

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİ SAĞLAMAYAN CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU DÜZENLEMELERİ VE UYGULAMALARI<sup>1</sup>

Zeki HAFIZOĞULLARI

I

Hoş geldiniz.

Bizleri dinlemek için geldiniz.

Sizlere en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Konum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini sağlamayan bir kısım Ceza ve Ceza Muhakemesi hukuku düzenlemeleri ve uygulamalarıdır.

Siz değerli katılımcılarla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin niteliğini, Türk hukuk düzenindeki yerini, sözleşmeyi sağlamayan bazı ceza ve ceza muhakemesi hukuku düzenlemelerini ve uygulamalarını, bunların hukuki sonuçlarını tartışmak istiyorum.

Amacım, çözüm önermekten çok, örnekler vererek, tabiri caizse “ezber bozan” bir tartışmayı başlatmaktır.

II

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, diğer adıyla, İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Avrupa Konseyi Üyesi Hükümetler tarafından, Roma’da, 1950 yılında imzalanmıştır. Sonraki yıllarda Ek Protokoller ile zenginleştirilen sözleşme, geçen yüzyılda, iki dünya savaşı altında ezilen insanlara sunulan emsalsiz bir uygarlık projesidir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu uygarlık projesinin tarafıdır<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Bu bildiri Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 08.05.2009, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirmeler Konulu Sempozyumda sunulmuştur.

<sup>2</sup> Bu düşünce doğruysa, Türkiye Cumhuriyeti Devleti yönünden, kiminin ileri sürdüğü “Medeniyetler ittifakı” iddiası geçersizdir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Toplumunu, hukuku ve Devleti ile zaten “Batı uygarlığının” içindedir, başkası kabul etsin veya etmesin onun özgün bir parçasını oluşturmaktadır. Öyleyse, kim kiminle ittifak edecek? Bu mantıksal bir çelişkidir. Medeniyetler ittifakından murat “Dinlerin ittifakı” ise, Batı uygarlığına mensup toplumlar, toplum yapıları, Devletleri ve Hukuk düzenleri bakımından, Laik / Seküler toplumlardır. Laik / seküler toplum, hukuk, Devlet düzenlerinde, “Dinlerin ittifakı” meselesi yoktur. Hani derler

Yarım yüzyılda iki dünya savaşı çıkararak insanlara telafisi olmayan acılar veren Avrupa Devletleri, kamuoylarının da baskısı altında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun ilan ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirisi temelinde, insan haklarının evrensel bir katalogunu oluşturmak, bunları bir yargı teminatına kavuşturmak istemişlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu düşüncenin eseridir.

Her mahkemenin kararları eleştirilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları da eleştirilir. Eleştiri hukukun evrimini sağlar.

“Slogan atmak” “kınamak” yerine hassasiyetlerimizi duyurmak becerisini göstererek o kararları eleştirmeye çalışmak, Devletin gücü karşısında çaresiz kalan sadece bizim insanımıza değil, ama aynı durumda olan başka insanlara da çok şey kazandıracaktır.

Hukukçularımıza yakışan laf üretmek yerine iş üretmektir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sözleşmeyi 1954 yılında imzalamış, usulüne uygun olarak yürürlüğe koymuştur. Devlet sonraki yıllarda Ek Protokollere katılmış, başta koyduğu çekincesini kaldırarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargısını Kabul etmiştir<sup>3</sup>.

### III

AİHS., katıldığı 1954 yılından bu yana, Devletler hukukunun kuralı “Ahde vefa ilkesi” gereğince Türkiye Cumhuriyeti Devletini bağlar. Bugün Devletler hukukunun olmadığını ileri sürenlere fazla itibar edilmemektedir. Ortada bir zorunluluk olmadıkça, söz veren, sözünde durur.

Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 1961 Anayasasına kadar, AİHS’ ni göz ardı etmiş, hep demokrasiden söz etmesine rağmen, ülkesinde sözleşmenin gereğini yerine getirmemiştir. Bunun kanıtı o günlerde basına uygulanan kısıtlamalar, siyasi hakların kullanılmasının zorlaştırılması, karakollarda sanıklara yapılan muamelelerdir.

1961 Anayasası, 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kimliği, niteliği arasında, Devletin İnsan Haklarına bağlı olmasını bir “gönderme hükmü” ile emretmiştir. Anayasalar “retorik” yapmaz. Bu herkes bakımından mutlak emirdir. Gönderme, o gün, pozitif bir değer olmadığından “Tabii hukuk düşüncesine” olamayacağına göre, zorunlu olarak, pozitif bir değer olan Devletin 1954 yılında imzalayıp iç hukukta tanıdığı AİHS’ ne olmuştur. Böylece, Anayasa, bu hükmü ile, AİHS’ ini “anayasal bir hüküm” haline getirmiş, “Türk demokrasisinin” çerçevesini çizmiştir.

Ancak, ne Yasama, ne Yürütme ne de Yargı, AİHS’ ni, moda bir sözle, “hayata geçirme” becerisini gösterebilmiştir. Hatta şiddetle “demokrasi getirmekten” söz edilmesine rağmen, ülkede yürürlükte olan çağın en büyük demokrasi düzenlemesi olan AİHS görmezlikten gelinmiştir. Bunun kanıtı, basına uygulanan kısıtlamalar, Totaliter bir devlette olabilecek Ceza hukuku düzenlemeleri, Karakollarda yapılan ve bugün sinema filmlerine, romanlara konu olan işkencelerdir.

1982 Anayasası, 2. maddesinde, Devletin insan haklarına bağlı olmasını istememiş, bu kez, Devletin, insan haklarına saygılı olması emretmiştir. Anayasanın değiştirilmesi bile teklif edilemeyen hükümleri dışında kalan hükümlerine bakıldığında, Yasamanın, Anayasanın Devlete yüklediği insan haklarına saygılı olma emrine, bırakalım başka kanunları, bizzat Anayasanın birçok hükmünde hiç uymadığı gözlenmektedir. Bunun kanıtı birçok kez yapılan anayasa kanunu değişikliğidir.

---

ya “Zırva tevil götürmez” Bu odur. Laik / seküler bir toplum, hukuk, Devlet düzeninde, siyasetçiler teologluğa, teologlar siyasetçiliğe özendiğinde, bu tür saçmalıklar doğal karşılanmalıdır.

<sup>3</sup> Hafizoğulları, Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 538, 30-31 Ekim 2005 Sempozyumu, s. 115. vd.; İD. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 136 vd.

Bu dönemde, hayırlı bir iş yapılmış, İnsan Hakları Mahkemesinin yargısına konan çekince kaldırılmış, insanların bu mahkemeye gitmesinin yolu açılmıştır. Maalesef, hukukçular, bundan sonra AİHS' nin farkına varabilmişlerdir.

İnsan hakları ihlalleri bu dönemde de azalmamıştır. Bunun kanıtı, insan haklarına saygılı olmak için yürürlükten kaldırılan, değiştirilen birçok kanundur. “Demokrasi adına” gösterişli bir mevzuat değiştirme hamlesine rağmen, Ceza kanunlarında ve uygulamalarında, Devletin hükümlerini sağlamayı üstlendiği AİHS' nin ihlalleri hala süregelmektedir<sup>4</sup>.

AİHS., Türk hukukundaki “konumu” yüzünden, herkesi bağlar.

Öyleyse, herkesin, özellikle, Yasama, Yürütme ve Yargı organlarının, kendi hesabına, AİHS hükümlerini sağlaması, sağlanmasını istemesi hem hakkı hem de görevidir. Avukatlık Kanunu, 1, 2, 76, 110. maddeleri hükmünde, Avukatlara, Barolara, insan haklarına saygının izlenmesi görevini vermiştir.

Burada, sadece örnek olarak, AİHS' ni sağlamayan bir kısım düzenlemeler ve uygulamalar üzerinde durulacaktır.

#### IV

AİHS., 5. maddesinde, insan olarak herkesin, “Özgürlük ve güvenlik hakkının” olduğunu kabul etmiş, hakkın sınırı olarak “yakalanma ve tutulu durumda bulundurulma” halini düzenlemiştir.

Anayasa, 19. maddesinde, “Kişi hürriyeti ve güvenliği” hakkını tanımakta, hakkın sınırı olarak tutuklamaya yer vermektedir.

Her iki düzenleme, tutuklamada, bazı suçlar bakımından, tutuklama nedenlerini varsayan bir kanuni karineye yer vermiş değildir.

Durum böyleyken, Ceza Muhakemesi Kanunu, 100/3. “Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılabilir” diyerek bir kanuni karineye yer vermiş bulunmaktadır.

Burada, salt sözel yorumla, “sayılabilir” yüklemine Dilbilgisel değerine bakılarak, hâkime takdir hakkı verildiği ileri sürülemez. Sözde kalmayarak sözdeki iradeye bakıldığında<sup>5</sup>, Hâkimin takdirinin kuvvetli şüphe sebepleri üzerinde olduğu görülür. Hâkim sadece bunu takdir edecektir. Kuvvetli şüphe sebeplerinin olduğunu kabul eden hâkim, suçun “aşağıdaki suçlardan” olduğunu tespit edince, tutuklama nedenlerinin, yani kaçma veya delilleri karartma “somut olgularının” olup olmadığını artık araştırmayacak, bu nedenlerin olduğunu var sayacaktır.

Kim ne derse desin, burada, aksi ispat edilemeyen bir Kanuni karine söz konusu olmakta; hâkim bu hüküm kapsamında sayılan suçlarda, gerçekte kaçma veya delilleri karartma şüphesi olmasa bile, tutuklamaya mecbur kalmaktadır.

Böylece, Tarihi kanun koyucu, bu hükümle, sayılan hallerde tutuklamayı mecburi hale getirmiş olmaktadır. Bu doğruysa, söz konusu hükmün, AİHS 5/c maddesi hükmünü sağlamadığını söyleyebiliriz. Sözleşmeyi sağlamayan her düzenleme sözleşme hükmünün ihlalidir.

Kiminin 1412 sayılı mülga CMUK.' nun 104. maddesinde benzer bir hükmün bulunduğu dikkat çekmesi tartışmayı geçersiz kılmamaktadır. Eski bir deyim ile “sui emsal, emsal olmaz”. Kaldı ki dikkatlice bakıldığında iki hükmün birbirinin aynısı olmadığı da açıkça görülecektir.

Böyle olunca, tartışılan hükme dayanılarak verilen tutuklama kararlarının, İtiraz Kanun Yoluna gidilerek kesinleştirildikten sonra, AİHM' ne götürülmesi mümkün olacaktır.

<sup>4</sup> Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku, s. 155 vd., 160 vd.

<sup>5</sup> Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku, s. 115 vd.

Madem Anayasanın emri olarak Devlet “hukuk devleti” olmak zorundadır, biz, halen, mahkemelerin uygulamalarında, Kişi hürriyeti ve güvenliğini ortadan kaldıran, emsalleri ancak totaliter hukuk düzenlerinde görülmesi mümkün olan bu çarpık, uydurma düzenlemenin kaldırılmasının zorunlu olduğunu düşünüyoruz.

Avukatların, “güvenlik adına özgürlüğü yok eden” bu hükme dayanarak mahkemelerin verdikleri tutuklama kararlarını, İtiraz Kanun Yolunu tüketerek, AİHM’ ne götüreceklerine inanmak istiyoruz.

V

AİHS., sözleşmenin tarafı Devletlere “Adil yargılama hakkı” adı altında sahibi oldukları yargılama erkini sözleşmeye uygun bir biçimde kullanmaları yükümlülüğünü getirmiş bulunmaktadır.

Bu, en başta, geçerli, doğru usullerle isnatta bulunmayı; geçerli, doğru usullerle yargılama yapmayı; geçerli, doğru usullerle hüküm vermeyi zorunlu kılmaktadır.

Bu demektir ki, kendisine suç isnat edilen bir kimse ancak geçerli usullere uygun olarak düzenlenmiş olan bir “İddianame” ile suçlanabilir, nezdinde kamu davası açılan mahkeme ancak bu nitelikte olan bir adli işlemi dava açan geçerli hukuki işlem olarak kabul edebilir. Mahkeme geçerli olmayan adli işlemi ilgisine düzeltilmek üzere geri göndermek zorundadır. Aksi davranış geçerli olmayan bir iddianame ile açılan kamu davası sonunda verilen hükmün geçersiz olması, yani bozulması sonucunu doğurabilir.

Bu doğruysa, iddianamede önünde kamu davası açılan mahkemenin, isnat edenin, kendisine kanunun suç saydığı bir fiil isnat edilenin kimlik bilgileri, isnat edilen fiil, isnat edilen fiilin ispatına ilişkin olarak ileri sürülen kanıtlara ilişkin işlemler ve bilgileri dışında, salt başka kişilere ait bilgi ve belgelere yer verilemez. Gerçekten, iddianamede yeri olmayan bir kimsenin iddianamede ismini geçirmek, ona bir fiil yüklemek, isnadı temsil etmiyorsa yahut isnadın kanıtı olarak gösterilen vakıalarla nedensel değilse, bu, o kimsenin kişilik hakkının ağır ihlalini oluşturur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, AİHS’ nin tarafı olarak, hâkim devleti değil hukuk devletidir. Hukuk devletinde herkes hesap verir, yargı organı yerinde olan kişiler, hâkim devletine özenmiyorlarsa öncelikle hesap vermek zorundadırlar. Bu hukukun üstünlüğünün zorunlu sonucudur.

Tabii, bu doğruysa, ayrıca, iddianamenin, kamu davasının geçerli usullere uygun olarak yürütülmesini sağlayabilecek bir hacimde olması, aklen kabul edilebilir bir sistematığe sahip bulunması gerekir. Hukukçu roman yazmaz. Fantezinin hukukta yeri yoktur. Romanların bile sayfa sayısının azaldığı bu çağda, iddianamelerin binlerce sayfayı bulması, geçerli bir sistematikten yoksun bulunması, madem insanı hep insan yargılamaktadır, doğru veya adil bir yargılamanın yapılabilirliğini kuşkulu kılmaktadır. Gerçekten, iddianamelerin düzgün olmamasından ötürü yıllarca süren yargılamalar, suçluluğu sabit oluncaya kadar suçsuz sayılan kimselerin, haksız yere korkutulması, manevi cebir altında tutulmasıdır. Bu, en azından “makul bir süre içinde yargılanmak hakkının” açık ihlalidir.

Bir an için AİHS’ ini bırakalım bir yana, salt rastlantısal olarak, CMK’ nun 170 ve 174. maddesi hükmü, açık bir biçimde, iddiamızın kanıtını oluşturmaktadır.

Gerçekten, 170. madde hükmü, iddianamede, olmazsa olmazları, tahdidi olarak saymış bulunmaktadır. Kanunda sayılanların ne fazlası ne de eksigi olabilir. Her iki durumda da iddianame, adli işlemin kanuni unsurlarını sağlamamakta, dolayısıyla geçerli olmamaktadır. Böyle olunca, kanunda sayılmayan bir şeyin, ör., üçüncü bir kişi hakkındaki bir iddianın iddianameye konması iddianamenin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır.

İddianamenin geçersizliğinin yargılama hukuku bakımından hukuki sonucu iddianamenin merciine iade edilmesidir. Geçerli olmayan iddianamenin merciine iade edilmesinin şatlarını Kanun 174. maddesi hükmünde düzenlemiştir. Kanun, 174/1,a maddesinde, 170. madde

hükmüne aykırı olarak düzenlenmiş olan iddianamenin merciine iade edilmesini emretmektedir. Emir mutlaktır. Madem emre uyulmaması hukuka aykırılık olmaktadır, mahkemenin emre uymaması, yargılama hukuku bakımından, verilen hükmün bozulmasını gerektirir. Mahkeme, bu hüküm gereğince, ayrıca, iddianamenin AİHS' in 6. maddesi hükmünü sağlayıp sağlamadığını da göz önünde tutmak, bu madde hükmünü sağlamadığını düşündüğü iddianameyi merciine iade etmek zorundadır; çünkü, yukarıda belirtildiği üzere, AİHS. ve AİHM uygulamaları hem Cumhuriyet savcılıklarını, hem de mahkemeleri bağlar.

Cumhuriyet savcısının iddianamede yeri olmayan bir kimseyi Kanuna aykırı olarak bilerek ve isteyerek bir fiil isnat ederek iddianameye koyması fiili Medeni Kanunun 24. maddesi hükmü anlamında kişinin kişilik hakkının ihlalidir. Türk hukuk düzeninde, fiilden zarar gören kişinin, Savcı hakkında, tazminat davası açmasını engelleyen bir hüküm yoktur. Savcı da herkesten farksız olarak başkasına verdiği zarardan sorumludur.

Savcının fiili, ihtilat şartının gerçekleşmesi halinde ayrıca hakaret suçunu oluşturur. Fiil Savcının görevi ile ilgili değildir. Savcının kavgalı olduğu komşusuna hakaret etmesi fiili ile işlediği bu fiil arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Böyle olunca, Savcı, görevinin sağladığı muafiyetten yararlanamaz. Bu, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir hukuk devleti olmasının zorunlu sonucudur.

Mahkemeye gelince, Mahkeme, geçerli olmayan iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar vermek zorundadır. Böyle bir iddianameyi merciine iade etmeyerek iddianamede yeri olmaması gereken bir kimse hakkındaki isnadı iddianameyi kabul ederek bilerek ve isteyerek aleniyet sağlayan Hâkim, fiiliyle, hem o kimsenin kişilik hakkını ihlal etmekte, hem de o kimseye hakarete bulunmuş olmaktadır. Böyle olunca, temel bir hakkı ihlal edilmiş olan kişi, hem uğradığı manevi zararının tazminini isteyebilir, hem de hakareten şikâyetinde bulunabilir.

Bir an için söz konusu fiilin adli görevle bağıntılı olduğu düşünüldüğünde bile, bu durum, kimseye hukuka uygunluk nedeni sağlamaz. Şartları bulunduğu, fiil, haksız fiil veya suç olma niteliğini korur. Sadece fiilin takibi usulünde değişiklik olur.

Böyle olunca, Savcılar, Hâkimler, herkesten daha çok hukuka saygılı olmak zorundadırlar. Tersinin düşünülmesi, hukuk devletini değil, hâkim devletini çağırıştır.

Saldırı karşısında hakkını almakta zorlananlar, mutlaka AİHM' ne gitme yollarını aramalıdırlar.

## VI

AİHS., 7. maddesinde, “kanunilik ilkesi” temelinde, “bir fiil veya ihmalden dolayı” diyerek “fiilsiz suç olmaz” kuralına<sup>6</sup> yer vermiş bulunmaktadır. Kuralın istisnası yoktur. Ceza hukukunda fiil, failin nesnel, yani başkalarının beş duyularıyla algılayabildikleri davranışlarıdır.

Bu açıdan bakıldığında, CK' nun iftirayı düzenleyen 267. maddesinin, AİHS' ni sağlamadığı gözlenmektedir.

Gerçekten, iftira kısaca bir kimsenin bir kimse hakkında işlemediğini bildiği halde kovuşturmaya yetkili mercie bir suç işlediğini ihbar etmesi veya şikâyetinde bulunmasıysa, “basın ve yayın” yoluyla bir kimseye işlemediği bir fiili isnat etmek hakaret olabilir, ama iftira olmaz, çünkü failin iftira olarak nitelendirilebilecek bir fiili bulunmamaktadır. Burada, fail, olan bir fiilinden değil, olmayan bir fiilinden sorumlu tutulmaktadır.

Tarihi kanun koyucu iftira suçunda bir devrim yapmıştır. Ancak, Tarihi kanun koyucu, buradaki devrimci tutumunu, her nedense aynı yapısal özellik gösteren 271. maddede öngörülen suç uydurma suçunda göz ardı etmiştir.

<sup>6</sup> Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku, s. 189 vd.

## VII

AIHS., 9., 10., 11. maddelerinde, insan hakkı olarak, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetine ve düşüncenin, inanç ve kanaatin ifadesi hürriyetine yer vermiştir.

Burada, herkesin, tek ya da toplu olarak, yaygın ya da örgün olarak, kimseden korkmadan, çekinmeden bir düşünce, inanç ve kanaatin sahibi olmaya ve düşüncesini, inanç ve kanaatini sergilemeye, ortaya koymaya hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Sözleşme, bir yandan Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü kabul ederken, öte yandan Dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü, daha özel olarak ayırimsız herkesin siyasi kimliğini ortaya koyma, tek başına veya örgütlenerek siyasi mücadele yapma hakkına sahip olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır.

Düşünce, inanç ve kanaat mutlaktır.

İnsan haklarına saygıyı üstlenen “Yüksek sözleşmeci taraflar”, tabii Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ne olursa olsun, hiçbir düşünceyi, inancı ve kanaati yasağın, yani suçun konusu yapamaz, suçun kanıtı yapamaz.

Kimse, ister beğenilsin ister beğenilmesin, salt düşüncesi, inancı ve kanaati yüzünden, hiçbir ad ve maksatla suçlanamaz. Kimse aleyhine, kendisine isnat edilen bir suçta, suçlanmadığı salt düşüncesi, inancı ve kanaati, isnadın kanıtı olarak kullanılamaz.

Fiilsiz suç olmaz kuralı ifadesini bu düşüncede bulmaktadır.

Liberal-demokratik bir ceza hukuku düzeninde esas olan, salt düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin değil, ama sadece düşünce inanç ve kanaatin birçok biçimde tezahür edebilen ifadelerinin sınırlandırılabilir olmasıdır.

Suçun kaynağı kanundur. Bir ceza hukuku düzenini oluşturan kurallar, **amaç meşru-araç meşru, amaç gayrimeşru-araç gayrimeşru, amaç gayrimeşru-araç meşru, amaç meşru-araç gayrimeşru** ifadesini sağlayan ifadelere indirgenebilmektedir<sup>7</sup>.

Düşüncenin, inanç ve kanaatin ifadesi yanında ayrıca düşüncenin inanç ve kanaatin kendisini yasaklayan totaliter ceza hukuku düzenlerinde, sadece **amaç meşru-araç meşru** ifadesini sağlayan fiiller serbest olmakta, kalan öteki ifadeleri sağlayan fiiller yasak olmakta, yani suç sayılmaktadır.

Buna karşılık, liberal-demokratik ceza hukuku düzenlerinde, sadece **amaç meşru-araç meşru** ifadesini sağlayan fiiller değil, aynı zamanda **amaç gayri meşru-araç meşru** ifadesini sağlayan fiille de serbest olmakta, kalan öteki iki ifadeyi sağlayan fiiller, yasak sayılmakta, yani suç olmaktadır.

Bu demektir ki, liberal-demokratik ceza hukuku düzenlerinde, hem serbest alan, hürriyet alanı geniş tutulmuş, hem de düşüncenin, inanç ve kanaatin kendisi yasağın, suçun konusu olmaktan çıkarılmıştır.

AIHS., 9, 10, 11. maddelerinin koyduğu sınırlar içinde, **amaç gayrimeşru-araç gayrimeşru, amaç meşru-araç gayri meşru** ifadesini sağlayan fiillerin yasaklanmasını, yani suç sayılmasını demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak öngörmüştür.

Böyle olunca, ifadesi şiddeti içermediği sürece, hukuka uygun olarak ifade edildiği sürece, ister meşru ister gayrimeşru amaç gütsün, hiçbir düşüncenin, inanç ve kanaatin ifadesi ne bir suç olur, ne de bir suçun kanıtı olur.

<sup>7</sup>Hafizoğulları, Liberal Demokratik Bir Toplum, Hukuk, Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı, TBB., Kasım-Aralık, 2004, S. 55, s. 85 vd.; İD. Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, Ankara 1997; Türk Ceza Hukuku, s.189, dn. 252.

Kim hangi amaçla yaparsa yapsın, ifadesi şiddeti içermediği, hukukun öngördüğü kurallar içinde kaldığı sürece, yapılan her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü, siyasi miting, toplumsal-siyasi faaliyet, örgütlenme ve benzeri tüm faaliyetler yasaldir, suç oluşturmaz. Elbette, yasal olan, suç oluşturmayan bir şey, bir suçun ne unsuru, ne de kanıtı olur.

Bu durumda, kim tarafından, ister meşru ister gayri meşru amaçla yapılsın, bir kimseyi, bir gurubu, hukukun koruduğu bir değeri “ihtilat ederek” veya “alenen” yerme, aşağılama olmadıkça, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesini, kanuna itaatsizliği “alenen” tahrik veya teşvik etmedikçe, kanunun suç saydığı bir fiili veya failini “alenen” övmedikçe, hukukun öngördüğü kurallar içinde kalınarak yapıldığında, yani vasıta meşru olduğunda, toplumsal, bilimsel, siyasal her türlü toplantı yapmak, gösteride bulunmak, örgütlenmek, siyasal iktidarları beğenmemek, değişmesini sağlamak maksadıyla tek veya toplu olarak faaliyette bulunmak suç olmaz, bu tür oluşumlar ve faaliyetler bir suçun unsurunu veya kanıtını oluşturmaz.

Bunun içindir ki suç işlemek için kurulan bir örgütün işlemeyi amaçladığı suçun, yani amaç suçun, “fikri tabanını hazırlamak” amacını güderek, **amaç gayrimeşru-araç meşru** ifadesini sağlayan toplantı ve gösteri yürüyüşleri tertip etmesi, bilimsel faaliyetlerde bulunması, siyasi, kültürel örgütler oluşturması, vs., ne suç örgütü kurma suçunun unsuru, ne suç örgütünün suç oluşturan bir faaliyeti, ne de suç örgütünün varlığının bir kanıtı olarak değerlendirilebilir.

Liberal-demokratik bir toplumda, herkese serbest olan, **amaç gayri meşru-araç meşru** ifadesini sağlayan her türlü düşünce, inanç ve kanaatin her çeşit iletişim aracı kullanılarak her türlü ifadesi, kuşkusuz kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, elbette suç örgütü kuranlar, örgüte katılanlar, örgütsel faaliyette bulunanlar bakımından da serbesttir.

Zaten, TCK., 26. maddesinde, “hakkın kullanılmasını” suç saymamıştır. Amaç gayri meşru-araç meşru ifadesini sağlayan davranışlar liberal-demokratik bir toplum, hukuk, Devlet düzeninde hakkın kullanılmasıdır.

Kuşkusuz temel insan hakkı cümlesinden olarak herkese serbest olan bu tür davranışlar, kanun önünde eşitlik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, TCK’ un 6/5, j, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 2. maddelerinde tanımlanan örgüt mensuplarına da tanınmak zorundadır. Aksinin düşünülmesi, AİHS’ in 9, 10, 11. maddelerine ve AİHM kararlarına aykırılık oluşturur. Bunun kanıtı, AİHS’ ini uygulayan AİHM’ in kararlarında dillendirdiği, madem insandır, teröristin de insan haklarından yararlanmaya hakkı vardır düşüncesidir.

Kısacası, uygulamada, özgürlük mü güvenlik mi ikileminde kalınarak, **amaç gayrimeşru-araç meşru** ifadesini sağlayan davranışları, suç sayma, suçun unsuru veya kanıtı sayma eğilimleri, AİHS’ ini ve sözleşmenin anladığı demokratik toplum düzenini sağlamaz.

## VIII

CMK., 167. ve 333. maddesinde, Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığıyla müştereken Adli kolluk görevleri hakkında yönetmelik çıkarılmasını emretmiştir. İdare, bu hükme dayanarak Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğini ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğini çıkarmıştır.

Anayasa, 124. maddesinde, “alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere” idarelerin yönetmelik çıkarabilmesini mümkün görmektedir. CMK., Adalet ve İçişleri Bakanlığının “alanlarını” ilgilendiren bir kanun değildir. CMK’ nu Hükümet, yani Bakanlar Kurulu yürürlüğe koyar (m. 335), Yargı organları uygularlar. “Adli Kolluk” idarenin değil yargının içindedir (m. 161, 164), soruşturma işlemleri Cumhuriyet Savcısının emir ve talimatları doğrultusunda adli kolluğa yaptırılır. Cumhuriyet savcısı Yargının bir unsurudur, İdarenin, Adalet Bakanlığının “memuru” değildir.

Anayasa, alanlarını ilgilendiren konularda İdareye yönetmelik çıkarma yetkisi tanımıştır. Yargının işi kanunları uygulamaktır. Anayasa Yargıya, uyguladıkları kanunlarla ilgili olarak yönetmelik çıkarma yetkisi vermemiştir. Böyle olunca, İdarenin, uygulamadığı, yani alanını ilgilendirmeyin CMK' nun uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarması, Kuvvetler ayırımı ilkesinin açık ihlalidir.

Kuvvetler ayırımı ilkesi, Anayasanın omurgasını oluşturmaktadır.

AİHS' nin, sözleşmenin tarafı Devletlere getirdiği yükümlülük, herkese Adil yargılanma hakkını sağlamaktır. Kuşkusuz Adil yargılanma hakkının sağlanmasının olmazsa olmazı, en başta, Kuvvetler ayırımıdır.

Tarihi kanun koyucunun zorlaması ile İdarenin, Adli işlerin içine sokulması, AİHS' nin 6. maddesi hükmünün ihlalidir.

## IX

Türkiye, yaklaşık yarım yüzyıldır, silahlı **Terör örgütlerinin** faaliyetlerinin etkisi altındadır<sup>8</sup>. Binlerce insan terörün kurbanı olmuş, binlerce insan ceza evlerini doldurmuştur. Olağan cezai tedbirlerle önlenemeyen terör saldırıları bu kez olağanüstü cezai tedbirlerle önlenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, 1991 yılında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu çıkarılmıştır<sup>9</sup>. Kanun yürürlüğe girdiği günden bugüne kadar birçok kez değiştirilmiştir. Bazı hükümlerini Anayasa Mahkemesi iptal etmiştir.

TMK., 1. maddede Terörü, 2. maddede Terör suçlusunu, yani Teröristi tanımlamış, 3. maddede Terör suçlarını, 4. maddede Terör amacı ile işlenen suçları saymıştır. Hem Terör suçları, hem de Terör amacı ile işlenen suçlar, Ceza Kanununda çeşitli değerlere cezai himaye sağlayan suçlardır. Terör suçları Ceza kanununda Devletin güvenliğine, Anayasal düzene, Milli savunmaya karşı suçlardır.

Biz terör suçunun değil terör saiki ile işlenen suçların olduğunu iddia ediyoruz. Siyasi suçlar taklit edilerek oluşturulan terör suçları kategorisi yanlış olmuştur, çünkü Ceza hukukunda özgün böyle bir cezai himaye alanı mevcut bulunmamaktadır.

Kanun, Ceza Kanununda zaten mevcut olan suçlardan, bir kısmına “Terör suçları”, diğer bir kısmına “Terör amacı ile işlenen suçlar” diyerek, oradaki suçlardan farklı yeni bir suç tipi, bu suç tipine uygun yeni bir suçlu tipi imal etmiştir.

Bu kabulüne bağlı olarak, Kanun, öteki suçlulardan çok daha tehlikeli görerek, Terör suçlusuna, yani Teröriste, onların tabi oldukları sorgulama, yargılama ve infaz usullerinden çok daha katı sorgulama, yargılama ve infaz usulleri getirmiştir.

Elbette güvenliği sağlamak zorunluluğu yüzünden, çok tehlikeli görülen suçlu, yani Terör suçlusunu, Terörist, bu nitelikte görülmeyen suçludan farklı bir muameleye tabi tutulabilir. Hatta teröristin ıslahının mümkün olmadığı, dolayısıyla hakkında farklı bir “Tretman” uygulanması düşünülebilir.

Ancak, savunma hakkı<sup>10</sup> söz konusu olduğunda, sanıklar arasında bir ayırımın yapılamayacağını düşünüyoruz. Terör suçu sanıkları ile öteki suçların sanıkları arasında fark gözetmek, AİHS' in 6/3. maddesi hükmüne uymaz. “Bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit olununcaya kadar masum sayılacağını” kabul ettiğinden, AİHS., savunma hakkı bakımından, “bir suç ile itham edilen kimseler arasında” herhangi bir fark gözetmemektedir. Tabii, aksinin iddiası, ispata tabidir.

<sup>8</sup> Hafizoğulları, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, <http://www.zekihafizogullari.com>, Makaleler.

<sup>9</sup> Hafizoğulları, Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler, in. Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, s. 176. İş bu çalışma ilk kez, İnsan Hakları Merkezi Dergisi' nde yayınlanmıştır. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi, Ankara.

<sup>10</sup> Hafizoğulları, Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1.

TMK., “Yargılama usullerini” düzenleyen hükümleriyle, Terör suçlusu sanıkların, özellikle “Soruşturmada”, hem bireysel hem de kurumsal savunma hakkını kısıtlamıştır. Savunma hakkının kişinin tehlikeliliğiyle bir ilgisi yoktur. Savunma hakkı insan hakkıdır. Hakkında suç isnadı olan herkes, ister Terör suçu, isterse başka bir suç isnadı olsun, insandır. Öyleyse, her insan, AİHS’ in 14. maddesi gereğince, hiçbir fark gözetilmeksizin, insan hakkından yararlandırılmak hakkına sahiptir.

Terörün ülkede yaptığı onarımı imkânsız tahribat ve saldığı korku savunma hakkının kısıtlanmasını haklı göstermez.

Thomas Hobbes ne derse desin, Tarih, özgürlüğü güvenliğe kurban eden toplumların sonunda güvenliklerinden de oldukları örnekleri ile doludur.

X

Sonuç olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, organları, kurum ve kuruluşları, düzenlemelerinde ve uygulamalarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek protokolleri Kurallarını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarını, Devletler Genel Hukukunun “Ahde vefa” kuralının ve sözleşmenin hukuk düzenimizdeki konumun gereği olarak göz önüne almak, bunları sağlamayan düzenlemeler ve uygulamalar yapmamak zorundadır.

Devletin ne adla olursa olsun, insan haklarını, açık veya örtülü olarak ihlal etmek hakkı yoktur.

İnsan haklarının ihlali hukuk düzenimizde suç oluşturmaktadır.

Devletin organları, kurum ve kuruluşları yerinde olan hiç kimse, unvanı, rütbesi, maksadı ne olursa olsun, “Kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini” veremez, hiç kimse böyle bir emri yerine getiremez.

Devletin “yetki alanları içinde bulunan herkes, vatandaş veya yabancı, Sözleşmenin sağladığı “Hak ve Özgürlüklerin” ilgililerden kendileri yönünden sağlanmasını istemek, izlemek, haksızlığa uğradığını düşünüyorsa AİHM önüne götürmek hakkına sahiptir. Hakkın kullanılması hukuka katkıdır.

Türkiye Barolar Birliği ve Baroları, insan haklarına saygılı olmak zorunda olan Devletin, düzenlemelerini ve uygulamalarını izlemek, Kanunlarının tanıdığı yetki içinde gereğini yapmak, üyelerinin insan hakları ihlallerine karşı uyanık olmalarını sağlamak zorundadır.

Sabır gösterip dinlediniz, teşekkür ederim.

Değerlendirmeleriniz onurumuz olur.