönetildiğini anlamak istiyorsanız şarkularına bakın*'' maksiminden hareketle, '*bir ülkenin nasıl yönetildiğini anlamak istiyorsanız, ceza yasalarına ve bunların uygulanma biçimine bakın*' demek her halde yanlış olmayacaktır.

En büyük öğreticilerden birisi olan tarih bize göstermiştir ki, totaliter devletler, gerek kendi ideolojilerini benimsetmek, gerekse rejimlerini ayakta tutmak için ceza yasaları yoluyla ve öncelikle birey hak ve özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar, ya da bütünüyle ortadan kaldırmışlardır.

Nitekim 1. Dünya Savaşı sonrasında İtalya'da yönetimi ele geçiren faşistler ile Almanya'da iktidara gelen naziler, Ekim Devrimi'nden sonra ve özellikle Stalin döneminde komünistler, hem kendi ülkelerinde ve hem de işgal ettikleri ülkelerde, başta ceza yasaları olmak üzere tüm mevzuatlarını otoriter/totaliter anlayışa göre değiştirmişlerdir.

Demokratik hukuk devletleri ise, bireyin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacı ile anayasalarında siyasal iktidarın kullanılmasını birey hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırmışlar, yanı sıra ceza yasası ile ilgili temel ve evrensel ilke ve tercihlere anayasalarında yer vermişlerdir.

Daha da ötesi, geride bıraktığımız yüzyılda demokrasinin başlıca muhalifi olan totalitarizmin, insanlığa yaşattığı derin ve unutulmaz acılardan hareket eden insanlık âlemi, insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve önlemlere maruz kalmaması amacı ile başta İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, birçok uluslararası sözleşme ve belgede bireyi ceza yasalarının keyfi uygulamalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer vermiştir.

Bu genel açıklamalardan sonra genelde her türlü suçun soruşturulmasında, özelde bu panelin konusunu oluşturan anayasaya karşı işlenen suçların soruşturulmasında, kamu adına hareket eden, suç ve suçluları toplumun huzuru, güveni ve yararı için takip eden, soruşturan, bu amaçla iddia eden, iddiasının ve iddiası içinde yer alan ithamın dayanağını oluşturan kanıtları toplayan ve gerektiğinde dava açan savcılara, gerek insan haklarının korunması ve insan haklarına saygılı olunması, gerekse adil yargılanma hakkı bağlamında önemli görevler düşmektedir.

Bu çerçevede işaret etmek gerekir ki, iddia etmek, iddianın ve ithamın dayanağını oluşturan kanıtları toplamak, savcı için nasıl bir görev ise, lekelenmemek de şüphelinin/samim hakkıdır. İtham edilmiş bile

olsa, suçlu olduğunun kanıtlanmasına kadar kişinin suçsuz sayılacağını öngören *masumiyet karinesinin* doğal bir unsuru ve uygulamadaki uzantısı olan *lekelenmeme hakkı* temel bir insan hakkıdır.

Onun için ister herhangi bir suçun soruşturulmasında olsun, isterse konferansımızın konusunu oluşturan anayasal düzene karşı işlenen suçların soruşturulmasında olsun, başta lekelenmeme hakkı olmak üzere, ceza hukukunun temel ve evrensel ilkeleri olan hukuk devleti ilkesine, yani yapılan işlemlerde hukuk devletinin öngördüğü sınırlar içinde kalınıp kalınmadığını, aşırılığa kaçılıp kaçılmadığını esas alan oranlılık ilkesine, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine, yürütülen işlemlerin yasal ve ahlaki bir temele oturmasını, yani soruşturma makamlarının sanıklara/şüphelilere karşı insafı, anlayışlı, savunmayı kolaylaştırıcı davranıp davranmadıklarını, iddia kanıtlarının yasal ve kabul edilebilir ahlaki ölçü ve sınırlar içinde toplanıp toplanmadığını öngören dürüst işlem ilkesine uyulması gerekir.

Anayasal düzene karşı suç işleyen veya işledikleri ileri sürülen kişilerle ilgili olarak yürütülen soruşturmalar ve karara bağlanan davalar yönünden bir değerlendirme yaptığımızda; bizim hukuk tarihimizin, bu davaların biraz da siyasi nitelikte davalar olmaları nedeniyle siyasi tarihimizin pek de temiz olduğunu söylememiz sanırım veya bana göre pek mümkün değil.

1960 askeri darbesiyle alaşağı edilen Demokrat Parti yöneticileri ve milletvekilleri aleyhinde açılan Yasıada davası, 12 Mart müdahalesi ve 12 Eylül askeri darbesi sonrasında sıkıyönetim mahkemeleri tarafından görülen davalar, bu davalar öncesinde yürütülen soruşturmalar, başta hukukun en temel ve evrensel ilkelerinden olan ‘doğal yargıç ilkesi’ olmak üzere ‘masumiyet ilkesi’, ‘adil yargılanma ilkesi’ gibi diğer evrensel hukuk ilkelerine aykırıdır.

Şimdilerde yürütülmekte olan Ergenekon adı verilen ve anayasal düzene karşı suç işledikleri iddia edilen kişilerle ilgili olarak yürütülen soruşturma bağlamında bir değerlendirme yaptığımızda ise şunları söyleyebiliriz; bu soruşturma sürecindeki kimi uygulamalar, örneğin gizlilik kararına rağmen basına bilgi sızdırılması ve kimi ifadelerin tefrika ola-

rak gazetelerde yayınlanması, soruşturulan ve hatta soruşturulmayan kişilerle ilgili olan ve Anayasa ile güvence altında bulunan özel hayatın gizliliği kapsamındaki kimi bilgilerin toplanması ve bunlara soruşturma evrakı arasında yer verilmesi, soruşturulan kimi kişilerin gözaltına alınma biçimi, şüphelilerden Kuddisi Okkır’ın ölümüne kadar giden süreçte yapılan ihmaller, Baromuz üyesi bir avukatla ilgili olarak yürütülen soruşturmada Avukatlık Yasası’nın emredici hükmüne rağmen avukatın konutunun Baro tarafından görevlendirilen bir avukat olmaksızın aranmaya başlanılmış olması, soruşturma sürecinde savcılık makamının devre dışı bırakılarak soruşturmanın polisi devletini aratmayacak biçimde bizzat polis tarafından yürütülmesi, bu bağlamda istinabe yoluyla ifade ve gözaltına alınmalarda, yazışma ve görevlendirmelerin savcılar tarafından değil de doğrudan polisler eliyle yapılması, gözaltına alınmalarda ve ifade almak üzere yapılan çağrılarda zaman yönünden olsun, başkaca hususlarda olsun özenli davranılmaması az yukarıda işaret edilen lekelenmeme hakkına, hukuk devleti ilkesine, oranlılık ilkesine, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine, dürüst işlem ilkesine uygun davranılmadığını göstermektedir.

Yine sözü edilen soruşturmanın 13 ay gibi uzun sayılabilecek bir süre devam etmiş olmasını olağan bulmak ve hak ihlali olarak kabul etmemek de mümkün değildir. Soruşturma ve kovuşturma evreleri bir bütündür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ö.maddesinde düzenlenen ‘adil yargılanma hakkı’ bağlamında davaların ‘makul süre’ içinde görülüp karara bağlanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ECKE-ALMANYA davası kararında (15 Temmuz 1982, Seri A No.51, s33, paragraf 73) ve yine Metzger-ALMANYA kararında (31 Mayıs 2001 tarihli Başvuru No: 37591/97, paragraf 31) işaret ettiği üzere, ceza davalarında ‘makul süre’ kişiye suç isnat edilir edilmez başlar. Bu süre, Ergenekon soruşturmasında olduğu gibi davanın mahkeme önüne çıktığı tarihten çok önceki bir tarihte başlamış olmakla ve bu davanın ne zaman sonuçlanacağı da bugünden belli olmamakla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin koyduğu “makul süre” Ergenekon davasında daha şimdiden aşılmıştır.

Diğer taraftan ‘Tokyo Kuralları’ olarak bilinen 1990

tarihli 'BM Hapis Dışı Tedbirler Hakkında Asgari Standart Kuralları' ile yine 1990 tarihli BM Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri'de yer verildiği üzere, yargılama öncesi tutukluluk, iddia konusu suçun soruşturulması ve toplum ile mağdurun korunması amacıyla ceza yargılamasında son çare olarak uygulanır. Aynı şekilde yargılama öncesi tutukluluğa alternatif önlemler de, mümkün olduğunca en erken aşamada uygulanır. Yine tutuklu kişinin tutuklanmasından hemen sonra görevli yargı organının önüne çıkarılması gerekir. Sözü edilen soruşturma kapsamındaki kişilerin tutuklanma tarihleri ile görevli yargı organının önüne çıkarıldıkları tarihler göz önüne alındığında, BM'in az yukarıda yollamada bulunduğu kurallarına uygun davrandığını söylemek mümkün olmadığı gibi, tutuklanma konusunda da BM'in Tokyo Kuralları'na uyulduğunu söylemek mümkün değildir.

Teknolojinin yarattığı yeni iletişim sistemleri ve bilgi teknolojilerine dayanan bilgi tabanlı gelişme ile birlikte, üretim ve tüketim süreçlerinin belli bir yere bağlı olmaktan çıktığı, şirketlerin bilgi ağlarının, dünya kapitalist sisteminin genişlemesinin ve bütünleşmesinin tabanım oluşturduğu, bilgisayarın, internetin, elektronik postanın, mobil telefonun etkili ve yaygın olarak kullanıldığı günümüzde kişisel verilere ulaşmak, bunları kullanmak ve başkalarına ulaştırmak çok daha kolay hale gelmiştir.

Geliştirilen yeni teknolojilerle birlikte, bilgiye erişilmesi, çok fazla sayıda bilginin dağıtılması, iletilmesi, işlenmesi, pek çok hukuki sorunu da beraberinde getirdi. Bu hukuki sorunların en başında, bilgisayar ağlarına, bilgisayar veri ve sistemlerine, elektronik bilgilerin gizliliğine, doğruluğuna ve ulaşılabilirliğine zarar verici faaliyetler, bu bağlamda bilgisayar üç kağıtçılığı, siberpunk gibi anti-kültürel pratikler geliyor.

Bilişim ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerle birlikte siber ortamdaki kişisel verilerin korunması ile bilgi güvenliğinin ve özgürlüğünün tehlikeye girmesi, bütün bu konularda hukuki düzenleme yapma gereksinimini zorunlu kıldı. O nedenle 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası'nda, bilişim suçları ile ilgili düzenlemelere yer verildi. Diğer taraftan, bilgisayar, bilgisayar prog-

ramları ve kütüklerinin günümüzde hemen her alanda yaygın biçimde kullanılması, bunlara gerek ceza, gerekse özel hukuk uygulamaları bağlamında önemli ve etkili bir delil niteliği kazandırdı. Bu bağlamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134.maddesi hükmüne göre, yargıç veya savcı kararıyla bilgisayarlara, bilgisayar programlarına, bilgisayar kütüklerine ve elektronik ortamdaki bütün kayıtlara el konulması mümkün. Kuşkusuz bu düzenleme, suçun ve suçlunun ortaya çıkartılması için gerekli ve yararlı bir düzenleme. Buraya kadar herhangi bir sorun yok. Sorun el konulan bu kayıtlar ve araçlar üzerinde sonradan oynama yapılmasının, suç niteliğindeki kimi bilgilerin ve verilerin daha sonra bu kayıtlara yerleştirilmesinin teknik olarak mümkün olup olmadığı hususu. 1. husus bu. 2. husus, teknik olarak bu mümkünse, bu oynamaların tespitinin mümkün olup olmadığı. 3. husus, oynama yapıldığının teknik olarak tespitinin mümkün olmaması durumunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134.maddesi gereğince el konulan ve fakat yedeklemesi yapılmayan, şüphelinin kendisine veya avukatına mühürlü bir yedeği verilmeyen bilgisayarların, bilgisayar programlarının, kütüklerinin ve elektronik ortamdaki kayıtların delil niteliği taşıyıp taşımayacağı hususu.

Benim uzmanlık alanımın dışında kalmakla birlikte, uzmanların yazdıklarından ve söylediklerinden, el konulan bilgisayar kayıtları üzerinde sonradan oynama yapmanın teknik olarak mümkün olduğunu öğreniyoruz. Konunun uzmanları, bilgisayar kayıtları üzerinde oynama yapılması durumunda daha önceden kimi önlemlerin alınmaması durumunda bunun sonradan tespitinin de pek mümkün olmadığını ifade ediyorlar. O nedenle bilgisayar kayıtlarına el konulması durumunda, ilgili kişinin CMK'un 134.maddesi gereğince yedekleme yapılmasını ve kendisine bu yedekleme örneğinin bir tutanakla verilmesini istemesi gerekir. Delil niteliğinde olan bu kayıt ve bilgilerin tartışmalı hale gelmemesi için yedekleme yapılmasının gerekli ve yargılama güvenliği yönünden yararlı olduğu kanısında olduğumu belirtmek isterim.

Diğer taraftan ve her ne kadar CMK 134. maddesinde "talep edildiği takdirde bir yedeği verilir" denilmekte ise de, ilke ve kural olarak savcı şüphelinin/sanığın haklarını da koruyup gözetmekle, bunun için şüphe-

linin/sanığın lehine olan delilleri toplamakla, gerekli diğer önlemleri almakla yükümlüdür. Bu çerçevede görevinin ve üstlendiği sorumluluğun bilincinde olan bir savcının, talep olmasa dahi el konulan bilgisayar ve verilerinin şüpheli kişiye veya avukatına verilmesini sağlaması ve yargılama aşamasında bu konuda bir tartışma yaşanmasına imkân vermemesi gerekir. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, delil niteliğinde olan bu kayıt ve bilgilerin tartışmalı hale gelmemesi için yedekleme yapılmasının gerekli ve yargılama güvenliği yönünden yararlı olduğu açıktır. Baromuz üyesi kimi avukatlarla ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda, buna uygun davranılmadığım bu bağlamda ifade etmek isterim.

Ülkemizde darbelerin mahkûm edilmesi, demokrasiye musallat olan darbecilerin etkisiz hale getirilmesi ve böylece hepimizin her gün katkı yapması gereken demokrasinin yerleşip kurumsallaşması, faili meçhul cinayetlerin üzerine gidilmesi, faillerinin tespit edilerek hak ettikleri cezayı almaları, başta işkence olmak üzere insan hakları ihlallerinin sona ermesi en büyük dileğimizdir.

Kuşkusuz hepimiz Ergenekon soruşturmasının ve davasının bu hususta önemli bir fırsat olduğunu ve bu fırsatın iyi değerlendirilmesi gerektiğini, demokrasiye musallat olan darbeciler var ise bunların, faili meçhul cinayetlerin faillerinin, Silopi’de veya başka nerede var ise oradaki kuyuların açılarak devlet içindeki çetelerin ortaya çıkartılmasını, ama bütün bunların hukukun çizdiği sınırlar içersinde kalınarak yapılmasını, şüphelilerin/sanıkların da hakları olduğunun göz önüne alınmasını ve buna uyulmasını istiyoruz.

Unutmamak gerekir ki, hukuk hem çok iyi ve hem de çok kötü ve tehlikeli bir hizmetçidir. Bu sizin onu kullanma biçiminize ve niyetinize bağlıdır. Eğer onu iyi kullanırsanız, uluslararası camiada yeri olan, saygınlığı olan çağdaş bir hukuku devleti olursunuz; yok eğer kötü kullarsanız hukuk devleti değil, sadece devlet olursunuz, ne vatandaşınızın nezdinde, ne de uluslararası camianın nezdinde yeriniz ve saygınlığınız olmaz.

Bütün bu nedenlerle, başta iktidar partisi olmak üzere, muhalefet partilerinin bu soruşturma ve dava

üzerine gölge etmemeleri, yargılama süreci üzerinde etkili olmaya çalışmamaları ve yargıyı rahat bırakmaları gerekir.

Yine günümüz iktidarının sadece Ergenekon soruşturmasına ve davasına siyasi destek vermek suretiyle Türkiye’yi demokratikleştirme sorumluluğundan kurtulamayacağına, başta ifade ve basın özgürlüğü olmak üzere demokrasinin gerektirdiği tüm standartların işlenmesi, yerleşmesi konusunda ciddi adımlar atması gerektiğine de işaret etmek isterim.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür eder, hepimize bir kez daha sevgi ve saygılar sunarım.