

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"Hemen ilk bakışta fark edileceği gibi maddenin birinci fıkrasında yer alan "... basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup..." ifadesi Anayasa'nın 10'uncu maddesine açıkça aykırıdır. Bilindiği gibi Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10'uncu maddesi aynen şöyledir:

"X. Kanun Önünde Eşitlik

MADDE 10.- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütünüşlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Anayasa'nın 10'uncu maddesinin gerekçesi ise yine aynen şöyledir:

"Madde, demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar.

Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idari makamlar için de bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar."

Anayasanın 10'uncu maddesinin hem bizzat metninden hem de gerekçesinden anlaşılacağı gibi 28.08.1999 tarih ve 4454 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan

"...basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup..." ifadesi "eşitlik ilkesi"ne açıkça aykırıdır.

Çünkü sadece ve sadece "...basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla..." suç işlemiş olan kimselerin 12 yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezaları (hapis ve ağır hapis cezaları) ertelenmektedir. Böylece bu etkin araçlarla suç işleyen kimseler "imtiyazlı" hale getirilmektedirler. Buna karşılık basit yollarla suç işlemiş olan kimselerin para cezaları dahi ertelenmemektedir.

Nitekim bazı kimseler basın yoluyla (gazete, dergi v.s. ile), sözlü araçlarla (radyolar ile) ve görüntülü cihazlarla (televizyonlarla) suç işlemişlerdir. Bu kimseler söz konusu araçlarla birkaç defa -hatta gazetelere yansıdığına göre bir kısmı 40-50 defa- suç işlemiştir.

Bu suçların toplam hapis cezası, belki de yüzlerce yıla ulaşmaktadır. Ancak 28.08.1999 tarih ve 4454 sayılı Kanun ile herbir suç ayrı ayrı değerlendirilmiş ve herbir suç için üst sınırı oniki yılı geçmeyen hapis cezalarının infazı üç yıl süre ile ertelenmiştir.

Buna karşılık basın yoluyla işlenmiş suça konu olan bir haber veya makaleden veyahut radyo ya da televizyon konuşmasından alıntı yapıp da bir seminer, sempozyum veya 3-5 kişilik toplantıda kullanan mesela bir araştırmacı (öğretmen bilim adamı) ertelemeyi edemeyecektir.

Başka bir deyişle, uydular aracılığı ile tüm dünyaya televizyonlardan defalarca hitap eden bir kimse, suç sayısı ne olursa olsun cezası ayrı ayrı oniki yılı geçmeyen bütün hapis cezaları için ertelemeyi yararlanacak, buna karşılık söz konusu kimsenin sadece bir konuşmasından, alıntı yapıp, diyelim, 3-5 kişilik seminerde kullandığı için daha düşük bir cezaya mahkum olan kimse ertelemeyi faydalanamayacaktır. Hatta mahkumiyetleri düşük olanların para cezaları dahi ertelenmeyecektir.

Böyle bir uygulamanın, Anayasa'nın hem 2. maddesindeki "adalet anlayışı"na hem de 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik ilkesine" aykırı olduğu, hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak kadar açıktır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararı da bu yöndedir.

"Anayasanın 10. maddesinde herkesin, hiç bir ayırım yapılmadan kanun önünde eşit olduğu kabul edilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle bir ayırım yapılamayacak, yasalar herkese eşitlikle uygulanacaktır. (Any. Mah. T:28.04.1983, E.1981/13, K.198318)

"Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir.

"Benzeri sebeplerle" de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır.

Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik kavramlarıyla kanun önünde eşitlik yani hukuki eşitlik kastedilmiştir. Bu ilkeyle bir tek kişiye veya kimi topluluklara aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmaktadır.

Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini getiren 10.maddesiyle güdülen amacın, aynı durumda bulunan kimselerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak ve yurttaşlara yasa karşısında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımlı davranılmasını önlemek olduğu Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında vurgulanmıştır." (Any.Mah., T:04.11.1986, E.1986111, K:1986126).

"Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasının öngördüğü, ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşitlik, bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasıyla birlikte ele alınmalıdır. Bu maddeyle, yasaların uygulanmasında, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmesi mutlak olarak yasaklanmıştır. Anayasa'nın 10. maddesi, ayrıcalıklı kişi ya da topluluklar oluşmasına olanak tanıyan bir eşitsizliğe yol açacak düzenlemeler yapılmasını önlemeyi

öngörmektedir. Aynı durumda olanlara ayrı kurallar uygulanamayacağı gibi ayrı durumda olanlara da aynı kurallar uygulanamaz." (Any.Mah. T:19.12.1989, K. 1989149, E.1989/14).

"Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir.... Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur.... Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz" (Any.Mah., T:02.05.1991, K.1991/11, E.1990/28).

Nitekim Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesine giren suçları "şartlı tahliye"nin kapsamı dışında tutan 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine karşı itiraz yoluyla açılan davayı yerinde bularak şöyle demiştir:

"Suçlu, topluma uyum zorlukları gösteren ve uyumsuzluğunu suç işlemekle açığa vuran kimsedir. Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun toplumla uyum sağlayabilmesi başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkesini oluşturur. Toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığı, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırılmasına esas olur. Bu husus, devletin cezalandırma politikasına uygun olarak yasakoyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine göre belirlenir.

Ancak, cezanın infazı, işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar.

Bu amacın gerçekleştirilebilmesi, suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir. Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkumların işledikleri suçlara göre bir ayırıma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkum arasında eşitsizliğe neden olur.

Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkumlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.

...

12.04.1991 günlü, 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu"nun:

...

Geçici 4.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline,

... Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde geçen Türk Ceza Kanunu'nun "...146 (son fıkra hariç)..." hükmünün iptaline..." (Any. Mah. T: 19.07.1991 , K: 1991 /22, E.1991 /15)

Somut olayımızda 28.08.1999 tarih ve 4454 sayılı Kanun'un dava konusu olan hükmü, Anayasa'nın 10. maddesini Terörle Mücadele Kanunu'nun iptal edilen hükmüne nispetle çok daha ağır biçimde ihlal etmiştir. Çünkü Terörle Mücadele Kanunu, "hafif suçları" şartlı tahliyenin kapsamına alıp, "ağır suçları" şartlı tahliyenin dışında tutmuştur.

4454 sayılı Kanun ise aynı nitelikteki suçlardan hafif olanlarını ertelemenin dışında tutup daha ağır suçları ertelemenin kapsamına almıştır.

Gerçekten bir suçun basın yoluyla veya iletişim araçlarıyla işlenmesi, hem uluslararası hukuk kurallarına göre hem de Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır cezayı gerektirmektedir.

Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinin birinci fıkrasına göre:

"Reisicumhura muvacehesinde hakaret ve sövme fiillerini işleyenler üç seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır."

Aynı (158.) maddenin son fıkrasına göre ise:

"Suçun, neşir vasıtalarından biri ile işlenmesi halinde ceza üçte birden yarıya kadar artırılır."

4454 sayılı Kanun'un dava konusu hükmüne göre, Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinin birinci fıkrasından hüküm giyenler ertelemekten istifade edemeyecekler, buna karşılık aynı (158.) maddenin son fıkrası gereğince daha ağır hüküm giyenler ertelemekten istifade edebileceklerdir.

Keza Türk Ceza Kanunu'nun 311. maddesinin birinci fıkrasına göre:

"Bir suçun işlenmesini aleni olarak tahrik eden bir kimse üç yıldan beş yıla

kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır."

Anılan (311.) maddenin ikinci fıkrasına göre ise:

"Tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle... olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır."

4454 sayılı Kanun'un dava konusu hükmüne göre, Türk Ceza Kanunu'nun 311. maddesinin birinci fıkrasından (beş yıla kadar ağır hapse) mahkum olanlar ertelemekten asla yararlanamayacaklar, ama aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince (on yıla kadar ağır hapse) mahkum olanlar ertelemekten mutlak surette istifade edeceklerdir.

Bu tür örnekleri artırmak mümkündür.

Nitekim 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinin son fıkrasına göre:

"Birinci fıkra yazılı fiillerin ikinci ve üçüncü fıkralarda yazılı kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde belirlenen ceza üçte birden yarıya kadar

artırılır."

Bu durumda "hitap alanları alabildiğine geniş, etkileme güçleri çok yüksek olduğu için cezaları daha ağır olsa da iletişim araçları ile (basın, radyo ve televizyon yoluyla) işlenen suçlar hukuken "iyi suçlar"dır, "zararsız suçlar"dır. Bu yüzden ertelemeden istifade etmelidirler. Buna karşılık sair yollarla işlenen suçlar, cezaları daha düşük olsa bile hukuken daha kötü suçlardır, daha tehlikeli suçlardır. Bu sebeple ertelemeden yararlanmamalıdır" denemez.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıkça belirtildiği gibi:

"Anayasa'nın 10. maddesi ile konulan eşitlik ilkesi her konuda uygulama alanı gören bir kuraldır. Aynı yönde ve aynı temel anlayışa göre yorumlansa bile uygulandığı alana göre eşitlik ilkesi değişik görünümde ortaya koymaktadır.

Ceza hukukunda anayasal eşitlik ilkesi genel anlamda bir eşitliği ifade eder. Aynı tür suçlara benzer nitelikte ve ağırlıkta cezalar verilmesi eşitlik anlayışının gereğidir. Suçlar ve cezalar konusunda yapılan düzenlemeler, suç türlerine devletçe verilen öneme göredir. Ancak, suç ve ceza arasındaki oranı adaletle uygun ve cezalar arasındaki genel dengeyi suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve toplumsal yapıya göre belirlenmesi gerekir. Kuşkusuz yasakoyucu, suçlar ve cezalar hakkında kural koyarken Anayasa ilkeleri ile Anayasa'da genel anlamı belirlenen cezanın evrensel ilkelerine uymakla yükümlüdür. Böylece eşitlik ilkesinin cezadaki uygulaması sağlanabilir" (Any.Mah.T.31.3.1992, K.1992/20, E.1991/18, A.M.K.D., Sayı: 28, C.1, s.282).

"Devletimiz... bir hukuk Devletidir. Kanunlarımızın, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır" (Any.Mah., T.22.12.1964, K.1964/76, E.1963/166, A.M.K.D., Sayı: 2, s.291).

Oysa 4454 sayılı Kanun'un, hukukun temel prensiplerine ve Anayasa'ya aykırı olduğu hususunda hem kamuoyunda hem de hukukçular arasında tam bir görüş birliği vardır: Mesela 4454 sayılı Kanun'un kabul (28.8.1999) tarihini izleyen günlerde çıkan gazeteler, radyo ve televizyonlarda yapılan konuşmalar bu aykırılığı koro halinde seslendirmişlerdir.

Nitekim, Milliyet Gazetesi yazarlarından Taha Akyol "Af ve Anayasa" başlığını taşıyan 31.8.1999 tarihli yazısında aynen şöyle demektedir:

"...

Prof. Dönmezer Hoca'nın Anayasa'ya aykırı gördüğü başka bir yön var:

-Basın yoluyla işlenen suçlarda ceza erteleme getiriyorsunuz, aynı suç kahvehane de konuşarak işlenmişse bunu kapsam dışı bırakıyorsunuz. Bu Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırıdır."

Sabah Gazetesi Başyazarı Güngör Mengi de "Hukuk aranıyor!" başlığını taşıyan 01.9.1999 tarihli yazısında şöyle diyor:

"... Basın yoluyla işlenen bütün suçlara erteleme yoluyla da olsa bir çözüm getirilirken, bu suçları sözlü olarak işleyenler yararlandırılmıyor. Oysa bu suçların basın yoluyla işlenmesi, cezanın artma sebebidir.

Yani af kanunu... daha ağır suçları affederken daha hafif olanlarına "Sizler içerde kalacaksınız" diyor.

Nasıl bir takdir hakkı bu'

Adaleti temsil eden gözü bağlı kadının bir elindeki teraziyi kafasına vurup ceza adaletini simgeleyen kılıcı kalbine saplamak değil mi"

II-YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI SEBEPLERİ:

1) Dava konusu hükmün, sadece belirtilen araçlarla suç işlemiş olan kimselerin -üstelik herbir suç için- Türk Ceza Kanunu'na göre on iki yılı aşmayan hapis ve ağır hapis cezalarını ertelemesi, buna karşılık yine Türk Ceza Kanunu'nun aynı maddesinin kapsamına giren, ancak iletişim araçlarıyla (basın, radyo veya televizyon vasıtasıyla) işlenmediği için nisbi olarak çok daha düşük tutulan cezaların ertelenmemesi Anayasa'nın 10. maddesine açıkça aykırıdır.

2) Bir kimsenin sırf basın, radyo veya televizyonla işlendiğinden dolayı herbir suçu için hükmedilip de on iki yılı aşmayan bütün hapis ve ağır hapis cezaları ertelenirken diğer kimselerin veya aynı kimsenin, çok daha hafif olan cezasının ertelenmemesi, yani ağır suçlular tahliye edilirken, nisbi olarak (hukuken ve hükmen) hafif suçluların cezaevlerinde tutulmaları, buna gerekçe olarak da hafif suçların basın, radyo veya televizyonla işlenmemiş olmasının gösterilmesi hiç şüphesiz ki telafisi imkansız zararlar doğuracaktır. Zira böyle bir ayrımı haklı kılacak hiçbir sebep yoktur. Çünkü erteleme cezaların infazı ile ilgili bir uygulamadır. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi:

"Mahkumiyetten sonra hükümlünün suçla bağı kesilir, onun hukuki statüsü artık "hükümlü"dür. Hükümlülerin de "şartlı tahliye", "şartlı salıverme" ve "erteleme" gibi infaz imkanlarından eşit olarak yararlanmaları gerekir, farklı uygulama eşitlik prensibine aykırı olur." Bütün bu gerekçelerle ve Yüksek Mahkeme'nin takdir edeceği diğer sebeplerle, 4454 sayılı Kanun'un dava konusu olan "... basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup..." hükmü hakkında acilen yürürlüğün durdurulması kararı verilmelidir.

SONUÇ Anayasa'nın 10. maddesine açıkça aykırı olmasına rağmen 03.9.1999 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren, nisbi olarak bir kısım ağır suçluların cezalarını ertelerken bunlara nisbetle çok daha hafif suçluları cezaevlerinde tutan, böylece hakkaniyet kuralını tersine çeviren 28.8.1999 tarih ve 445 sayılı Kanun'un "... basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup..." hükmü hakkında acilen yürürlüğün durdurulması ve iptal kararı verilmesini saygılarımla arz ederim." 06.10.1999"