

## NEYE KAPALIDIR

Doç. Dr. H. Yılmaz GÜNAL

Çeşitli yerlerde öteden beri yapılan tartışma yine günün konusu olmuştur, Anayasa neye kapalıdır? Komünizme, Faşizme kapalı olduğu kadar sosyalizme de kapalıdır, görüşü savunulmaktadır, sosyalizmin, ancak bir merhale olduğu ve komünizmi hedef tuttuğu da ileri sürülmekte konu bir Anayasa tartışması olduğu kadar C.K. nun 141, ve 142 nci maddelerini de gözönünde bulundurmayı gerektirir.

Gerçi Anayasa Mahkemesi 29/6/ 1965 gününde C.K. nun belirtilen maddelerinin iptali talebini reddetmiştir. 25/Temmuz/1967 de yani iki seneyi aşkın bir süre sonunda da gerekçeli kararını yayınlamıştır. Buna göre (Anayasa düzenine uygun bulunan cemiyetlerle Anayasanın cevaz verdiği ölçüde sosyalizmi tahakkuk ettirmek amacını güden partileri kurmak ve bu amacın propagandasını yapma) da bir suç niteliği görülmemiştir.

Anayasamız, doktriner bir görüş savunan doktriner bir Anayasa hüviyetini kesinlikle taşımamaktadır. Demokratik, hürriyet ve insan haklarına bağlı olan laik ve sosyal bir hukuk devletinin gereklerini kurmayı prensip edinmiştir.

Anayasamız sosyal bir devletten bahsederken sosyal adalet ilkelerine bağlı olduğunu belirtmek istemiştir. Zira sosyal adalete karşı ilgisiz olan devletler toplum hayatında aşırı sağ ve aşırı sol cereyanlara kapılarak toplumu totaliter bir istikamete sürüklemesine engel olmamaları gerçeği görülmüş ve önlenmek istenmiştir.

Her halk kitlelerinin refahını sağlamak, memleket bakımından bir teminat olduğu kadar toplum hayatının geleceği bakımından da demokrasinin en şaşmaz bir garantisi olarak kabul edilmiştir.

Anayasanın bu getirmeyi öngördüğü düzen karşısında ne kadar mükemmel hükümler taşırsa taşırsın muhakkak ki üzerinde tartış-

malar yapılacak ve tartışmalar devam edecektir. Bu da Anayasanın yaşıyan ve dinamik bir Anayasa olduğunu göstermesi bakımından önem taşır.

O halde rejim meselesini ilgilendiren tartışmalara her ne kadar Anayasa Mahkemesi bir ışık tutmuşsa da buna getirilecek kesinlik ancak 141 - 142. maddelere verilmesi gereken vuzuhla ilgilidir. Madde neyi yasakladığını yahut neye kapalı olduğunu kesinlikle halletmelidir.

Anayasa Mahkemesinin 26/9/1965 tarihinde ve esas No: 1963/173 karar No: 1965/40 ve 25/Temmuz/1967 de yayınlanan gerekçeli kararı tahlil etmeden önce belirttiğimiz C.K. muzun ilgili maddelerinin me haz ve tarihçesi üzerinde kısaca durmakta fayda mü-lâhaza ediyoruz.

Mehaz C.K. muz olan İtalyan 1899 C.K. nda yani Krallık İtalyasında belirtilen maddeler yoktu, ancak Mussolini Faşizmin diktatörlüğünü tesis gayesiyle 1922 de iktidarı ele geçirince kendi faşizm anlayışına aykırı olan cemiyet ve siyasî faaliyetleri yasaklamak ve kapatmakla kalmamış 25/Kasım/1926 (Devletin müdafaası hakkında kanun) çıkarmıştır. Bu kanun 25/Kasım/1925 tarihinde (Gizli ve anti-nasyonel cemiyetler) kanununun istenen başarıyı sağlayamaması üzerine hazırlanmıştır. Bu kanun ise daha ziyade feshedilen cemiyetlerin ve partilerin isim değiştirerek tekrar aynı bünye ve fikirle yeniden faaliyet göstermelerini yasaklıyordu. Daha sonra 1930 yeni İtalyan C.K. hazırlanırken kanuna 272 nci madde konmak suretiyle bizim 142 ve 270 nci madde ile de 141 inci maddelerin me haz maddeleri hazırlanmış oluyordu. Bu maddeler hâlen İtalya'da yürürlükte dir; Propaganda serbesttir. Yeter ki bir sınıf diktatörlüğü şiddet kullanılarak tesis; mevcut iktisadi ve sosyal düzeni şiddet kullanılarak ortadan kaldırmak, devirmek yahut cemiyetin siyasi ve hukuki herhangi bir nizamını tahrip için propaganda yapılmamış olsun. Dikkat edilirse me haz kanununda yasaklanan bir şeyin mücerret (soyut) propagandası değil, yukarıda belirtilen amaçlara yönelik «şiddet», «cebir», «tahrip» şekillerine vasıta edinmeyi propaganda etmek yasaktır.

Halbuki ceza kanunumuzun 142 nci maddesinde bu «şiddet» ve «cebir» unsuru propagandada aranmamıştır. Aynı şey 141 inci madde için de varittir. Madde; Komünizm, anarşizm, diktatörlük, ırkçılık ve millî duyguları zayıflatmak veya yok etmek için propa-

ganda yapmayı yasakladığı gibi bu fiilleri övenler de cezalandırılmıştır. Basın yolu ile yapılan propaganda cezayı arttırıcı bir «kanuni sebep» olarak kabul edilmiş ayrıca bu nevi faaliyetleri işleyenlerden biri son tahkikat açılincaya kadar ihbar ettiği takdirde cezası önemli miktarda azaltılmaktadır.

Gelişim halindeki ortamlarda fikirler serbestçe tartışılabilir. Gerçeğe ancak bu yoldan ulaşılır. Ancak sınırsız hürriyet anarşiye ve Devletin inkârına kadar da gidebilir. O halde bir ceza kaidesi olarak madde, neyi yasak ettiğini açık ve kesin bir dille belirtmelidir.

O halde rejim meselesini ilgilendiren tartışmalara her ne kadar Anayasa Mahkemesi bir ışık tutmuşsa da buna getirilecek kesinlik 141 ve 142 nci maddeye verilmesi gereken vuzuhla ilgilidir. Madde neyi yasakladığını kesinlikle halletmelidir.

Temenni bu olmakla beraber Anayasa Mahkememiz 26/9/1965 senesinde vermiş olduğu kararla 141 ve 142 nci maddelerin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemini reddetmiştir. Maddelerin Anayasaya aykırı olmadığı gerekçesini savunan Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararını da 25 Temmuz 1967 de resmî gazete ile ilân etmiştir. Varılan sonuç ise: «Anayasa düzenine uygun bulunan cemiyetlerle Anayasanın cevaz verdiği ölçüde sosyalizmi tahakkuk ettirmek amacını güden partileri kurma ve bu amacın propagandasını yapma hallerinin ise bu hükümlerin kapsamı dışında kalmaları bakımından Anayasaya aykırı olmadıklarına» karar vererek belirtilen maddelere bir vuzuh verilmek ve kapsamını belirtmek istemiştir.

Anayasa Mahkememizi bu neticeye götüren dâvayı bir siyasi partinin açmış olduğu iptal dâvası talebi götürmüştür. Dâvacı parti, iptalini istediği T.C.K. nun 141/1 inci ve 142/1inci maddelerinin Anayasanın temel ilkelerine, belli maddelerine ve 65 inci maddesi de laletiyle 6366 sayılı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşmenin yine belli maddelerine açıkça aykırı bulunduğunu ileri sürdükten ve Türkiye Cumhuriyeti Yeni Anayasasının (Kökleri Kurtuluş Savaşı Türkiyesi'nden, çağdaş uygarlığa yönelmiş halkçı, çağdaş anlamda demokratik, cumhuriyetçi, devletçi, lâik, ulusal ve sosyal, barışçı bir hukuk devleti) ni kurduğunu ifade ettikten sonra, Anayasamızın dayandığı temel ilkeleri belirtilip izah edilmektedir.

Yine iptal dâvası isteminde T.C.K. 141/1 inci ve 142/1 inci maddelerinin, herşeyden önce Anayasanın Halkçılık, Devletçilik, Türk Milliyetçiliği ve Lâiklik, Devrimcilik, Barışçılık, Anayasanın üstünlüğü temel ilkelerine aykırı bulunduğu ileri sürülmekte ve bu iddiasını ise şu gerekçelere dayandırmaktadır:

141 ve 142 nci maddelerin mehzazı hakkında bilgi verildikten sonra, mehzazda bu maddelerin dikta rejiminin dayanakları olduğu üzerinde durulmaktadır. Memleketimizdeki durumla mukayesesi yapılırken bu maddelerin tek parti rejiminin korunmasını sağlama-ya yaradığı ve orta çağ kalıntısı toprak rejimini ayakta tuttuğu belirtilmiştir. Ayrıca: «tutucu ve gerici gelenekler karşısında, uyarıcı ilerici ve ilerletici her türlü eğilim ve akımı ezen ve susturan bu iki maddenin totaliter bir düşünüş ve davranışı temsil ettiği bu yüzden de demokratik görüş ve yaşayışın, hürriyetçi ve insancı felsefenin tam karşıtı olan bir felsefeyi yansıttığı açık bir gerçektir.» demek ve maddelerin Anayasanın temel ilkeleriyle çelişme halinde olduğuna işaret edilmektedir.

Anayasanın temel ilgelerine aykırılık ayrıca iptal isteminde beş şık altında şöyle özetlenmektedir:

«a. Anılan maddeler, kurulmuş ekonomik, sosyal temel düzenlerden herhangi birinin devrilmesini suç saymakla, Türkiye'nin orta çağ kalıntısı ekonomik, sosyal temel yapısını değışmez, değıştirilemez bir hal olarak kabul etmektedir. Değışmeyi, değıştirmeyi reddeden bu anlayış bir çeşit yeni (bid'atçılıktan) başka bir şey değıildir. Ve Anayasamızın devrimcil ilkesi ve toplum olaylarını evolüyonist açıdan değıerlendiren temel görüşü ile açıkça çelişmektedir.

d. Anılan maddeler, statükocu karakterleri ve toprak ağalarının kamu zararına çalışan spekülâsyoncu, sömürücü sermaye sahiplerinin fiili tahakkümlerini ve imtiyazlı durumlarını korumakla Anayasamızın halkçılık ve sosyal adalet ilkelerine aykırıdır.

c. Anılan maddeler statükocu karakterleri ile, statükonun tam tersi demek olan hürriyetçi ve insancı dünya görüşüne ve bu görüşü dile getiren Anayasamızın temel hak ve hürriyetler rejimine aykırıdır.

d. Anılan maddeler, statükocu, dolayısıyla tutucu ve gerici karakterleri ile, şovence duyguların gelişmesine, ırklar, dinler ve uluslararası düşmanlık tohumlarının filizlenmesine elverişli bir ortam yarattıkları için, Anayasamızın halkçı, insancı, ırk, din v.s.

bakımlardan insanlar arasında eşitsizlik yaratan ayrımlar gözetmeyen felsefesine ve özellikle «yurtta sulh cihanda sulh» ilkesine aykırıdır.»

Bundan başka maddelerin Anayasanın temel ilkelerinden herbirine teker teker aykırı olduğu da ileri sürülmektedir. Ayrıca 141 ve 142 nci maddelerin birinci fıkralarının Anayasamızın 8, 10, 11, 12, 20, 21, 56, 57 ve 155 inci maddelerinin herbirine aykırılığı da incelenmektedir.

Davacı sözlü açıklamasında ise: «Anayasamızın sosyalizme açık bir Anayasa olduğunu, Anayasada (Bu Anayasa, sosyalist Anayasa'dır) diye yazılmasına lüzum bulunmadığını, buna mukabil Anayasamızın kapitalizme ve liberalizme (kamu yararı) ile ve (Devlete sosyal ödevleri gerçekleştirmeyi yükümlemesi) ile sınır koyan bir Anayasa olduğunu sosyalizme ise katiyen sınır tanımadığını, Anayasanın her türlü dikta rejimini yasakladığını, iktidara hangi yoldan gelirse gelsin herhangi bir şahsın veya partinin tahakküm kurmasına ve millî egemenliği tekeline almasına imkân olmadığını, bu bakımdan birer dikta rejimleri olan komünizmi de faşizmi de yasakladığını, bundan başka Anayasamızın Cumhuriyetçiliğe aykırı, bölgecilik amacıgüden, Türk milletini ölen, yahut padişahlığı getirecek bir düzen tasavvur eden partileri de yasakladığını, bunların dışında Anayasamızın hiçbir partiyi yasaklamadığını ve 141/1 inci ve 142/1 inci maddelerinde sadece komünizmi yasakladığına dair olan iddiaların yerinde olmadığını, zira maddede komünizmin bir tarifinin bulunmadığını ve maddede bahsi geçen sınıf tahakkümünün ise, sadeceko münist rejimin mümeyyiz vasfı olmayıp, faşizmin de mümeyyiz vasfı olduğunu, halbuki bu maddelerin yalnız komünizmi yasaklamayıp sosyalizmi de yasakladığı» ileri sürülmüştür.

Bundan sonra esasın incelenmesine geçilmiştir : 141 ve 142 inci maddelerin lafızları belirtildikten sonra maddelerin tahliline geçilmiş ve suçun maddî unsurlarını teşkil eden fiillerin belirtilmesine girişilmiştir : Bunu yaparken 141 inci maddenin birinci fıkrasında ki fiiller şu şekilde belirtilmiştir :

«a. Sosyal bir sınıfın diğer bir sınıf üzerinde tahakkümünü tesis etmeğe;

b. Sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmağa;

c. Memleket içinde müesses iktisadi ve sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmeğe;

matuf cemiyetleri, her ne suretle ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül etmek veya kurmak veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare etmek veya bu hususlarda yol göstermek» şeklinde belirtilmiştir.

Aynı şekilde bir analitik tasnif 142 inci maddenin birinci fıkrasirası bakımından da yapılmıştır. Yalnız değişik olan unsurlara bir de propaganda unsuru ilâve edilmiştir.

Anayasa mahkememiz Anayasaya aykırılık iddiasını incelerken bu unsurları teker teker göz önünde bulundurup, bizzatihi Anayasanın maddeleriyle bir karşılaştırma yapmış ve aksi neticeler varmıştır. O kadar ki Anayasaya aykırılık iddiası bir tarafa bizzatihi 141 ve 142 inci maddelerin birinci fıkralarının yasak'adığı hususları Anayasa da ayrıca teminat altına almıştır neticesine varmıştır.

Şöyleki : «Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye matuf cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül etmek veya kurmak veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare etmek veya bu hususlarda yol göstermek eylemleri ile bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek, için her ne suretle olursa olsun propaganda yapmak eylemi her şeyden önce Anayasanın 2 inci raddesinde yer alan (Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir). hükmüne ve bu maddenin gönderme yaptığı başlangıç kısmında belirtilen : (Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, milli şuur ve ülküler etrafında toplayan ve milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak milli birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak ve; "yurtta sulh, cihanda sulh" ilkesinin, milli mücadele ruhunun, millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak;

İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün huku ve sosyal temelleriyle kurmak) amaçlarına aykırıdır.

Ayrıca Anayasa mahkemesi sınıf mücadelelerinin bir iç kavga şeklini alabileceği ve bu bakımdan da bir huzursuzluk yaratacağı

üzerinde de durmuştur. Bundan başka millî mücadele ruhuna da değinen Anayasa mahkemesi sınıf mücadeleleri neticesi yaratılacak kin ve husumet yüzünden bu ruhunda zarara uğruyacağı da temas etmiştir. Egemenliğin bir milletin var oluşunda ana faktörlerden biri olduğu kabul edilirse sınıf tahakkümü halinde ancak bir sınıf diktası bahis konusu olabileceğinden egemenliğin dahi söz konusu olamayacağına da değinilmiştir. Atatürk devrimlerini de göz önünde bulunduran mahkeme çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmamıza dolayısıyla devrimlere bu maddelerin aykırı olduğu, insan haklarıyla ve hürriyetleriyle bavaşmadığı, sosyal güvenlik ilkelerine aykırı olduğu hukuk Devleti esaslarıyla bağdaşamayacağı kesinlikle belirtilmiştir. Hatta o kadar ki laiklik ilkesiyle bile uyşamayacağının söz konusu olduğu çünkü, sınıf hegemonyası kurulduğunda bu ilkeyi zedeleme arzusuna karşı koyabilecek bütün güç ve engeller ortadan silinmiş durumdadır. Bundan başka «Türk Devleti bir Cumhuriyettir» hükmünü koyan Anayasanın birinci maddesine de aykırılığının bahis konusu olduğu, demokratik devlet esaslarına aykırı bulunduğu değinilmiştir.

Anayasanın 4 ve 12 inci maddelerinin de iptali istenen hükümler karşısında açık hükümler koyduğu ve kesin olduğu yine 57 inci madde bakımından da bir uygunluktan bahis edilemeyeceği gösterilmiştir.

Maddelerin menşei üzerinde de duran Anayasa Mahkemesi Kaynağın 1930 tarihli faşist İtalyan Ceza Kanununda tercüme yoluyla alındığına da temas etmiştir. Gerçi ilk kez 1936 senesinde ve 3038 sayılı kanunla yürürlüğe giren 141 ve 142 inci maddelerde menşede olduğu gibi».. şiddet kullanmak suretiyle..» kısmı maddeye alınmamıştır. Bu gün İtalya da halen yürürlükte olan Ceza Kanununun bizim maddelere tekabül eden maddelerinde bu cebir ve şiddet unsuru vardır. Bu bakımdan mücerret durum değil, cebir ve şiddete dayanarak yapılacak hareket ve propagandaların tecziyesi cihetine gidilmiştir. Böylece İtalya da çeşitli doktrin partilerinin kurulması serbest olduğu gibi sol blokta tam olarak temsil edilmektedir. Bizim Ceza kanunumuz bu cebir ve şiddet unsuru daha sonra yapılan tadillerde kaldırmış ve bazı tadillerle de madde bu günkü şeklini almıştır. Hatta bir ara cebir ve şiddet unsuru maddeden tamamen çıkarılmayıp, ayrı bir fıkra olarak ağırlatıcı hal olarak nazara alınmıştır. Bizde gerek cemiyet teşkili gerekse propaganda cebir ve şiddet dayanmasa bile maddelerin lafzi tefsirleriyle diğer şartlar mevcutsa fiil suç teşkil edebilecek-

tir. Böylece Anayasaya aykırı bir fiilden bahsedebilmek pek kolay olmamaktadır. Her türlü bozucu ve bozguncu faaliyetler maddenin kapsamı içinde mütalâa edilmektedir.

Anayasaya aykırılık iddiası davacı taraftan ileri sürülürken 141 ve 142 inci maddelerin Ceza Hukukunun ana temelini teşkil eden ve Anayasa teminatı olan «Kanunsuz suç ve ceza olmaz» prensibiyle tezat teşkil ettiği ve bu bakımdan da Anayasaya aykırılığın mevcut bulunduğu belirtilmiştir. Maddelerin kapsam itibariyle sınırların kesin olmadığı suç unsurlarının kesin olarak belirtilmediği böylece prensibin «kanunsuz suç olmaz» kaidesi gereklerinin madde tarafından sağlanmamış olduğu iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir. Zira maddede belirtilen suçların niteliklerinin tayin ve teşhisi mümkün eylemler olduğu kanun hükmü ile tesbit ve ilân edilmiş bulunmaktadır. Buna ayrıca cebir ve şiddet unsurunun ilâve edilmemiş olması prensibin zedelendiği iddiasını haklı göstermez denmiştir.

Anayasa Mahkemesi cebir ve şiddet unsurunun maddede bulunmamasını da büyük bir boşluk olarak kabul etmemektedir. O kadar ki sosyal bir sınıfın diğer bir sosyal sınıf üzerinde tahakkümünün kurulabilmesinin esasen rızaya müstenit olarak kurulmasının mümkün olamayacağı eninde sonunda bu davranışların bir cebir ve şiddete dayanacağı bu bakımdan sadece tahakkümden bahsedilmiş olmasının içinde esasen cebir ve şiddetin de münde miç bulunduğu kabulü gerekeceğine değinilmiştir. Bunun anarşizm ve kominizm için de aynı ve değişmez bulunduğu dermeyan edilmiştir. Kominizm iki ana merhaleden geçer deyen Anayasa Mahkemesi neticede Kominizmin ya kurulması veya idamesi için yine cebir ve şiddetle baş vurulacağı ortadayken ayrıca bir cebir ve şiddetten maddenin tatbiki bakımından bahiste bulunmada pek bir pratik faydanın olmayacağına işaret edilmiştir. Ayrıca suç unsuru olarak cebir ve şiddetten söz edilmemesi bir nakıse olarak kabul edilmez denmektedir. Böylece Anayasasının 35 inci maddesine aykırılık halinin düşünilemeyeceği üzerinde durulmuştur.

Maddelerin faşist niteliklerini de reddeden Anayasa Mahkemesi her ne kadar maddeler faşist italyan ceza kanunundan 1936 yılında ilk olarak alınmışsa da bu durum maddelerin faşist toplum anlayışını benimseyen esaslar taşımaktan uzaktır denmektedir. Maddeler ne statukoyu muhafaza edici ne de değişim ve gelişmelere mani olucu bir nitelikte değildir. Zira maddeler yürürlükte olduğu



sürece Türkiye siyasal, sosyal ve iktisadî hayatta büyük değişiklikler geçirmiştir. Tek partili rejimden çok partili rejime geçiş de yine *bu maddelerin yürürlükte olduğu devrelere rastlar.*

Davacı tarafın Anayasasının sosyalizme sınırsız olarak açık olduğu iddiasını tetkik eden Anayasa mahkemesi bu iddianın da kabule şayan olmadığı üzerinde durmuştur. Kominst memleketler dahil sosyalist memleketlerin hiçbirinin doktrinini tam olarak uygulamakta güçlük çektiği bunlar arasında derin ayrılıklar mevcutken Anayasamızın sosyalizme sınırsız açık olduğu iddiasının pek kabule şayan olmayacağı belirtilmiştir. Bunlar yapılırken Temsilçiler meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa tasarısının ilişkin raporlarında ve anayasa ile ilgili tartışmalardan bahseden Mahkeme Anayasamızın - İzm - lere kapalı bir anayasa olduğu gösterilmeye çalışılmıştır.

Her ne kadar Anayasamız «Türkiye Cumhuriyeti Sosyal bir Devlettir» derken devletin sosyal adalet ilkelerine dayandığını belirtmek istemiştir denilmektedir. Çağımızda sosyal adalete kayıtsız kalan bir Devletin mevcudiyetini savunmak kolay değildir. Zira her sınıf halk kitlelerinin refahını sağlamaya çalışmak gerek toplum hayatının geleceği gerekse demokrasinin en sağlam bir garantisi olacaktır. Hatta Kominizme karşı en müessir silah sosyal adaletin gerçekleşmesidir.

Bunlardan başka T. C. K. 141 inci ve 142 inci maddelerin birinci fıkralarının Anayasasının 8, 10, 11, 12, 20, 21, 56, 57, ve 155 inci maddelerine de aykırı olduğu iddiası ileri sürülmüştür.

Anayasamızı 12 inci maddesi : «Herkes dil,ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. - Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz» denmektedir. Bu madde ile ceza kanunumuzun 141 ve 142 inci maddelerinin birinci fıkraları arasında bir aykırılık iddiasını da Anayasa Mahkememiz evleviyetle reddetmektedir. Aksine her türlü sınıf tahakkümünü yasaklayan Anayasanın bu 12 inci maddesi ile ceza kanununun belirtilen maddeleri arasında tam bir uygunluk olduğuna işaret edilmektedir.

Diğer yandan Anayasanın 20 inci ve 11 inci maddelerine aykırılık iddiasına gelince burada her türlü hak ve hürriyetin kanunla sınırlanabileceği kabul edilmekle beraber bu hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamıyacağı belirtilmekte davacı tarafından ise 141

ve 142 inci maddelerin bir hak ve hürriyetin özüne dokunulduğu bu bakımdan Anayasaya aykırılık bulunduğu ileri sürülmüştür.

Temel hak ve hürriyetler Anayasasının gerek lafzına ve gerekse ruhuna uygun bir şekilde kanunla sınırlanabilmektedir. Fakat buna rağmen sınırlama, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeblere dayanılsa da, hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmasını yasaklamaktadır. O halde bütün mesele hürriyetler için genel bir sınırlama kabul edilmiş olmakla beraber sınırlamanın lâik ve Cumhuriyetçi rejimimizi temelden sarsacak cemiyetler kurma ve bunun propagandasını yapmanın Anayasaya aykırı bir yönü olmadığı görüşünü Anayasa Mahkemesi izhar etmiş bulunmaktadır.

Her türlü bilimsel tetkik, araştırma ve inceleme konularını da maddenin yasakladığı binanenaleyh Anayasamızda teminatını bulan 21 inci maddedeki «bilim ve sanat hürriyetinin» zedeleneceği iddiası ileri sürülmüştür. Buna karşılık Anayasa Mahkemesimiz: propaganda sınırına girmemek şartıyla her çeşit toplumcu bilimler ve bu açıdan anarşizm ve kominizm üzerinde öğrenme, öğretme, açıklama yayma ve araştırma yapılması, bu maddelerdeki yasakların kapsamına girmez. Şüphesiz bilimlerin kendilerine özgü ve bilimsel nitelikte öğrenme, öğretme, inceleme ve araştırma metotları vardır. Bunlara uyulmak, yani bilimsel nitelikleri korunmak ve 21 inci maddede öngörülen kayıtlar gözönünde tutulmak şartıyla bilim ve sanat çalışmaları serbesttir.

İptali istenen 142 inci maddenin 1 numaralı bendi ise, bu nitelikteki bilimsel eylemleri yasaklamıştır. Bir eylemle bu niteliğin mevcut olup olmadığı sorununun çözülmesi ise, önüne bu yolda bir dava gelmiş ola hâkime düşer.

Şu duruma göre 142/1 inci madde hükümleri Anayasanın 21 inci maddesine yer alan bilim ve sanat hürriyetinde yapılan bir sınırlama niteliği taşımadığından davacının, bu konuya yönelen iddiası da yerine değildir» demek suretiyle diğer bir iddiayı daha reddetmiştir.

Mevcut ceza kanun belirtilen maddeleri siyasi parti kurma hürriyetine esaslı tehditler koymakta ve emek esasına müesses doktrinler partilerini ve bunları propagandasının cezalandırılabilceği dolayısıyla Anayasaya aykırı bir tutum ortaya çıkabileceği davacı tarafından diğer iddialar meyanın da zikredilmiştir.

Buna karşılık Anayasa Mahkememiz Anayasanın 56 ncı maddesinde belirtilen siyasi partilerin sınıf tahakkümü, komünizm için dernek kurma bunlarla birlikte anarşizm içinde propaganda yapmanın yasaklandığı bunun dışında kalan maksatlarla siyasi parti ve dernek kurmanın bir yasaklamaya tabi olmadığı belirtilmiştir. Aksine «bir sınıfın tahakkümünü sağlamak veya komünizm rejimi getirmek amacıyla kurulan, bunların veya anarşizmin propagandasına girişen siyasi bir partinin Anayasanın sözü geçen 57 inci maddesine göre temelli kapatılması zorunlu olduğundan bu gibi eylemleri ceza tehdidi altında yasaklayan 141/1 ve 142/1 inci madde hükümleri de Anayasanın 56 ve 57 inci maddelerine aykırı olmayıp aksine bu maddelere uygun bulunmakta ve onların bir bakıma da müeyyidesini teşkil etmektedir» denmektedir.

Ayrıca davacı taraf tarafından belirtilen maddelerin, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair sözleşmenin 2 nci maddesinde belirtilen düşünce ve kanaat hürriyetleriyle dernek kurma hakkında sınırlamalar yapabileceği, iddia edilmişse de mahkeme ayrıca 17 maddesinde de belirtilen: «Bu sözleşme hükümlerinden hiç biri, bir devlete, topluluğa veya ferde, işbu sözleşmelerde tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya mezkûr sözleşmede derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tehditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf herhangi bir hak sağladığı şeklinde tefsir olunamaz» denilmek suretiyle sosyal bir sınıfın diğer bir sosyal sınıf üzerinde tahakkümünü sağlama, bir sınıfa üstün haklar tanımaya, komünizme yönelen çabaların bu sözleşme hükümlerinden yararlanamayacağı iddiasında bulunmuştur. Böylece bu bakımdan da bir aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesi kabul etmemiştir.

Anayasanın 155 inci maddesine aykırılık iddiasına gelince yine bu iddia da Yüksek mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Davacı Anayasanın evolutif bir anayasa olduğunu iktisadi ve sosyal nizamın değişebileceği ve buna karşı olmadığı, halbuki T.C.K. 141 ve 142 nci maddelerin birinci fıkralarının adeta toplum statüsünü dondurucu ve değişim ve gelişime karşı olduğu göz önünde bulundurulursa bu bakımdan da Anayasaya aykırılığın mevcut olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu iddiaya karşılık olarak Anayasanın değiştirilmesinin mümkün olduğu fakat bir sınıf tahakkümünü sağlayıcı ve toplumu geriletici, hürriyetlerini yok edici bir değişime

Anayasanın karşı olduğu, iptali istenen hükümlerin Anayasaya uygun bulunduğu gibi temel hak ve hürriyetlerin özlerini de zedelediği ileri sürülmüştür.

Netice olarak Anayasa Mahkemesi şu sonuca varmıştır :

«Türk Ceza Kanununun 141 inci maddesinin iptali istenen 1 numaralı bendinde :

a. Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümü tesis etmeğe;

b. Sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmaya;

c. Memleket içinde müesses iktisadî ve sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmeğe;

Matuf cemiyetleri, her ne suret ve nam altında olursa olsun, kurmaya tevessül edenleri veya kuranları veya bunların faaliyetlerini sevk ve idare edenleri ve bu hususlarda yol gösterenleri;

Aynı kanunun 142 nci maddesinin yine iptali istenen, 1 numaralı bendinde de;

ç. Yukarıda (a) ve (c) harfleriyle işaretlenen konularla;

d. Devlet siyasi ve hukuki nizamlarını topyekûn yok etme;

Konusunda her ne suretle olursa olsun, propaganda yapanları;

Cezalandıran hükümler yer almaktadır.

1. İptal konusu hükümlerin öngördüğü hallerden (a) harfiyle işaretlenen fıkrada yer alan hükmün, Anayasanın da sınıf tahakkümünü kesin olarak yasaklaması, (d) harfi ile işaretlenen hükmünde, anarşizme yol açan nitelik taşıması bakımından Anayasaya aykırı olmadıklarına;

2. (b) ve (c) harfleriyle işaretlenen hükümlerle, bunlara müvazi olarak 142 nci maddenin 1 numaralı bendinde yer alan ve yukarıda (ç) harfiyle işaretlenen hükümlerin komünizmi benimseyen cemiyetler kurulmasını ve bu konularda propaganda yapılmasını yasaklamaları ve Anayasa düzenine uygun bulunan cemiyetlerle Anayasa'nın cevaz verdiği ölçüde sosyalizmi tahakkuk ettirmek amaçını güden partileri kurma ve bu amaçın propaganda-

sını yapma hallerinin ise bu hükümlerin kapsamı dışında kalma ları bakımından Anasa'ya aykırı olmadıklarına ve davanın reddine» ekseriyetle karar verilmiştir.

### **MUHALEFET ŞERHLERİ ve KANAATIMIZ :**

Anayasa Mahkememizin 29/6/1965 senesinde karar verip 25 temmuz 1967 de yayınlanan kararının a ve d bentlerinde belirtilen hükümleri ittifakla alınmış olmasına rağmen b bendi üzerinde ihtilâflar doğmuştur. b bendinde ise «sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmaya» matuf hareketlerden bahis edilmekteydi. Bu hususa 4 tanesi muhalefet etmiş; ayrıca c bendi üzerindeki tartışmaya bir üye daha katılmıştır. Bu hükümde «memleket içinde müesses iktisadî ve sosyal temel nizamlardan her hangi birini devirmeğe» matuf hareketlerle ilgiliydi.

O halde muhalefet şerhleri bu iki ana grup etrafında toplanabilir. Üyelerden Şemsettin AKÇOĞLU muhalefet şerhinde T.C.K. nun 141 ve 142 nci maddelerin (1) numaralı bentlerin belirtilen «sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye matuf cemiyetlerin kurulmasını» ve «aynı maksatlarla propaganda yapılmasını» yasaklayan hükümlerin Anayasaya uygunluğunun belirtilmesinde başka gerekçe aranmış olmasına muhalefet etmiştir. AKÇOĞLU'na göre gerekçe olarak sadece Anayasamızın 4 üncü maddesinin gösterilmiş olması yeter bir açıklık taşıyabilecekti. Anayasamızın 4 üncü maddesi ise : «Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletindedir.— Millet, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır.— Egemenliğin kullanılması, hiç bir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiç bir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almıyan bir devlet yetkisi kullanamaz». Hükmünü taşımaktadır. Daha sonraki kısımlarda ise kanunun komisyonlardaki görüşme ve gerekçelere istinat edilmiştir. Buna göre 141 ve 142 nci maddelere yöneltelen tenkit» Kanunun ihtiva ettiği hükümler ve mevcut tâbirler, mana ve muhtevalarını tayin bakımından kolaylık temin edecek şekilde olmayıp bazı tâbirlerin muhtevalarını tayin hususunda hâkimlerin müşkülât karşısında kaldıkları» na değinilmiştir. Demokratik düzen ceza hukukunun ana prensibi vatandaşın men olunan hususlarını sınırlarını kesin bilmeleri kadar işlemeleri muhtemel suçların cezalarının da kesin olarak belirtilmesi esastır. Ceza Kanununun 141 ve 142 nci maddelerinde bu hususlardan birincisi yani «kanunsuz suç olmaz» prensibinin gerek-

lerinin tam yerine getirildiği münakaşa konusu olarak mevcuttur. Hatta bu hususta Temyiz mahkememizin son içtihatlarından birine değinilmekte ve «hepside Üniversite Profesörü olan bu kişilerin dahi hudut ve şumulünü tayinde birleşemedikleri bir kanun hükmünün (kanunsuz suç olmaz) presibini zedelemeyen bir açıklıkta olduğu kabul edilemez» denilmektedir. Kanunun belirtilen maddelerinin tadili için yapılan tekliflerden birinde buna benzer bir gerekçe kullanılmış ve maddeye «cebir» ve «şiddet» unsurunun ilâvesiyle yeteri kadar bir açıklık verilmesi istenmişse de Adalet komisyonu bu teklifi olumlu bulduğu halde daha sonra müzakereler sırasında bu hususlar maddeden çıkarılmıştır. Böylece maddelere yöneltilen «ipham, tereddüt ve müşkülât» bugün için de varittir denilmektedir. Akçoğlu «dava konusu hükümlerin, yalnız komünizmi önlemekle kalmayıp bunun dışındaki fikir hareketlerini ve binnetice iktisadi ve içtimai tekamülü de önlediği kanaatiyle kararın 2 numaralı bendine «muhalif olduğunu belirtmiştir. Sosyalizm bakımından bir ayırım yapılmasına da taraftar görünmemektedir. Kararda «Anayasa düzenine uygun bulunan cemiyetlerle Anayasanın cevaz verdiği ölçüde sosyalizmi tahakkuk ettirmek amacını güden partileri kurma ve bu amacın propagandasını yapma hallerinin dava konusu hükümlerin kapsamı dışında kaldığı» belirtilmektedir. Buna katılmamayı şu şekilde belirtmiştir:» İhtilâlçi sosyalizm rejimi dışında kurulan sosyalist partileri, programlarının Anayasa zaviyesinden incelenmesi suretiyle sınıflara ayırmak, bir kısmının kuruluşuna ve propaganda yapmasına cevaz verip diğer bir kısmını takibata maruz bırakmak, yalnız kanun hükümlerinin değil kanunun koyucununun maksadının da dışına çıkacak bir tatbikata yol» açabilecektir. Bu bakımdan böyle bir ayırma da taraftar olunmamıştır.

Celâlettin Kuralmen, Sait Koçak ve Muhittin Gürün ve İbrahim Senil ve Hakkı Ketenoğlu da ayrıca muhalefet şerhleri yazmışlardır. Bunlardan sonuncusu müstakil bir muhalefet şerhi hazırladığı halde diğerleri müşterek bir muhalefet şerhi yazmayı tercih etmişlerdir.

Kuralmen - Koçak - Gürün ve Senil'in muhalefet şerhinde ana noktaları şöyle özetleyebiliriz: Daha ziyade 141 ve 142 inci maddelerin ifadelerinden bunun komünizmi yasaklar bir nitelik taşıdığı üzerinde durulmuş bu hususta maddelerin gerekçeleri ne temas edilmiştir. Yaptıkları ön açıklamaların ardında maddenin komünizmi yasaklar nitelikte olmasının isabeti üzerinde durumuştur.

İster demokratik yollarla iş başına gelme isterse ihtilâlcî metotlarla osun komünizmi neticede cebir ve şiddete gitme durumundadır. Sosyal bir sınıf olan «sermayeci» yi ortadan kaldırmayı hedef tutar. Bu noktada yani komünizmi yasaklama bakımından ittifak halinde olduklarını belirttikten sonra demokratik usullere sadık kalarak üretim araçlarının topluma ait olmasını ve bu sebepten dolayı özel sermayenin kalmasını isteyen ve bunu kademeleli olarak gerçekleştirmeyi amaç edinen demokratik sosyalizm adı altında toplanabilecek kuruluş ve faaliyetler olabilir. Bunlar zor ve şiddeti akıllarından dahi geçirmemiş bulunabilirler. Halbuki 141 ve 142 nci maddelerin hükümleri bunların da hareket ve faaliyetlerini yasaklar niteliktedir.

Diğer yandan anayasa ile tanınan temel haklar arasında tahribi öngören yollara sapmaksızın her ferdin sosyal sınıfları memleketin ekonomik ve sosyal yapısına uygun bir şekilde değişme ve gelişmesini sağlamak vazifesidir. Zaten Anayasamız muhafazakâr bir Anayasa niteliğini de taşımamaktadır, dedikten sonra bu yönlü değişimlere karşı olunamayacağını şu şekilde belirtmişlerdir. «Bir kısım vatandaşlar, yurt kalkınmasının, üretim araçlarının tamamının veya bazı ölçüdeki kısmının Devlet elinde toplanmasına ve bu suretle sermayedar sınıfın sahneden çekilerek yerini topluma bırakmasına bağlı olduğuna samimi olarak inanabilirler. Bu düşüncelerini ya Anayasanın mevcut hükümleri içerisinde, veya rejimin, insan haklarına dayanan demokratik, lâik bir hukuk devleti niteliğine hâle vermeksizin bazı anayasa maddelerinin değişmesi suretiyle meydana gelecek yeni bir ortam içinde gerçekleştirebilecekleri kanaatle dernek veya siyasi parti kurmayı ve topluma fikirlerini anlatmak ve bunlar etrafında taraftar toplamak için propaganda yapmayı düşünebilirler. 141 ve 142 nci maddelerin 1 numaralı bentleri ise, bu gibi hareketleri yasaklamakta ve bu suretle Anayasa düzeni içindeki düşünce hürriyetinin ve dernek kurma hakkının özünü zedelemektedir.» kanaatini izhar etmişler ve bu bakımdan maddelerin Anayasaya aykırı olduğu ve iptallerinin gerekliliği üzerinde durmuşlardır.

Hakkı Ketenoğlu ise muhalefet şerhinde: kararın iki kısımdan ibaret olduğu bir kısmının oybirliği bir kısmının ise oy çokluğu ile alınmış olduğu, esas itibariyle sayın heyetle her iki hususta da beraber olduğu belirtilmiştir. Ayrıldığı noktalar ise kararın yazılış tarzı ve gerekçenin yetersizliğidir. Bu üç kısım şu şekilde özetlemekte daha doğrusu şu ana şıklarda toplamaktadır:

«1. davanın temel ilkelere ait kısmının gerekçesiz olarak reddedilmesi; 2. 141/1 ve 142/1 inci maddelerin metinleri üzerinde durulmaksızın sadece gerekçelerine dayanılarak komünizmi yasaklamak için tedvin edildikleri sonucuna varılması; 3. Anayasamızın sosyalizme sınırsızca açık olduğu iddiasının sadece Anayasa gerekçesinin ve temsilciler meclisi tutanaklarına dayanılarak ve Anayasanın ilgili maddelerinden bir kısmının veya tamamının metinlerine başvurulmadan reddedilmiş olmasıdır.» Bundan sonra bu üç ana esas etrafında muhalefetini sayın Ketenoğlu belirtmektedir.

Davanın temel ilkelere ait olan kısmına gerekçe gösterilmemesini anayasamızın 135 inci maddesindeki «mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır» hükmüne aykırı olarak kaleme alınmış olarak kabul edildiği üzerinde durmuştur. Halkçılık ilkesine temas edilmiş bunu iki şekilde anlaşılmasının mümkün olduğuna temas edilmiştir.

Anayasamızın kabul ettiği anlamda halkçılık batılı anlamdadır dendiikten sonra toplum içindeki bütün sınıflara her hangibir ayrıma tâbi tutmaksızın hepsine aynı hak ve hürriyeti tanımanın gerektiği, bir sınıfın faydasına diğer sınıfın zararına toplum düzenmesinin mümkün olamayacağı üzerinde durulmuştur. Diğer taraftan emekçi ve işçi sınıfının hâkimiyeti esasına dayanan bir halkçılık ise Anayasamıza aykırı bir niteliktedir. «Anayasamız işçinin verilmemiş haklarını, sağlanmamış faydalarını ulusal üretimden kabiliyet ve çalışmaları ölçüsünde hisse almalarını işsizlik, yolculuk, hastalık ve ihtiyarlık hallerinde aç ve bakımsız kalmamalarını temin etmekle devleti görevlendirmiştir. İşçi ve emekçi istemesede de Anayasanın devlete vermiş olduğu bu vazife yapılacaktır. Millet bu görevi gerçekleştirme yükümü altında bulunan devlet organlarını kontrol edecek ve icraya zorlayacaktır. Husumete gitmeden, milli birlik ve tesanüt içerisinde bu hak ve faydaları gerçekleştirecektir. Anayasamız bunu ister. Sermayeci de aynı durumdadır. O da haklarını, faydalarını yine hukuk devlet ilkelerine dayanarak cebir ve tahakküm yoluna başvurmaksızın, işçinin insan haysiyetine yaraşır şekilde yaşama hakkını kabul etmek suretiyle iktisadi düzenini işletecektir. Sınıfçı halk anlayışı yerine millet ölçüsünde halk anlayışı bu sonuca götürür.

Kanaatımızca: maddenin komünizmi yasaklayan hükümlerinde anayasaya aykırı bir durumun olmadığı şüpheden azadeder. Fakat bizce maddenin anayasaya aykırılığını gerektiren en önem-



li husus bir ceza kaidesi olarak maddenin «kanunsuz suç olmaz» prensibini ihlâl etmesi bakımındandır. Maddelerin kapsamı çok geniştir. Neyi yasakladığı kesin olarak bir ceza kaidesinden bekle- necek şekilde çizilmemiştir. Bu ise çeşitli mahzurlar doğurabilecek niteliktedir. Gelişim halindeki ortamlarda fikirler serbestçe tartı- şılabilmelidir. Gerçeğe ancak bu yoldan ulaşılabilir. Fikirleri kısı- tlayarak değil. Ancak, sınırsız hürriyet anarşiye ve Devletin in- kârına kadar da gidebilir. O halde bir ceza kaidesi olarak madde neyi yasak ettiğini açık ve kesin bir dille belirtmelidir. Komünizm, anarşizm, faşizm, diktatörlük, sosyalizm gibi.. Veya maddeye «ce- bir ve şiddet» unsurunun ilâvesiyle bir kesinlik kazandırılması lâ- zımdır. Mehzaz İtalyan ceza kanununun da olduğu gibi.. Fakat bu hususta iyice sınırlandırılmalı ve yasaklanacak davranış ve dernek- ler kesinlikle belirtilmelidir. Zira cebir ve şiddet unsuruna yer veren İtalyan ceza kanununun tatbikatta bulunduğu devrede ekstrem sağcı ve eksterm solcu partiler ve bunlar arasında nuans farkları bulunan diğer partiler serbestçe faaliyetlerini yürütebilmekte ve seçimlere iştirak edebilmektedirler.

Anayasanın cevaz verdiği ölçüde sosyalizmi tahakkuk ettirmek amacını güden partileri kurma ve bu amacın propagandasını yap- ma hallerinde ise bu hükümlerin kapsamı dışında kalmaları bakı- mından Anayasaya aykırı olmadıklarına karar verilmiş olması da meseleyi halletmeye yeterli değildir. Muhalefet şerhlerinde de işa- ret edildiği gibi fikir hürriyeti ve dernek kurma hürriyetine esas- lı tahditler getirebilir ve zedeleyebilir. Sınır çizilmedikçe daima sürtünmeler ve tezatlar olabilecektir.

Yalnız 141 ve 142 nci maddelerin birinci fıkralarının tafsirin- de şu hususa dikkat edilmesi de lâzımdır : **tahakkümünü tesis et- meye, ortadan kaldırmaya, devirmeye** matuf cemiyet teşkilini her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya teşebbüs veya pro- paganda yasaklanmaktadır. Bu ifadelerin son kısmındaki her ne suret ve nam altında olursa olsun müstakil değil diğer üç unsur bakımından mütalâa etmek lâzımdır. Bu takdirde ve bu ifadelerin içinde cebir ve şiddet unsuru saklıdır. Bu tahakküm zinciri veya kadrosu içine girmeyen davranış ve kuruluşları maddenin kapsa- mı dışında düşünmek mümkündür. O takdirde maddeye ceza kaide- si olarak yönelen tenkit azalacak ve Anayasaya aykırılık iddiası ise daha yumuşayacak ve Anayasa Mahkememizin vermiş olduğu karar ise bu porteden daha gerçekçi bir anlam kazanmış olacaktır.