

ASKERİ YARGITAY 4. DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

SAYIN BAŞKAN, SAYIN ÜYELER

*Sözlü* Açıklamalarımıza, öncelikle Hüküm Mahkemesinin yetkisi, yetki terimi geniş anlamda görevi de kapsadığından bir başka deyişle, görevi sorunu üzerinde durarak başlamak istiyorum.

Hiç şüphesiz ki, ceza yargılama usulünün en temel ilkelerinden biri, Mahkemelerin yetkisinin kanunların göstereceği ilkesidir. Yetki mülkesesinin hukukda ve özel olarak ceza hukukundaki olağanüstü özelliği üzerinde açıklamalar yapmayı zaid sayıyorum. Yalnız şunu belirtiyim ki, yetkisiz bir mahkemenin kararı, butlan ile malul ve herhalde bozmayı gerektirir bir karardır.

Yargıtay incelemesine konu olan kararın bu niteliği üzerinde sırf hukuk tekniği açısından duracağız. Sorun sırf yasalar ve hukuk tekniği açısından ortaya konulsa bile, Sıkıyönetim Mahkemelerinde görevli Askeri Yargıçların Anayasanın öngördüğü hakimlik güvencesinden yoksun olduklarına ilişkin iddialarımızın yeni delilleri de ortaya çıkacaktır.

Davamızdaki somut durum ve sorun açıkça şudur:

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Nolu Askeri Mahkemesi, Dairenizin bozma kararından sonra davaya bakmaya ve hüküm verme yetkilimidir?

Bilindiği gibi, İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Nolu Askeri Mahkemesinin 22.4.1972 gün ve 1972/3 esas, 1972/9 karar sayılı hükmü Dairenizin 2.12.1972 gün ve 1972/315 esas, 1972/378 sayılı kararı ile kısmen onanmış ve kısmen de bozulmuştur.

Bozmayı müteakip Dosya İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı Askeri Mahkemesine tevdi edilmiş ve bu mahkemece şimdi Yargıtay incelemesi yapılan hüküm tesis edilmiştir.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 220 maddesinin 1. fıkrası, Askeri Mahkemeden verilmiş hükümün Askeri Yargıtayda incelenmesi sonucu bozulması halinde hangi mahkemenin yeniden yargılama yapmaya yetkili olduğunu açıkca tayin etmiştir.

Söz konusu hüküm aynen şöyledir:

"Askeri Yargıtay hükmü bozmuş ise, işi yeniden inceleyip sonuçlandırmak üzere dava dosyasını hükmü bozulan Askeri Mahkemeye gönderir."

Açıkca görülüyor ki, yeniden yargılama yapmaya yetkili mahkeme hükmü bozulan mahkemedir. Ve bu konuda 353 sayılı kanun, yetkili mahkemeyi mutlak olarak tayin ve tesbit etmiştir.

353 sayılı kanun yetkili mahkemeyi mutlak olarak tayin ve tesbit etmiştir diyoruz. Zira gerek Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun ve gerekse 353 sayılı kanunla kaldırılmış bulunan Askeri Mahkemeler Usulü Kanununun mütenazır maddelerini incelersek bu husus daha da açıklığa kavuşmuş olur:

Gerçekten Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322. maddesinde:

"Sair hallerde Temyiz Mahkemesi işi yeniden tezkik ve hükümlenmek üzere hükmü bozulan mahkemeye veya o derece diğer civar bir mahkemeye gönderir";

Askeri Muhakeme Usulü Kanunu'nun 243. maddesinde de:

"Sair hallerde Askeri Temyiz Mahkemesi işi yeniden tezkik

ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan askeri mahkemeye veya o derecede diğer bir askeri mahkemeye gönderilir" denilmektedir.

Görülüyor ki, 353 Sayılı Kanun bir yandan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'unda yer alan dosyanın "veya o derece diğer civar bir mahkemeye" gönderilmesi hükmüne yer vermediği gibi, öte yandan eski Askeri Muhakeme Usulü Kanunu'nunda da yer alan bu hükmü de kaldırmıştır.

353 Sayılı Kanun'un uygulanmasında Yargıtay bozmasından sonra yargılama yapmaya ve hüküm vermiye yetkili mahkeme, ancak hükmü bozulan askeri mahkemedir. İş ancak bu mahkeme sonuçlandırılabilir. Hükmü bozulan mahkeme derecesinde diğer bir civar mahkemesi olsa bilâhâ, dosya bu mahkemeye gelemez ve bu mahkeme hukuksal olarak yargılama yapıp hüküm vermiye yetkili olamaz. Zira mahkemelerin yetkisini ancak kanun gösterir.

Yetki itirazımıza karşı, Mahkeme Kararında "Ortada 1 Nolu Mahkemenin işaret olunan usul içinde ilga edilmiş olması gibi 353 Sayılı Kanun'un 220/1 madde ve fıkrasının uygulanmasını imkansız kılan fiili bir durum mevcut olduğu" gerekçe olarak ileri sürülerek itirazımız reddedilmiştir.

Gerçekten de, ortada fiili bir durum vardır. İstanbul 1 Numaralı Sıkıyönetim Mahkemesi, Dairenizin 2 Aralık 1972 günlü kararıyla bozduğu, 22 Nisan 1972 tarihli Kararı verdikten 26 gün sonra lağvedilmiştir. Resmi Gazete'nin 18 Mayıs 1972 günlü sayısında yayımlanan bazı askeri hakimlerle dört subayın atanmalarına ilişkin kararnamede şu atamalar da vardır: "İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Numaralı Askeri Mahkemesi Başkanı Tuğgeneral Kâzım Til, 943-33, İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı Askeri Mahkemesi Başkanlığına, -İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Numaralı Askeri Mahkemesi hâkimi, Hâkim Albay Remzi Şirin, 949-b-11, Dokuzuncu Kolordu Komutanlığı Adli Müşavirliğine, -İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Numaralı Askeri Mahkemesi Hâkimi, Deniz Hâkim Binbaşı Saydam Erdok, 960-450, Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askeri Savcılığına".

*Ambarbaşı Sunay, Melis (Basbakan vekili - Milli Savunma Bakanlığı)*

Gerek bu tarihte yürürlükte olan 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 23. maddesi ve gerekse 1728 sayılı "1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bir geçici madde eklenmesine dair kanun'un geçici 2. maddesine göre, Sıkıyönetim Komutanlığı nezdinde kurulan mahkemelerin ancak Sıkıyönetim sona erdikten sonra kaldırılabilceğini, bu halde mahkemelerde görevli Askeri Hakim ve Savcılarının sayısının azaltılabileceğini hükme bağlamıştır. Oysa İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Numaralı Askeri Mahkemesi, Sıkıyönetim süresinde lağvedilmiş bulunmaktadır.

Mahkeme ise yetki itirazımızın reddi gerekçesinde, 1 Numaralı Mahkemenin lağvının yasal nedenlere dayandığını savunmuştur.

Bu durumda iki noktanın aydınlanması ve cevaplandırılması gerekmektedir:

**B i r i n c i s i;** Mahkemenin, idarenin 1 Nolu Mahkemeyi yasal nedenlere dayanılarak lağvettigine ilişkin görüşü, 353 Sayılı Kanun'un sunulan açık hükmüne rağmen, yargılama yapmaya ve hüküm vermiye kendisini yetkili kılar mı?

**İ k i n c i s i;** Mahkemeyi, gerekçesinde belirtilen, 353 Sayılı Kanun'un 220/1 madde ve fıkrasının uygulanmasını imkansız kılan fiili bir durumun mevcut olması yargılama yapmaya ve bir ölüm cezası üç müebbet ağır hapis cezası ve diğer ağır cezalar hakkında hüküm vermiye hukuken yetkili kılar mı?

Ceza Yargılama Usulünün en temel ilkelerinden biri olan mahkemelerin yetkisinin ancak kanunla belirleneceği ilkesi ve 353 Sayılı Kanun'un 220/1 maddesi karşısında yukarıdaki soruların cevabının olumsuz olacağı kanısındayız. Yetki itirazımızın reddi hükmün bozulmasını gerektirir.

Fikrinizce bu durumda, kıyasen uygulanması gereken hükmün, görev ve yetki meselesini halleden 1728 Sayılı "1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanun'unun Bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bir geçici madde eklenmesine dair kanun"un geçici 2. maddesinin son fıkrası olması düşünülmelidir.

SAYIN BAŞKAN, SAYIN ÜYELER

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Nolu Askeri Mahkemesi kararının Dairenizce "Suç vasfı" ve "Uygulama" yönünden bozulmuş olması ve bozmaya da mahkemece uyulmuş bulunması, yargılama tekniği açısından sözlü açıklamanın sınırını daraltmıştır.

Bu yüzden ki, dava sanıklarından hiç birine TCK 146. maddesinin uygulanma olanağının bulunmadığı hakkındaki savunmanın temel tezini, gerekçe ve hukuksal ayrıntılarıyla dairenize sunmanın hukuki bir yararı yoktur.

Fakat bu doğrultudaki görüşümüzü açıklamanın yargılama tekniği açısından arz edilen nedenle bir yararı yoksa da; gerek İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Nolu Askeri Mahkemesi Kararında belirtilen ve gerekse bu kararın Yargıtay İncelenmesindeki murafatında sunduğumuz gerekçelerle, neticeten TCK 146. maddesinin, öncelikle sanıkların kastları ve sonrada madde unsurlarının hukuksal çözümlenmesi açısından, davada uygulanma olanağı bulunmadığına dair savunma tezinin doğruluğuna olan inancımızı tekrarlamamıza izin verilsin.

Daireniz İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Numaralı Askeri Mahkemenin kararını sadece (suç vasfı) yönünden kanuna aykırı görmüş ve sadece (suç vasfı) yönünden hükmü bozmuştur. Ve tarafların sair Tenyiz "şim-dilik" kaydıyla inceleme konusu yapmamıştır. <sup>sebeplerini</sup>

Temel niteliği İçtihat Mahkemesi olan Yargıtay'ın, suç vasfı, ve uygulama yönünden hükmü bozduğuna göre, TCK 146. madde açısından asli ve ferî failleri nitelendirmesine ve sıralamasına hukuken imkan yoktur. Aksi düşünce Dairenizin bizzat davanın esasına hükmettiği anlamına gelir. Oysa 353 Sayılı Kanun Askeri Yargıtay'ın hangi hallerde bizzat davanın esasına hükmedeceğini belirlemiştir. Kanunda yazılı hallerden hiç biri olaya ve davamıza uygun düşmemektedir.

Gerçekten Daireniz müvekkil sanıkların, Anayasayı Tebdil ve taygir suçunun asli veya fer'i failleri olup olmayacakları düşünülmeden karar verilmiş olması dolayısıyla hükmü bozmuş sübut, vasıf ve noksan soruşturmaya ilişkin ve bilcümle temyiz sebeplerinin incelenmesinin şimdilik kaydıyla reddine karar vermiştir.

Yukarıda sunulan nedenle açıklamalarımızı sübut, vasıf, noksan soruşturma ve ceza kanununun belli maddelerinin sanıklar yararına uygulanması sorununa inhisar ettiriyorum.

Müdafilere arasındaki iş bölümünden ötürü, sübut ve maddi fiiller açısından, açıklamalarımız sanık müvekkillerimden Nahit Tören'e ilişkin olacaktır :

Şu hususu kesinlikle belirtmek isterim ki: Nahit Tören Unkapanı Ziraat Bankası olayında yoktur.

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı mahkemesinin Temyiz konusu yapılan kararının 87. sayfasında bu olaya ilişkin olarak şöyle denmektedir:

"Örgütün 3.5.1971 günü gerçekleştirdiği ve odacı Tahsin Yaman'ın ölümü veznadar Hasan Saygılı'nın yaralanması ile sonuçlanan Unkapanı Ziraat Bankası Şubesi silahlı soygununa Nahit Tören katılmadığını beyan etmekte ise de genel bölümde/açıkladığı üzere dinlenen tanıklar Ali Kahyagil, Cengiz Sülaymangil, Aydemir Akzenet, Hasan Saygılı'nın teğhis ve beyanları, bu beyanlara müsteniden mülga 1 Nolu Mahkemece varılan kabul,



Askeri Yargıtay 4. Dairesinin sanığın da dahil olduğu 4 sanık (Nahit Tören, Osman Bahadır, Yavuz Yıldırımürk, Oktay Kaynak) hakkında mankemece varılan kabulde isabetsizlik olmadığı ve bu cihete matuf temyiz sebeplerinin reddine müteallik kabulü karşısında heyetimizcede aynı kanaata varılmasını gerektirmiştir".

Öncelikle bu hususu tekrar etmek isteriz ki, yukarıda arz ve izah olunduğu üzere Dairenizin bozma kararında Nahit Tören'in Ziraat Bankası Unkapanı Şubesi olayına katıldığına dair hiç bir kayıt yoktur. Bu bakımdan Mahkemenin bu husustaki gerekçesi geçerli değildir.

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Savcılığının 13.12.1971 tarihli Nahit Tören hakkındaki idd'anesinde, sanığın Ziraat Bankası olayına katılmadığı beyan edilmiştir. Gerçekten de hazırlık tahkikatı ifadelerinde sanık açıkca Ziraat Bankası olayına katılmadığını söylemektedir. Ve bu doğrultudaki ifadesini de yakalandığından dava sonuna kadar değiştirmiş de değildir.

Sanığın bu olaya iştirak ettiğine ilişkin dayanaklar, İstanbul 1 Numaralı Askeri Mahkemesi'nin kararının 19. sayfasında belirtilmiştir. Mahkeme kararına göre bu dayanaklar da şahit ifadeleridir.

Bu durum karşısında şahit ifadelerini duruşma zabıtlarından tek tek ele alarak aralarındaki çelişkiyi sergilemek gerekmektedir:

Ziraat Bankası olayı tanıklarının tümü onbir kişidir. Bunlardan tanık Süheyla Uygun, Münevver Çelim, Bülent Şenyüksel, Ömer Postaoglu, Selma Sivrikaya, Cavit Başol, Ahmet Börek, Hasan Saygıcı 22.12.1971 ve 29.12.1971 tarihli duruşma zabıtlarında görüldüğü üzere duruşmayı yürüten yargıç tarafından vaki "Nahit Tören'i gördünüz mü?" sualine karşı "Hayır görmedik" demektedirler. 1 Numaralı Askeri Mahkeme kararının 19. sayfasında veznadar Hasan Saygılı'nın Nahit Tören'i teşhis ettiği belirtilmektedir. Oysa, Tanık Hasan Saygılı 29.12.1971 tarihli duruşmada E Nahit Tören'i teşhis ettiğini bildirmemekte aksine Nahit Tören'i hiç gör-

medim demektedir. S.92. Bu şahide göre vezneye giren, sanık Cihan Alptekin'dir. Alehte bulunan şak tanık Cengiz Süleymangil ise "hatırlıyorum vezneye giren şahsı burada şimdi gösterebilirim diyerek Nahit Tören'i" göstermiştir. S.94. Görülüyor ki aleyhteki şak tanığın ifadesi de veznedar Hasan Saygılı'nın ifadesi ile gelişmektedir.

Tanık Ali Kahyagil'in ifadesi ise Cengiz Süleymangil'in ifadesi başta olmak üzere diğer bütün ifadelerle gelişmektedir. Kahyagil Tören'in müdür odasına geldiğini, Süleymangil ise vezneye geldiğini söylemekte, Hasan Saygılı ise hiç görmediğini beyan etmektedir. Süleymangil ve Kahyagil'in ifadelerine göre Nahit Tören hem veznede hem müdür odasında olabilmektedir.

Bu konuda gerçeğin ifadesi Banka Müdürü Aydemir Akmelek'in ifadesinde bulunabilir:

"Nahit Tören'in ise gazetelerde, o kadar çok resmini gördüm ki guur altına yerleşti, şimdi tanıyorum diyerek Nahit Tören'i gösterdi. Ve şimdi kati olarak odama ilk girenin Nahit Tören mi, yoksa bir başkasını olduğunu söyleyemem... Nahit Tören'i tanıyorum, fakat gazetelerde o kadar çok resmini gördüm ki onun da bir telkini olabilir.(D.T.s.81.)"

Bu mübayanetler, giderilemez mübayanetlerdir, ceza tatbikatında ise mübayan tanık beyanları geçerliliklerini yitirmektedir.

Öte yandan henüz duruşmalar yeni başladığında, Nahit Tören daha yakalanmadan sorgusu sırasında, Cihan Alptekin, bu olayda Nahit Tören'in rolü olmadığını açıklamıştı: "Bu Unkapanı Ziraat Bankası soygununda Nahit Tören yoktur. (D.T.s.7)" Ömer Ayna da 7.10.1971 tarihli duruşmada "İstanbul Unkapanı şubesini soyarken, evvelki ifademde Oktay Kaynak ve İbrahim Öztaş yerine Cihan Alptekin ve Nahit Tören'i söyledim. Deşifre olmaması için Oktay Kaynak ve İbrahim Öztaş'ın ismini vermemiştım. Bu ifadem doğrudur, bu hususu arkadaşım Oktay Kaynak'ta izah edecektir". demektedir. Oktay Kaynak'ta, Nahit Tören daha yakalanmadan bir gerçeği belirtmiştir:



"Unkapanı Ziraat Bankası soggununda Nahit Tören ve Cihan Alptekin yoktu. (D.T.s.17)" Kaldiki Mahkege Kararın 39. sayfasında, Tören'in Ziraat Bankası olayına katıldığı yolunda kesin bir kanı belirtmemekte, sadece Daire Kararı bizce hatalı yorumlanarak sanığın bu eyleme katıldığının kabulü zorunluluk arzettiğidir, denilmektedir.

Temyiz olunan hükmün 75.sayfasında Osman Bahadır'a ilişkin olarak belirtilen şu görüş, Mahkemenin soruşturmanın genişletilmesine karşı düşüncelerini aksettirmektedir:

"Sanığın mevcut açık ikrarlarından rücu ederek olay günü Ankara'da olduğunu iddia ve bunu isbatlama sadedinde delil ikame istemeleri kollektif gaye suçunda suç oranını düşürme gayretine matuf görünüp, kabule şayan bulunmamıştır"

Mahkeme sahip olduğu bu düşünce ile soruşturmanın genişletilmesine ilişkin ve gerçeği ortaya çıkaracak istemlerimizi reddederek noksan soruşturma ile hükme varmıştır.

Nahit Tören'e ilişkin soruşturmanın genişletilmesi hakkındaki taleplerimiz şunlardı:

"A-Sanık Nahit Tören'in Unkapanı Ziraat Bankası olayına katılmadığını ispatı zımında aşağıda kimliği yazılı şahidin mahkemeye celp ile dinlenmesine karar verilmesini talep ederiz:Cengiz Cuci, Elazığ'da mühendis

B-Sanık Nahit Tören'in Ziraat Bankası Unkapanı şubesinde kendisinin ve aleyhte bulunan ifadesi kesinlikten yoksun şahit Ali Kahyagil'in iştiraki ile keşif yapılmasını talep ederiz.

C-Sanık Nahit Tören'in 1970 yılı başından itibaren ne kadar süre ile tutuklu bulunduğu, Ankara Ceza ve Tevkif evinden son tahliye tarihinin ne olduğunun İstanbul ve Ankara C. Savcılıkları ile İstanbul Askeri Savcılığından sorulmasına karar verilmesini talep ederiz.

D-Bekçi Musin Özen'in yaralanması olayı ile ilgili olarak Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Nolu Askeri Mahkemesinde rüyet edilmiş bulunan Fevzi Bal dosyasının ve kararının celbine karar verilmesini talep ederiz.

E- Tepebaşı Amerikan Kültür Merkezi arka bahçe duvarının zara-ra uğrayıp uğramadığının tesbiti fiilinin kanuni kapsamını değiştirece-ğinden ve neticeye müessiriyet taşıyacağından mahallen keşif icrasıyla, ilgililerin dinlenmesine karar verilmesini talep ederiz. ”

Soruşturmanın genişletilmesi hakkındaki bu isteklerimizin her birinin sanığın bir olaydaki mevcudiyetini yada yerini tayin edecek nite-likte ve hükme etkili haklı talepler olmasına rağmen, soyut bir deyişle kollektif gaye suçundan suç oranını düşürme gayretine matuf görünüp ka-bule şayan bulunmamıştır. Bu şekliylede noksan soruşturmayla hüküm tesis edilmiştir.

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığının 3 Numaralı Askeri Mahkemesi kararınının 83. sayfasında tüm yargılama boyunca ileri sürülmeyen ve delil-lendirilmeyen bazı olaylara "sanığın kişiliği ve eylemlerdeki yerini şü-mülü ile ortaya koyabilmek bakımından" ihtiyac hissedildiği görülmektedir.

Yargılama boyunca tartışılmıyan bu noktalar gerçeklere uygun değildir:

1-1968 yılında TİP Konya İl Başkanı'nın hazırladığı antiemper-yalist "6. Filoya hayır" adlı proğosto mitingi sebebiyle büyük olaylar çıktığı ve miting hazırlayıcısı olarak Nahit Tören'i adli soruşturmaya uğradığı kararda belirtilmektedir.

Oysa Nahit Tören söz konusu olayda yargılanmamış mahkemece tanık sıfatıyla ifadesine başvurulmuştur.

2- 15-16 Haziran 1970 olayları sırasında Nahit Tören herneka-dar tutuklanmışsa da bu olaylardaki fiilleri yüzünden hakkında verilmiş gerek adli gerek Askeri hiç bir hüküm yoktur.

3- Mahkemeye göre, Nahit Tören 1970 Sonbaharında Cihan Alptekin ile birlikte Ordu ve Giresunda ki mitinglere katılmış halkı itaatsizli-

ge ve kanunsuzluğa teşvik ve tahrik etmiştir.

Oysa 1970 Sonbaharında gerek nahit Tören ve Gerekse Cihan Alptekin cezaevinde tutuklu bulunmaktaydılar. Nahit Tören 11 Eylül 1970 tarihinde cezaevinden çıkmış ve 26 Ekim 1970 tarihinde tekrar Dev-Genç davası dolayısı ile Ankara Merkez Cezaevine girmiştir. Cihan Alptekin ise, 1970 yılı Ekim ayında Bursa cezaevinden çıkmış ve bir ay sonra da Ankara Cezaevine girmiştir.

Yukarıda sunulan hususlar -ki bunları Mahkeme sanığın kişiliğini ve eylemlerdeki yerini şumulü ile ortaya koymak amacı ile vermektedir- Mahkemenin noksan soruşturma ile hükme vardığının açık örnekleridir.

Mahkeme, sanık Nahit Tören'e ölüm cezası verirken iki varsayımdan hareket etmiştir. Bu varsayımlardan;

B i r i n c i s i, Nahit Tören'in Türkiye Halk Kurtuluş Ordusunun emrú kumandayı haiz liderlerinden biri olduğu,

İ k i n c i s i, Örgütün İstanbul kanadının yakalanmalar ve ayrılmalar ile çökmesini takiben yeniden derlenme, toplanma ve eylemlere geçilmesi yönündeki faaliyetlerde bulunduğu hususlarıdır.

Bu iki varsayımı gerçekmiş gibi kabul eden Mahkeme, sanığa TCK'nın 59. maddesi gereğince takdiri tahfif uygulamasına lüzum görmemiştir.

Bu durumda, takdiri hafifletici sebepler müessesinin uygulanmasına ilişkin Askeri Yargıtay Daire ve Daireler Kurulu Kararları hakkındaki savunma görüşünü sunmak isterim:

Ceza Kanunumuzda cezalar genellikle iki hâd arasında gösterilmiş olmasına rağmen, bazı suçların cezaları sabittir. Sanık Nahit Tören'e uygulanmasına karar verilen TCK 146/1. maddesinde yer alan ölüm cezası bu türdendir. Kanundaki cezaları, iki hâd arasında gösterilmiş olan suçları işliyenlere ceza tayin edilirken bu iki hâd

arasında serbestçe ve fakat hukuksal bir gerekçe ile , cezayı tayin etmek suretiyle hakim, olaya ve suçluya en uygun cezayı tayin etme olanagina sahip ise de, sabit cezalı suçlarda bu olanagi bulmadigi şüphesizdir. Bu durumda ise TCK 59. maddesiyle aynı gayeye ulaşılması ve tatbik edilmesi zorunlugu vardır.

TCK 59. maddesi ile, cezayı azaltıcı takdiri sebebler müessesesi kabul edilmiş, fakat madde muhtevasında nelerin veya ne gibi hallerin takdiri tahfif sebep konusu olabilecegi gösterilmediği gibi; takdiri tahfife konu olabilecek hususların genel karakteristik vasıflarından dahi bahsedilmemiştir.

Bu yüzdendir ki, olaya ve sanığın durumuna göre Mahkemeye hukuksal düşünce ve içtihatlar yol göstermektedir.

Askeri Yargıtay Daireleri ve Daireler Kurulu Kararları tüm olarak incelendiğinde, TCK 59. maddesinde tedvin edilmiş bulunan cezayı azaltıcı takdiri sebebler müessesesinin belli bir ilkeye doğru gelişim gösterdiği ve dava konusu örneği kollektif suçlarda ilkenin saptandığı açıkça görülmektedir.

Bu ilke, sabit cezalı suç olan TCK 146/1. madde uygulanmasında (sevki idare) kavramında belirlenmektedir.

Askeri Savcı esas hakkındaki mütaalasında şöyle demiştir:

(T.H.K.O örgütünün Ankara bölgesinde, aynı stareteji ve taktiklerle aynı ideolojik amaca yönelik eylemlerde bulunan ve böylece, TCK 146. maddesini ihlal eden sanık gurubu hakkında Ankara 1 No. Sıkıyönetim As. Mahkemesi'nin ittihaz ettiği mahkûmiyet hükmi ile ilgili olarak As. Yargıtay Daireler Kurulunun (24.4.1972 tarih, 972/28 esas ve 972/30 karar) sayıklı ilâmınının, bu davada da yüksek Mahkemenize ışık tutacağı kanısındayız).

Mahkemenin de yararlandığını bildirdiği Askeri Yargıtay Kararınının 11. sayfasında da aynen şöyle denmektedir:

"Türkiye'de silahlı eylemlerle Marksist ve Leninist ve Mao'cu bir düzen kurmak maksadıyla TCK'nun 146. maddesinde ifadesini bulan Anayasayı ihlal suçunu irtikap için bir çok örgüt kurulduğu, bir merkezden emir almışcasına, uygulama metotlarındaki farklılık hariç aynı gayenin tahakkukuna çalışan bu gizli örgütlerin Türkiye Gizli Komünist Partisi'nin direktifi mahiyetindeki Bilimsel Sosyalizmi(Komünizmi) eylem kılavuzu olarak kabul eden sanıkların dosyadan da anlaşılacağı üzere;

a-Türkiye Halk Kurtuluş Partisi ve Cephesi

(T.H.K.P ve T.H.K.C.)

b-Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu

(T.H.K.O.)

c-Proleter Devrimci Aydınlar Gurubu

d-Aydınlık Sosyalist Gurubu

e-Doğu Devrimci Kültür Ocakları Gurubu, gibi gizli örgütler..."

böylece sayılmakta ve İstanbul- Ankara gibi tefriki yapılmaksızın Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu bir örgüt olarak belirtilmektedir.

Bu kabul muvacehesinde, Askeri Yargıtay'ın kullandığı terim ile Türkiye Halk Kurtuluş Ordusunun sevki idarecisi kim yada kimlerdir?

Dosyada mevcut İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 8 Nisan 1972 tarih ve 063069 sayılı yazıya ek'de belirtildiğine göre, Türkiye Halk Kurtuluş Ordusunun liderleri Sinan Cemgil, Deniz Gezmiş ve Cihan Alptekin'cir.

Askeri Savcının esas hakkındaki mütalaasında atıf yaptığı Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Nolu Askeri Mahkemesinin kararında bu kişilere Hüseyin İnan da eklenmektedir.

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığının 22.5.1972 tarihli temyiz lâyihasında:

"Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu, 2 bölgede merkez kurmuştur:

1-Ankara bölgesi(Deniz Gezmiş liderliğinde),



2-İstanbul Bölgesi (Cihan Alptekin Liderliğinde)" denilmektedir.

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Numaralı Askeri Mahkemesi kararının 97. sayfasında Askeri Yargıtay'ın kullandığı (sevki idare) terimi yerine, aynı anlama gelen (emrû kumanda) terimi kullanılarak Türkiye Halk Kurtuluş Ordusunun Ankara'da Deniz Gezmiş ve İstanbul'da da Cihan Alptekin'in emrû kumandayı haiz olduğu hususu hükme bağlanmış bulunmaktadır.

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı Askeri Mahkemesi kararının 56. sayfasında, Türkiye Halk Kurtuluş Ordusunun bir bütün olduğu şöylece kabul görmüş bulunmaktadır:

"Bütün bu ilişkilerin ortaya koyduğu gerçek devamımızdaki sanıkların ferden veya toplu olarak hukuki ve fiili durumlarının mensubu buldukları T.H.K.O örgütü içinde topyekün mütaalası ve buna göre değerlendirilmesi gerekliliğidir."

Karada belirtilmesine rağmen, ne Nahit Tören'e TCK 59. maddesinin uygulanması açısından ve ne de TCK'nın 146/1. maddesini uygulanmasına karar verilen diğer sanık müvekkillerimin olayda bir bütün olarak fer'i fail durumunda oldukları değerlendirilmeden hükme varılmıştır.

Gerçekte İstanbul da Cihan Alptekin'in emrû kumandayı, diğer bir deyimle sevki idareyi haiz olduğu yani tek lider bulunduğu yolundaki kabulün, aksine dosyada herhangi yeni bir durum da yoktur.

Askeri Yargıtay Daire ve Daireler Kurulu Kararlarının Tüm olarak incelenmesinde ortaya çıkan sonuç şudur:

Örgüt mensuplarını sevk ve idare etme yetkisini uhdesinde taşımayan yani hareketin lideri olmıyan sanığa TCK 59. maddesini uygulanması gerekir.

Askeri Yargıtay Kararlarında belirlenen bu ilke, özellikle Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 7.6.1972 gün ve E. 972/49, K. 972/49 sayılı Kararına Sayın Hâk. Tuğg. Gürsel, Hâk. Alb. Sirer, Hâk. Alb. Ünüulu, Hâk. Alb. Darıcıoğlu, Hâk. Alb. Marşan, Hâk. Alb. Yavuzer, Hâk. Alb. Tüzün'ün verdikleri muhalefet şerhinde formüle edilmiştir.

Mahkeme Tören'in bir yandan asli fail sayılmasına, öte yandan TCK 59. maddesinin uygulanmasına gerek olmadığına karar verirken, ikinci gerekçe olarak da sanığın "örgütün İstanbul kanadının yakalanmalar ve ayrılmalar ile çökmesini takiben yeniden derlenme toplanma ve eylemlere geçilme yönündeki faaliyetleri göz önüne alınarak TCK 59. mad. gereğince takdiri tahfif uygulanmasına lüzum görülmediğini" bildirmektedir.

Örgütü yeniden derleme ve toplama eylemlerinin somut delili olarak da, "Nahit Tören'in uzun süre avare şekilde İstanbul'da dolaştıktan sonra Halis Fındık'ın evine yerleşmesini takiben yeniden örgüt namına derlenme toplanma gayretine giriştiği ve örgütün hayatiyetini devam ettirdiği kanaatini yaymak maksadıyla yeni eylemler planlayıp gerçekleştirdiğini"(karar s.87) göstermektedir.

Mahkeme bir yandan, söz konusu olan şehrin muhtelif yerlerindeki patlamaları -ki buradaki fiil, bir Murat arabanın bagaj kısmının kısmen tahribi gibi "nası ızrar" fiilleridir- örgütü derleme toplama kaskına bağlarken; öbür yandan aynı kararın 41. sayfasında şöyle demektedir: "Halis Fındık'a ait evde kalırken yanına gelen Fevzi Bal ile buluşmuş bu sıralarda Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı 1 Nolu Askeri Mahkemesi'nin örgütün Ankara gurubundan Deniz Gezmiş ve 17 arkadaşı hakkında ölüm cezası kararının açıklanması sırasında ve hemen aynı zamanlarda Amerikan baş yardımcısı Spiro Agner'in Türkiye'ye gelişi haberleri üzerine Nahit Tören ve Fevzi Bal yeni bir eyleme geçme kararına varmışlar"dır.

Açıkça görülmektedir ki, Mahkeme burada sanığın kasdının iki olayı protosta etmek olduğunu kabul etmiştir. Karardaki bu gözle görülür çelişi üzerinde daha fazla durmaya gerek görmemekteyiz.

Burada bir başka nokta üzerinde durmak istiyorum:

Değerli yargıçlar Hak. Tugg. Gökçen ve Hak. Alb. Saçlıoğlu 24.4.972 tarihli Daireler Kurulu kararına verdikleri muhalefet şerhinde belirttikleri gibi "Adi suçlarda, yerine göre sebep ve saikler, suçun işlenme şartları ve ortamı nasıl takdiri hafifletici sebep olarak nazara alınabiliyorsa, siyasi suçlarda da siyasi ortam, bu çeşit suça tayin edilecek cezanın dozunu, hem meydana getireceği içtimai fayda hem de siyasi fayda bakımından tayinde mahkeme tarafından nazara alınabilir. Ve olaylara siyasi ortamın etkisi bulunduğu kanaat getirildiği zaman da siyasi ortam takdiri hafifletici sebep olarak kabul edilebilir." Yargıçlar bu hukuki ilkenin uygulanmasını somutlaştırarak şöyle devam etmektedirler: "Sanıkların gizli cemiyet kurup eylemlere başladıkları ve sürdürdükleri tarihlerde iktidar; hukuk, idare ve siyaset açısından akıl almaz bir tutum içinde bulunuyordu. Bu tutum, vatanını ve milletini kişisel çıkarlarından daha çok seven ve bunun doğurabileceği sonuçları idrak eden her Türk'ün iktidara karşı çeşitli duygularla dolup taşmasına yol açıyordu."

Müvekkilimiz sanıklar, Türkiye'nin içinde bulunduğu sosya-politika durum hakkındaki görüşlerini, gerek sorgu ve savunmalarında ve gerekse çeşitli celselerdeki beyanlarıyla dosyaya intikal ettirmişlerdir.

Çıkan sonuç şudur ki;

Muhalefet şerhinde de formüle edildiği gibi, sanıklarında sorgu ve savunmalarında analiz ettikleri siyasi ortamın takdiri hafifletici sebep olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı Askeri Mahkemesi Kararının 57. sayfasında şöyle denmektedir:

"Daireler Kurulu kararında belirtildiği üzere önemli olan husus ihtilalcilerde sahip oldukları ideolojik, uyguladıkları metot ve eylemler ve amaç noktası bakımından Anayasal düzeni zor yoluyla değiştirmeye muktedir oldukları inancının hakim olmasıdır. Daha önceki bölümlerde değinildiği ve örgütün Ankara ve İstanbul kanadının eylemleri öncesi ve sonrası yayınladıkları bildiriler, örgütün fikriyatını belirten "Türkiye Devriminin Yolu" isimli broşürdeki açıklamalar, hemen tüm sanıkların sorgu ve savunmalarında ileri sürdükleri hususlar örgüt mensuplarında bu inancın hakim olduğu açıkça ortaya koymaktadır; o halde sanıkların münnet TCK'nun 146. maddesini ihlal suçunun unsurlarından olan elverişli vasıtalar unsurunun olayda mevcut olmadığı söz konusu edilemez"

Mahkemeye göre, sanıklar Anayasal düzeni zor yoluyla değiştirmeye muktedir oldukları inancını taşıyorlarsa "elverişli vasıtaya" sahiptirler. Oysa elverişli vasıta kavramı objektif bir durumun ifadesidir, bu objektif durumu inanca, subjektif bir ruh haline bağlamak hukuken ve fiilen olanaksızdır. Hukuk literatürü objektif ve subjektif durumların sınırlarını çizen ve kabul edilmiş örneklerle doludur. *Kaldırılacak örnek*

TCK 146. maddedeki teşebbüsün, genel hükümlerde sınırları, unsurları açıklanan tarif içinde mütaalası mecburiyeti kabul edilmiştir. *Hukuk literatürü: Remzi Şişir Kararı*

61. madde teşebbüsü "Bir kimse işlemeği kast eylediği bir cürmü vesaiti mahsusası ile icraya başlayıpta, esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazı fiilleri ikmal edememiş....." şeklinde açıklanmaktadır.

61. maddedeki teşebbüsün varlığı için, bir kimsenin kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusası ile icraya başlanması gerekmektedir. Burada vesaiti mahsusası ilgili cürme bağlı ve racidir. Vesaiti mahsusası, doğ-

*Bu kararın 83 sayfa sonundan 84. sayfa ortasına kadar ahundur.*

rudan doğruya kasdedilen cürme ait vesaiti mahsusadır. Zira maddede, işlemegi kasdeylediği bir cürmü, vesaiti mahsusa ile icraya başlayıpda demektir. Bu bakımdan teşebbüs, kasdedilen cürmün vesaiti mahsusası kasdedilen cürme ait, kasdedilen cürümle doğrudan doğruya ilgili vesaiti mahsusa ile icraya başlamaktır. Yani 146. maddedeki cürmün, 146. madde-nin ihlaline ait vesaiti mahsusa, 146. madde ile doğrudan doğruya ilgili vesaiti mahsusa ile icraya başlamanın aranması gerekmektedir. Yoksa sub-jektif bir ruh haleti olan inanç vesaiti mahsusa olarak kabul edilemez. Bu şekilde bir anlayış TCK'nun 1. maddesi ile gelişir. Zira benzetme, kıyas, yorum TCK 1. maddesi ile yasaklanmıştır.

Nahit Tören'e bütün bu hukuki ve fiili duruma rağmen, TCK'nun 59.maddesini uygulamıyan Mahkeme, Kararın 60. sayfasında ve genel bir yaklaşımla şöyle demektedir:

"TCK'nun 146/1 maddesi bilindiği gibi sabit bir cezayı "Ölüm Cezasını" kapsamaktadır, bir yaşatma ve yoketmenin söz konusu olduğu bu halde hakimin de beşeri bir varlık olduğu sosyal, ekonomik ve poli-tik düşünce tarzlarıyla veya toplumda bazı olaylar sebebi ile belirli bir süre hakim olan his ve heyecan dalgalanmalarının etkisinde istisna olarak kalabileceği, hayatla ölüm arasındaki ince çizgiyi sanık aleyhine istemeden aşabileceği unutulmaması gereken hayati bir konu olmalıdır, bu kadar önemli bir konuda verilecek ölüm kararı gelecekte maşeri vic-danda olduğu kadar bizzat kararı veren hakimin vicdanında da bazı hallerde devamlı bir muhasebe konusu olacak ve belki bizzat hakimde bitmiyen manevi rahatsızlıkları sürdürecektir. Kanunun yüksek dereceli mahkemenin kontrol ve müdahalesine dahil olması kamu oyu ve bizzat ka-rar mahkemesini hukuk yönünden tatmin edecek, benzer olaylarla karşıla-şan hakimin tam bir vicdan huzuru ile karar verme ortam ve olanakları-nı yaratacaktır".

Kararın 89. sayfasında Nahit Tören'in durumu için somut olarak



"Bu konu bu kerede suçun şahsileştirilmesi bakımından takdiri tahfif sebeplerini resen takdir ve kontrol yetkisini aşıkâr olan Askeri Yargıtay'ın isabetli olacağı şüphesiz ~~inca~~ inceleme ve takdirlerine arz edilmiştir".

Nahit Tören'in şu sözleri göz önünde tutulmalıdır, "Esasen arkadaşlarla evlerinde devamlı kalışım yoktur. Bir eyleme geçileceği zaman bana haber verirlerdi ben de bu suretle harekete katılırdım. Sair zamanlar için bir takım istihbarat işleriyle uğraşır ve çeşitli yerlerde kalırdım."(7 Aralık 1971 günlü Askeri Savcılık ifadesi, s.2)

Mahkeme yukarıdanberi arz ve izah ettiğimiz hukuki ve fiili duruma rağmen Nahit Tören ve ayrıca diğer sanıklar Osman Bahadır, Yavuz Yıldırım Türk, Oktay Kaynak hakkında ölüm cezasına hükmetmiştir. Oysa ölüm cezası Anayasamıza aykırıdır.

#### SAYIN BAŞKAN, SAYIN ÜYELER

Ölüm cezasının Anayasamıza aykırılığını öne sürerken, bütün dünyada bu konuda gerçekleşen gelişmeyi kısa bir biçimde sunmaya izin verilsin.

Ölüm cezasının kaldırılması yada uygulanmaması yolundaki gelişimi kısa bir özet biçiminde sunmamızın nedeni, ölüm cezasının çağdışı niteliğini belgeliyen fikir akımlarının, yasal ve yargısal davranışların bütün uygar dünyada gittikçe daha yoğun biçimde gerçekleştiğini izlediğinizden şüphemiz bulunmayışıdır.

9 Temmuz Anayasa'sının çağdaş karakteri ve belli maddeleri, öteyandan Anayasa Mahkemesinin hukuki görüşlerin dondurulup ebedileştirilmiyeceği yolundaki gerçekçi ve ilerici düşüncesi, bizi ölüm cezasının Anayasaya aykırı olduğunu Mahkememizde ileri sürmeye zorunlu kılmıştır.

Dünya'da bugün, kaynağı hümanizmaya ve bilimsel verilere dayanan elle tutulur, açık bir eğilim vardır. Bir çok ülkede gerçekleşen bu egi-

lim, ölüm cezasının yasadan kaldırılması yada uygulanmamasıdır.

Gerçekten Beccaria'nın ölüm cezasının kaldırılması yönünde ilk adım attığı, Toskana ve 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunundan ölüm cezasını çıkarttığından bu yana, bu konuda son derece önemli yasal ve yargısal gelişmeler kaydedilmiştir. 19. yüzyılın ilk yarısından başlayarak, Beccaria'nın izinden yürüyen ünlü hümanist düşünürlerle büyük kriminoloji ve hukuk bilimcilerinin katılması ise, ölüm cezasının kaldırılması yönünde çabaları modern çağın düşünce sisteminin en ileri ve en temel ilkeleri arasına sokmuştur.

Beccaria'nın "suçlar ve cezalar" adını taşıyan ünlü incelemesinde, ölüm cezasının kaldırılması yönünde ileri sürdüğü düşünceler, dün olduğu gibi bu gün dahi, değerini kaybetmiş değildir. Tam tersine bu tezler, yüzelli yıllık bir deneyler ve gelişimler birikimine sahip olan modern hukuk ve kriminolojinin aynı yöndeki çabalarına bilimsel ve hümaniter kaynak olma niteliğini muhafaza etmektedir. O kadar ki, bugün dünya'nın çeşitli ülkelerinde ve çeşitli dönemlerde yapılan istatistikler Beccaria'nın tezlerini her geçen gün biraz daha fazla haklı çıkartmaktadır.

"Hiç bir şekilde yararı olmıyan, gerekli olmadıkça gibi ibreti müessire niteliği de bulunmıyan ölüm cezası kaldırılmalıdır" diyen Beccaria'nın bu temel düşüncesi, bilimsel açıdan da doğrulanarak günümüzde daha geniş boyutlara ulaşmakta ve ölüm cezası, kabul edilmez ve etkin olmıyan bir cezalandırma metodu olarak görünmektedir.

Bu yüzdendir ki, bugün ölüm cezası otuzu aşkın ülkede ya tamamen kaldırılmıştır yada uygulanmamaktadır.

Ölüm cezasını kaldırmış bulunan ülkeler ve cezanın kaldırılış tarihleri şunlardır:

Avusturya, 1950	İngiltere, 1956
Danimarka, 1930	Hondüras, 1894
İtalya, 1948	İsrail, 1954
Norveç, 1902	İzlanda, 1944
Hollanda, 1870	Kolombiya, 1910
Federal Almanya, 1949	Kosta Rika, 1880
İsveç, 1921	Finlandiya, 1949
İsviçre, 1942	Meksika, 1928
A. B. Devletleri, 1972	Panama, 1903
Monaka, 1962	Portekiz, 1867
Brezilya, 1891	Uruguay, 1907
Dominik, 1924	Yeni Zellanda, 1961
Ekvator, 1897	Kanada, 1969

Öteyandan, ölüm cezasının kaldırılması yönünde güçlü bir akımın mevcut bulunduğu Fransa ve diğer bir çok ülkede ise, (örneğin Belçika, tek istisna hariç 1863 yılından bu yana infaz yok; Lüksemburg, tek istisna hariç 1821 yılından bu yana infaz yok) ölüm cezalarında af mekanizması sistematik bir biçimde mahkûm lehinde işletilmektedir.

Açıkça görülmektedir ki, çağdaş dünyada bu ceza mahkûm olmuştur.

Gerçeklerimizi sergilemeden önce, bir hususta açıklama yapılmasına izin verilsin:

Sorun, bir kanun maddesinin daha önce açılmış iptal davası zımında Anayasa Mahkemesince incelenmiş ve Anayasaya aykırı görülmemiş bulunmasının, aynı maddenin yeniden incelenmesine ve Anayasa Mahkemesince iptali için karara bağlanmasına engel olup olmadığıdır.

Bu noktanın açıklığa kavuşması, olayda özel bir önem taşımaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi Esas 1963/207, Karar 1963/175 sayılı Kararıyla, 765 sayılı TCK'nun 11. maddesinin 1 Numaralı bendinde yer

alan ölüm cezasına ilişkin hükmün Anayasaya aykırı olmadığına 1 Temmuz 1963 tarihinde karar vermiştir.

11 yıl evvel verilmiş bu karar yüzünden, ölüm cezasının Anayasaya aykırılığı hiç bir zaman Anayasa Mahkemesince incelenip yeniden karara bağlanamayacaktır?

Bu durumda zorunlu olarak, Anayasa mahkemesi kararlarının değiştirilme ilkesini, Anayasa Mahkemesi kararları muvacehesinde incelemek gerekmektedir.

Aşağıda, Anayasa kararlarında müstekar bir içtihat olarak yer alan, Anayasa Mahkemesi kararlarının değiştirilme ilkesi, bu kararlardan alınan alıntılarla sunulmuştur:

Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı bulunmadığına karar verdikten sonra da, başka davalar ve itirazlar nedeniyle, aynı konunun yeniden incelenebileceğine daha 1962 yılında karar vermiştir.

Gerçekten Anayasa Mahkemesi 26.12.1962 gün ve Esas 1962/211, Karar 1962/121 sayılı Kararında aynen şöyle demektedir:

"Bahse konu geçici 1. maddenin Anayasanın 132.maddesine aykırı olduğu yolundaki itirazın evvelce Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiş olması, sonradan yapılmış olan işbu itirazın, 132. maddeye ilişkin kısmının esas yönünden incelenerek yeniden karara bağlanmasına engel olmayacağına çoğunlukla karar verildikten sonra(...)"

Açıkça görülmektedir ki, Anayasa Mahkemesi, bir kanun maddesinin Anayasaya aykırı bulunmadığına dair daha önce verdiği kararını aynı kanunun yeniden incelenmesine engel saymamaktadır.

Bu kararın gerekçesini, Mahkeme üyelerinden Muhittin Gürün şöyle açıklamaktadır:

"Bu usule -yani çoğunluğun görüşüne- göre müzakereye katılan üyelere değişiklik olması veya üyeler aynı kalsa bile düşüncelerde

değişiklik meydana gelmesi gibi nedenlerle konuları aynı olan kararların hükümlerle neticelenmesi (...) yani Anayasa Mahkemesinin, evvelce Anayasaya uygunluğuna karar verdiği bir kanunu veya hükmü bir süre sonra Anayasanın aynı hükümlerine aykırı görerek iptal etmesi mümkün olabilecektir."

Hayatın ve buna paralel olarak fikir akımlarının gelişip, değiştiği gerçeği karşısında hukuki görüşleri dondurup ebedileştirmeye karşı olan ve kanunları yargılayan Anayasa Mahkemesi 30.9.1969 tarih ve esas 1969/24, Karar 1969/50 sayılı Kararında aynen şöyle demektedir:

"Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları karar tarihinde ve eğer ayrıca yürürlük günü belirtilmiş ise de o günde iptal eylediği mevzuatı yürürlükten kaldırır. Yürürlükte bulunmayan bir kanunun, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmiyeceğine göre böylece çözümlenmiş konuların bir daha Mahkemeye gelmesi düşünülemez. Davanın veya itirazın reddine ilişkin kararların birincilerinden farklı nitelikte olduğu ortadadır. Bunlara konu olan hükümler yürürlükte kalmış ve kararlar belirli durumlara ve koşullara dayanmakta bulunmuştur.

Durumların ve koşulların değişmesi halinde sonucun da değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunup bulunmadığı ise, ancak inceleme sonunda anlaşılabilir. Kaldı ki incelenecek olan, eski dava ve itiraz değil, yeni bir dava veya itirazdır. Aksini düşünmek, bir kısım hükümlere dokunulmazlık tanımak, bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukuki görüşleri dondurup ebedileştirmek olur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekliyecek doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi mümkün değildir. Şu duruma göre 1056 sayılı Kanun'un daha önce başka itirazlar dolayısıyla incelemiş ve Anayasa'ya aykırı görülmemiş bulun-



masının aynı kanunun 1969/24 Esas sayılı dosyada yeniden incelenmesine engellik edemeyeceğine üyelerden Şeref Hocaoglu ve Muhittin Gürün'ün karşı oylarıyla ve oy çokluğu ile karar verilerek bundan sonraki sorunun görüşülmesine geçildi."

Daha önce açılan dava yada itiraz zımında Anayasa Mahkemesinde incelenerek karar verilmiş olmasının, aynı kanun hükmü hakkında inceleme yapılarak Anayasa'ya aykırılık kararı verilmesine engel olmadığını Anayasa Mahkemesi'nin bir ilke kararı olarak benimsediği açıkça görülmektedir.

Özetlersek, Anayasa Mahkemesi kararlarının değiştirilme ilkesi Anayasa'nın gelişimci özüne uygun olarak Anayasa Mahkemesince tanınmıştır.

SAYIN BAŞKAN, SAYIN ÜYELER

Yukarıda istemin konusunu açıklarken arz ettiğimiz gibi, ölüm cezası Anayasa'nın temel karakterine ve özellikle 14 ve 11. maddelerine açıkça aykırıdır.

Gerçekten, 9 Temmuz Anayasası'nın çağdaş ve ilerici karakteri maddelerinde açıkça yansımaktadır. Ölüm cezasının çağımızda artık nasıl mahkûm edildiğini ve kaldırılmasının yada uygulanmamasının nasıl yasalastığını sunduk.

Buna paralel olarak, bizce, Anayasamız ölüm cezasını reddetmetedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı, 10. maddesiyle herkeze kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetler tanımaktadır. Yani bu madde, kişinin temel hak ve hürriyetlerini fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmıyacak surette sınırlandıran siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırmayı; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartla-

rı hazırlamayı bir ödev olarak devlete vermiştir.

Hiç şüphe yoktur ki, temel hakların başında YAŞAMA HAKKI gelir. Anayasa'nın 14. maddesini deyişi ile herkez yaşama hakkına sahiptir. Yaşama da ölümün karşıtıdır.

Tartışmasız kabul edilmek gerekir ki, ölüm, müebbet yada uzun süreli hapis cezası ile eş değildir.

Anayasa'nın 14. maddesinin açık hükmüne karşılık, Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerini düzenleyen bölüm ve maddelerinin hiç birinde, ölüm cezası ile insan hayatının son bulacağına dair hüküm yoktur. Demek ki, Anayasa kişi hak ve ödevlerinin en başında tanıdığı YAŞAMA HAKKININ karşıtı olan ölüm cezasını öngörmemiştir.

Kaldı ki, 1961 Anayasası, 1924 Anayasasına oranla ve farklı olarak bütün temel hak ve ödevleri ayrıntılarıyla tek tek saymıştır. Böylesine açık ve ayrıntılı bir Anayasa eğer ölüm cezasını kabul etmiş olsaydı, bu önemli hususu elbetteki temel hükümlerinde açıkca belirlerdi. Bu yoktur. Aksine Anayasa'nın "Kişinin Hak ve Ödevleri" bölümü, kişinin tartışmasız YAŞAMA HAKKI olduğunu belirterek başlar.

Söz konusu temel hüküm, hiç bir ayırım yapmaksızın "herkezi" amaçlandırmaktadır. Yani YAŞAMA HAKKI Anayasaca akıllı olsun, deli olsun, mahkûm yada olmasın gibi ayırım yapmaksızın herkeze tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve numarasını belirttiğimiz Kararında, ölüm cezasını Anayasa'nın yasakladığına dair hüküm bulunmadığından bahsedilmektedir.

Zaten Anayasa'da ölüm cezasının yasaklandığına dair açık hüküm olsaydı mesele kalmamış olurdu. Zira Anayasa'nın 8. maddesi gereği, Anayasa hükümleri yasama ve yargı organlarını zaten bağlar.

Türk Ceza Kanununda ve Askeri Ceza Kanununda yer alan ölüm cezasının Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali cihetine gitmek için, ölüm cezasının yasaklandığına ilişkin Anayasa'da açık bir hükmün mut-

laka var olmasını zorunlu saymamaktayız. Eger bir kanun hükmü, başta YAŞAMA HAKKI olmak üzere Anayasa'nın buyurucu ve yasaklayıcı kurallar ile koyduğu güvencelere aykırı ise, açık bir hüküm aramadan temel haklarla çeliştiği için iptali cihetine gidilmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararlarında, bu ilke uygulanmıştır.

Ölüm cezasının Anayasa'ca kabul edildiğinin yegâne dayanağı olarak, Anayasa'nın 64. maddesi gösterilmektedir: 64. maddede, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri bahsinde "Mahkemelerce verilen ve kesinleşen ölüm cezalarından" bahs olunmuştur.

İlk nazarda bir yandan Anayasa'nın temel haklardan saydığı YAŞAMA HAKKINI güvence altına alması, öte yandan da ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar verme organını tayin etmesi bir çelişki olarak görülebilir. Ölüm cezasının sanki Anayasal bir dayanağı varmış kanısı uyanabilir.

Fikrimizce, Anayasa'nın 14 ve 64. maddeleri karşılaştırıldığında, 64. maddenin ölüm cezasına Anayasal bir temel kazandırdığını söylemek mümkün değildir. Zira bu halde, YAŞAMA HAKKI gibi en kutsal ve temel bir hakkı öngören Anayasa, bir eliyle verdiğini öbür eliyle ve şekli bir maddeyle alan bir Anayasa olmaktadır. Bu halde de temel hak ve hürriyetleri teminat altına alan 14. maddenin bir anlamı kalmamaktadır.

Oysa, Anayasa 11. maddesiyle temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmayacağını açıkca belirtmektedir. Bu hükmü değerlendiren Anayasa Mahkemesi Esas 1963/16 ve Karar 1963/83 sayılı Kararında şöyle demektedir:

" Bir hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkansızlaştıran bir sınırlama ile hürriyetin özüne dokunulmuş ve tahrif edilmiş sayılır."

Bizce Anayasa'nın 64. maddesinin 1. fıkrası hükmünün anlamı şudur:

Anayasa geçici maddelerinde, Anayasaya aykırı kanunları yargılamakla yükümlü Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, kanunların iptali zımında davaların açılabilmesi için belli organların yetkili olduğu uzun süreler tanıdığıdır. Bir de buna, davaların açılmasının isteme tabii olduğu ve Anayasa Mahkemesi Kararları geriye yürümediğinden, verilen kararın Resmi Gazete'de ilânı için geçecek süreler eklenmektedir. Ayrıca Anayasa'nın geçici 7. maddesinin gerekçesinde açıklandığı üzere, mevcut mevzuatta Anayasa'nın gerektirdiği şekilde tadillerin hazırlanması için iki yıllık bir süre kabul edilmiş bulunduğu için düşünülürse, konunun önemi dolayısıyla bu uzun süreler için 64. maddedeki açıklamanın yapıldığı anlaşılmaktadır. Yani 64. madde sadece Anayasa'nın kabul edildiği günlerde yürürlükte bulunan ceza kanunlarındaki ölüm cezasının yerine getirilmesinde izlenecek yolu, ölüm cezasının Anayasa'ya aykırılığının kararlaştırılmasına kadar geçecek süre için belirtilmiştir.

Nitekim, biçimsel nitelikteki 64. maddenin 1. fıkrasında mevcut ölüm cezasının yerine getirilmesine karar verilmesi dışındaki diğer yetkilerin dayanağı, Anayasa'nın başlangıç bölümlerinde yer alan temel hükümlerdir.

Öte yandan ölüm cezasının 1926 yılında kabul edilen Ceza Kanununda var olduğu ileri sürülerek, bunun değiştirilmeyeceği görüşü, Anayasa Mahkemesi'nin hukuki görüşlerin dondurulup ebedileştirilemeyeceği tezine tamamen aykırı düşer. Ve 1926 Ceza Kanununun bu hükmünü 1961 Anayasası kuralı gibi telâkki etme sonucunu verir.

Ölüm cezasının Anayasa'ya aykırı olmadığı kanıtı olarak, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan haklarının ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının varlığı düşünülmektedir.

Fikrimizce sözleşmenin bu hükmü, ölüm cezasının Anayasa'mıza aykırı olmadığı kanıtı değildir. Zira söz konusu Anlaşma bir bütündür.

Bu Anlaşmayı bir bütün olarak kabul etmek, bu Hürriyetlerin uluslar arası teminatını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın yetkilerini de bir bütün olarak kabul etmeyi gerektirir.

Roma Sözleşmesinin teminatını sağlayan söz konusu kurumların yetkisini tanımayan bir devlet için sözleşme, istemimizin konusu açısından bir kanıt olamaz. Gerçekten, yukarıda sözü edilen kurumların yetkisi tarafımızdan tanınmış olsaydı, işbu sözleşmede tanınan hakların ihlâli iddiasıyla her hakiki şahıs Komisyona başvurabilecek ve Komisyon da, uygun bulduğu takdirde Divan'a, bütün iç yargı organlarına müracaatı tüketmiş olan hakiki şahsın şikayetini iletebilecekti. Bu bakımdan da, kişinin yaşama hakkının yok edilip edilmeyeceği, uluslararası bir yargı organı tarafından karara bağlanabilecekti.

Söz konusu iki kurumun yetkisi tanınmadan, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin, yaşama hakkına istisna tanıdığına kanıt olarak gösterilmesine katılmıyoruz.

Kaldı ki, bu bölgesel sözleşmenin yanında evrensel nitelik taşıyan 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si 3. maddesiyle YAŞAMA HAKKINI istisnasız tanımıştır.

Öte yandan, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye imza koyan devletlerin büyük bir kısmı, ölüm cezasını kendi kanunlarından kaldırmış bulunmaktadır. Bu uluslararası eğilime paralel olarak, ölüm cezasının Yurdumuzda da kaldırılması için Büyük Millet Meclisi'ne kanun teklifi yapılmıştır. Bu kanunun kabulü halinde, artık telâfisi mümkün olmayan bir durum doğabilir.

Ceza Kanunu'nun istemimize konu olan hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasının ciddiliği sorununu, davanın ve Türkiye'nin bu gün içinde bulunduğu koşullardan soyutlanarak anlamaya imkan yoktur.

Görülmekte olan davanın tartışma götürmeyen politik mahi-



yeti, sanık müvekkillerimize uygulanması istenilen cezayı, politik suçlardan dolayı istenilen ölüm cezası olarak nitelendirmeyi gerektirmektedir.

Bütün uygar dünyada politik suçlardan dolayı ölüm cezasına, özel bir karşı koyuşun bulunduğu ise malûmunuzdur.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık sorununun incelenmesinde sosyolojik gerçeklerin rolünü kabul etmiş ve bu gerekçeyle önüne gelen davaları incelemeyi reddetmiştir. "Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin Esas 1963/16, Karar 1963/83 sayılı kararı". Hiç kuşkusuz ki, Anayasa'ya aykırılık sorunlarının incelenmesinde, böyle daha geniş kapsamlı araştırmalar yapmak dar hukuk kalıplarının dışına çıkmak, işin niteliğinin bir gereğidir.

Bu bakımdan da, Anayasa'ya aykırılık iddiamızın ciddiliği konusunda, toplumumuzun bu gün içinde bulunduğu sosyolojik gerçeklerin de göz önünde tutulacağı inancındayız.

Yukarıda sunulan ve resen gözönüne alınacak nedenlerle;

1- Bütün dünyada ve yurdumuzda gerek hukuk doktrininde ve gerekse kamu oyunda tartışılan istem konusunun ciddiliğinin kabulüyle, konunun Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına Anayasa'nın 151 ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu

ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 27. maddesi gereğince karar verilmesini,

2- Hukuka, yargılama usulüne ve yasalara aykırı olduğu kanısında bulunduğumuz İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 3 No:lu Askeri Mahkemesinin 29.Mayıs.1973 günlü Esas: 1973/43, Karar:1973/57 sayılı Kararının, müvekkil sanıklar yararına bozulmasına karar verilmesini müdafî sıfatıyla ve saygıyla arz ve talep ederim.

Müdafî Avukat

Nebil VARUY

30 - 10 - 1974



TÜRKİYE SOSYAL TARİH ARAŞTIRMALARI  
TÜSTAV