



**KTO KARATAY ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

ANAYASAYI İHLAL SUÇU (TCK m.309)

Berrin Rumeysa MERMER

Yüksek Lisans Tezi

**KONYA
Nisan 2023**

ANAYASAYI İHLAL SUÇU (TCK m.309)

Berrin Rumeysa MERMER

KTO Karatay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Tezli Yüksek Lisans Programı

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ

Konya
Nisan 2023

BİLDİRİM

Enstitü tarafından onaylanan Yüksek Lisans tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını basılı veya dijital biçimde arşivleme ve aşağıda belirtilen koşullar dahilinde erişime açma iznini KTO Karatay Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle, Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak ve gelecekteki çalışmalar (makale, kitap, lisans, patent vb.) için tezimin tamamının veya bir bölümünün kullanım hakları yalnızca bana ait olacaktır.

Tezimin bütünüyle kendi çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izinle kullanılması zorunlu olan kaynakları, yazılı izin alarak kullandığımı ve istenildiğinde izinlerin suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayımlanan “Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge” kapsamında, tezim, aşağıda belirtilen koşullar haricince, YÖK Ulusal Tez Merkezi ve KTO Karatay Üniversitesi Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

☐ Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir.¹

☐ Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ... ay ertelenmiştir.²

☐ Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir.³⁴

18 Nisan 2023

Berrin Rumeysa MERMER

¹ MADDE 6(1) Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

² MADDE 6(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

³ MADDE 7(1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

⁴ MADDE 7(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

ETİK BEYAN

KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tez Hazırlama ve Yazım Kurallarına uygun olarak Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ danışmanlığında tarafımdan üretilen bu tez çalışmasında; sunduğum tüm veri, enformasyon, bilgi ve belgeleri bilimsel etik kuralları çerçevesinde elde ettiğimi, tüm değerlendirme, analiz, bulgu ve sonuçları bilimsel usullere uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım kaynakların tümüne bilimsel normlara uygun biçimde atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

18 Nisan 2023

Berrin Rumeysa MERMER

TEŞEKKÜR

Tez çalışma sürecinde tecrübelerini, bilgilerini ve emeklerini esirgemedten sağladıkları değerli katkılarından dolayı, başta tez danışmanlığımı üstlenerek ceza hukuku alanında çalışma isteğimin yerine gelmesine vesile olan danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ ile Prof. Dr. Berrin AKBULUT, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN ve Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN hocalarıma; bu zorlu süreçte maddi ve manevi her türlü desteği veren aileme; yine manevi destekleriyle yanımda olan ve fikir alışverişinde bulunduğumuz çalışma arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Nisan, 2023

Berrin Rumeysa MERMER



ÖZET

Berrin Rumeysa MERMER

Anayasayı İhlal Suçu (TCK m.309)

Yüksek Lisans Tezi

Konya, 2023

Anayasayı ihlal suçu, halk arasında darbe suçu olarak bilinen suçlardan birisidir. Bu sebeple gündelik hayatta çok sık karşılaşılan bir suç türü değildir. Ancak yakın zamanda, 15 Temmuz 2016’da bu suça teşebbüs edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ise, anayasayı ihlal suçunun neticeye erişilmiş haline iki defa rastlanılmaktadır: 27 Mayıs 1960 Darbesi ve 12 Eylül 1980 Darbesi. Bu darbelerin sonrasında ise, failler işledikleri fiilin ihtilal olduğunu belirtmişlerdir. Nihayetinde ise, failler “İhtilal kendi hukukunu doğurur.” diyerek cezalandırılmaktan kaçınmışlardır. Nitekim öğretide de anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmiş halinin cezalandırılmayacağını ifade eden görüşler bulunmaktadır. Bununla birlikte 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü’nde, işlediği fiilin suç olduğunu bilmeyen ve iradi olarak suça iştirak etmeyen askerler, anayasayı ihlal suçu işlemek için araç olarak kullanılmışlardır. Öğretide ise, anayasayı ihlal suçu hakkında hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusurluluğa etki eden nedenlerin uygulanamayacağına dair görüşler bulunmaktadır. Ancak uygulama öğretinin tam tersi şekilde gelişmiştir. Hem 12 Eylül 1980 Darbesi failleri yargılanmış hem de 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü’ne dahil edilen emir eri askerler hakkında kusurluluğa etki eden nedenlerin uygulanabileceğine ilişkin kararlar verilmiştir.

Bu tez çalışmasında, anayasayı ihlal suçu, içerdiği bu ve benzeri çelişkilere de değinilerek incelenecektir. Çalışmada ilk olarak anayasayı ihlal kavramının ne olduğu, suçun kapsamı açıklanacaktır. İkinci bölümde anayasayı ihlal suçunun eski ve yeni ceza kanunlarındaki ve mukayeseli hukuktaki düzenlemelerine değinilecektir. Devamında ise sırasıyla; suçun konusu, maddi unsurları, manevi unsuru, hukuka aykırılığı, suçun özel görünüş biçimleri; suçun kovuşturulması, zamanaşımı, yaptırımı konuları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Anayasayı ihlal suçu, darbe, ihtilal, “İhtilal kendi hukukunu doğurur.”, 12 Eylül 1980 Darbesi, 27 Mayıs 1960 Darbesi, 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü

ABSTRACT

Berrin Rumeysa MERMER

The Crime of Violating The Constitution (TPC art.309)

Master's Thesis

Konya, 2023

The crime of violating the Constitution is one of the crimes popularly known as the coup crime. For this reason, it is not a frequently encountered type of crime in daily life. However, recently, this crime was attempted on 15 July 2016. In the history of the Republic of Türkiye the crime of violating the constitution, which have been reached to the result is encountered two times: the 27 May 1960 Coup and the 12 September 1980 Coup. After these coups, the perpetrators stated that the act they committed was a revolution. In the end, the perpetrators avoided punishment by saying, "The revolution gives birth to its own law.". As a matter of fact, there are opinions in the doctrine which expresses that the crime of violating the constitution cannot be punished if it has reached its result. However, in the 15 July 2016 Coup Attempt, soldiers who did not know that the act they committed was a crime and did not voluntarily participate in the crime, were used as tools to commit the crime of violating the constitution. On the other hand, there are opinions in the doctrine that the reasons compliance with laws and the reasons affecting culpability cannot be applied to the crime of violating the constitution. But practice has developed in the opposite way of the doctrine. Both the perpetrators of the 12 September 1980 Coup were tried and decisions were made that the reasons affecting culpability could be applied to the orderly soldiers who were included in the 15 July 2016 Coup Attempt.

In this thesis study, the crime of violating the constitution will be examined by referring to these and similar contradictions it contains. In the study, first of all, what is the concept of violating the constitution and the scope of the crime will be explained. In the second part, the regulation of the crime of violating the constitution in the old and new penal codes and comparative law will be mentioned. Afterwards, respectively; the subject of the crime, its objective elements, its subjective element, its unlawfulness, the specific forms of appearance of the crime; the prosecution, statute of limitations and sanctions of the crime will be examined.

Keywords

The crime of violating the constitution, coup, revolution, "The revolution gives birth to its own law.", 12 September 1980 Coup, 27 May 1960 Coup, 15 July 2016 Coup Attempt

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM	ii
ETİK BEYAN	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
1. GİRİŞ	1
2. ANAYASA, ANAYASAYA AYKIRILIK VE ANAYASAYI İHLAL	3
2.1. Genel Olarak.....	3
2.2. Anayasanın Tanımı ve Türleri.....	4
2.2.1. Genel Olarak.....	4
2.2.2. Maddi Anayasa – Şekli Anayasa	7
2.3. Anayasanın Yapılması, Değiştirilmesi ve Kurucu İktidar.....	9
2.3.1. Kurucu İktidar Kavramı.....	9
2.3.2. Anayasanın Yapılması ve Asli Kurucu İktidar	10
2.3.3. Anayasanın Değiştirilmesi ve Türev Kurucu İktidar.....	21
2.4. Anayasaya Aykırılık ve Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesi	26
2.4.1. Anayasa Değişikliklerinin Şekli Denetimi	27
2.4.2. Anayasa Değişikliklerinin Esastan Denetimi	28
2.5. Anayasayı İhlal Suçu ve Anayasaya Aykırılık Ayrımı	34
2.5.1. Anayasaya Aykırı Kanun.....	35
2.5.2. Anayasaya Aykırı Mahkeme Kararı	42
2.5.3. Anayasaya Aykırı İnsan Fiili	44
2.6. Sorun	45
3. ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KANUNİ DÜZENLEMELER.....	47
3.1. Suçun Tarihsel Gelişimi	47
3.1.1. Bağı Suçu ve Siyaseten Katl Cezası	47
3.1.2. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu.....	52
3.2. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 146.....	56

3.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 309 ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 146 ile Karşılaştırılması	60
4. MUKAYESELİ HUKUKTA ANAYASAYI İHLAL SUÇU DÜZENLEMELERİ ..	63
4.1. Fransa	63
4.2. Almanya	65
4.3. Amerika	68
5. SUÇUN HUKUKİ KONUSU	70
6. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	74
6.1. Suçun Maddi Konusu	74
6.2. Fail.....	76
6.3. Mağdur	78
6.4. Fiil	80
6.4.1. Cebir ve Şiddet	80
6.4.2. Teşebbüs Etme.....	92
6.4.3. İcrai Hareket ve İhmali Hareket	96
6.5. Netice.....	97
6.5.1. Genel Olarak.....	97
6.5.2. Darbe ve İhtilal	112
7. SUÇUN MANEVİ UNSURU	126
8. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER.....	130
8.1. Genel Olarak.....	130
8.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	132
8.2.1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi.....	132
8.2.2. Meşru Savunma	134
8.2.3. Hakkın Kullanılması.....	136
8.2.4. İlgilinin Rızası	139
8.3. Kusurluluğa Etki Eden Nedenler.....	140
8.3.1. Emrin İfası	140
8.3.2. Zorunluluk Hali	147
8.3.3. Haksız Tahrik.....	148
8.3.4. Hata.....	149
8.4. İhtilalin Hukuka Uygunluğu.....	150
9. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HALLER	152
10. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	154

10.1. Teşebbüs.....	154
10.2. İştirak.....	154
10.3. İçtima.....	155
11. KOVUŞTURMA – ZAMANAŞIMI – YAPTIRIM	159
11.1. Genel Olarak.....	159
11.2. Darbe Suçunun Yargılanması.....	159
12. SONUÇ	174
KAYNAKÇA.....	176
ÖZGEÇMİŞ	182



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AsCK	: 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: bakınız
C.	: cilt
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
DP	: Demokrat Parti
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
Ed.	: Editör
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
MBK	: Milli Birlik Komitesi
PVSK	: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu
s.	: sayfa
S.	: sayı
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
TMK	: 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
vd.	: ve devamı
Y.	: yıl
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

1. GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.309'da düzenlenen anayasayı ihlal suçu, ikinci kitabın dördüncü kısmındaki, Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar adlı beşinci bölümde yer almaktadır. Aynı zamanda bu suç, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.3'te sayılan suçlar arasında yer aldığı için terör suçudur.

Anayasayı ihlal suçu, halk arasında bilinen adıyla darbe veya ihtilal suçudur¹. Ülkemizde gerçekleştirilen darbe ve darbe teşebbüslerinin genellikle askeri kaynaklı olması sebebiyle darbe suçu askeriye tarafından, ihtilal suçu ise halk tarafından işlenir kanısı bulunmaktadır. Ceza hukuku açısından ise ne darbe ne de ihtilal adında bir suç çeşidi bulunmaktadır.

Anayasayı ihlal suçunun hem darbe hem ihtilal hem de terör suçu olması, bu suçu toplum vicdanını en çok rahatsız eden suçlardan birisi haline dönüştürmektedir. Öyle ki öğretilerde bu suç hakkında hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanamayacağı görüşü bile bulunmaktadır. Ancak aynı öğretilerde suçun sona ermesi, neticeye erişilmesi halinde faillere ceza verilemeyeceği görüşü de bulunmaktadır. Uygulamada ise, bu çelişkinin aksini ispat eder gibi hem 12 Eylül 1980 Darbesi failleri yargılanmış, hem de 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü esnasında işlediği fiilin suç olduğunu bilmeyen erlerin cezalandırılmayacağına dair kararlar verilmiştir.

Bu tez çalışmasında ilk olarak kavram açıklaması yapılacak, öncelikle ihlal edilenin ne olduğunun anlaşılabilmesi için anayasa kavramıyla, anayasayı yapan ve değiştiren kurucu iktidarlar açıklanacaktır. Sonrasında ise, anayasaya aykırılık kavramıyla anayasayı ihlal suçunun ayrımı yapılarak, anayasayı ihlal suçunun kapsama alanına değinilecektir. İkinci olarak ise suçun tarihsel gelişimi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu

¹ **DİNLER, Veysel**, Anayasal Suç Ne(Değil)dir?, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1566; **ŞEN, Ersan/ ERYILDIZ, H. Sefa**, Suç Örgütü, Seçkin Yayıncılık, 2022, 5. Baskı, s. 373. Ayrıca bkz. **Y16CD, T. 21.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953**: "Anayasal düzenin zorla değişmesiyle sonuçlanan eylem, hukuki açıdan bir darbe mi, yoksa ihtilal midir, darbe ya da ihtilal olması suç vasfını değiştirecek midir? "İhtilal, toplum düzenini değiştirmek için zor kullanılarak yapılan yaygın halk hareketi, hükümet darbesi ise demokratik olmayan yollardan devlet yönetiminin ordu gücü ile ele geçirilmesi" (E. Teziç, Anayasa Hukuku, 20. Bası, s. 188) olarak tanımlandığına göre, sanıkların eylemlerinin ihtilal değil, Anayasal düzene karşı yapılmış açık bir darbe olduğunda kuşku yoktur. Kaldı ki her iki fiilde de Anayasayı ihlal suçu oluşacaktır. Öğretilerde atıf yapılan görüşlerde suçun "ihtilal" olarak isimlendirilmesi neticeye etkili olmayacaktır."

ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Ardından anayasayı ihlal suçunun mukayeseli hukuktaki yeri incelenecektir.

Son olarak anayasayı ihlal suçunun unsurlarına değinilecektir. Sırasıyla anayasayı ihlal suçunun konusu, maddi unsurları, manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru, anayasayı ihlal suçuna teşebbüs, iştirak, anayasayı ihlal suçunun diğer suçlarla içtimaı, anayasayı ihlal suçunun kovuşturulması, zamanaşımı ve yaptırım konuları açıklanacaktır.



2. ANAYASA, ANAYASAYA AYKIRILIK VE ANAYASAYI İHLAL

2.1. Genel Olarak

“Anayasalar canlılar gibidir: Doğarlar, gelişirler, siyasal yaşamın bozucu etkilerine maruz kalırlar, önemli ya da önemsiz değişikliklere konu olurlar ve bir gün yok olurlar.”²

Anayasayı ihlal suçu, TCK m.309’da geçen ifadeye göre *“Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”* düzeninin kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi veya fiilen uygulanmasının önlenmesi şeklinde işlenebilmektedir. Anayasal düzene karşı bu fiillerin işlenmesinin, doğal olarak anayasaya da bazı etkileri olacaktır. Bu bölümde anayasal düzene karşı bu fiillerin işlenmesinin anayasa üzerindeki etkisinden bahsedip, anayasayı ihlal suçuyla anayasanın bağlantısı kurulacaktır. Bu sebeple, anayasayı ihlal suçunun oluşması için işlenmesi gereken fiillerin; doğrudan hukuki düzlemde etki göstermesi ve doğrudan etkisini fiili düzlemde ortaya çıkarması durumlarının hukuki sonuçlarına ayrı ayrı değinilecektir.

Anayasal düzene karşı işlenen fiillerin, doğrudan hukuki düzlemde gerçekleşebilmeleri için; zorunlu olarak, hukuken anayasal düzeni oluşturan ve temsil eden anayasa üzerinde gerçekleşmeleri gerekmektedir. Örneğin anayasal düzenin hukuki bir işlemle kaldırılabilmesi ya da değiştirilebilmesi için, öncelikle anayasanın kaldırılması ya da değiştirilmesi gerekmektedir. Netice itibarıyla anayasal düzene karşı hukuki düzlemde işlenen fiillerin her biri, anayasa üzerinde de anayasal düzene olan etkisiyle aynı sonucu doğuracaktır.

Ancak anayasal düzene karşı hukuki düzlem dışında işlenen fiillerin anayasaya etkisi, anayasal düzene etkisiyle aynı olmayacaktır. Örneğin anayasal düzenin fiilen kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi ya da sürekli olarak uygulanmasının önlenmesi halinde; anayasa da işlevsiz kalacağı için, zımnen ilga edilmiş olacaktır³. Bu açıdan fiili düzlemde anayasal düzene karşı işlenen bütün bu fiiller, anayasa üzerinde aynı sonucu doğuracaktır. Ancak anayasal düzenin sınırlı bir süre için fiilen

² Pierre Pactet’ten aktaran GÖZLER, Kemal, Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, 1. Baskı, s. 10 (Kurucu İktidar)

³ ÖZEK, Çetin, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 129 (Siyasi İktidar)

uygulanmasının önlenmesi halinde, anayasa bu süre için işlevsiz kalacak, sonrasında ise tekrar etkinliğini kazanacaktır. Bu açıdan sınırlı süreli olacak şekilde anayasal düzenin uygulanmasının önlenmesi halinin anayasaya etkisi, yürürlüğünün durdurulması şeklinde gerçekleşecektir.

Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçunun mutlaka anayasa üzerinde de bir etkisi olacaktır. Bu sebeple öncelikle anayasanın ne olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca bu durumlarda eski anayasanın yerine, yeni bir anayasanın yapılması da gerekecektir. Bundan dolayı bu bölümün devamında, öncelikle anayasanın ne olduğuna ve türlerine değinilecek; sonrasında anayasanın yapılması ve değiştirilmesiyle birlikte, anayasayı yapan ve değiştiren kurucu iktidarlara değinilecektir. Son olarak değişen anayasanın denetlenmesine ve anayasaya aykırılık kavramlarına değinilerek; birbiri ile çok karıştırılan anayasaya aykırılık kavramı ile anayasayı ihlal suçunun farkları açıklanacaktır.

2.2. Anayasanın Tanımı ve Türleri

2.2.1. Genel Olarak

Anayasa, hukuki açıdan en temel anlamda bir devletin statüsüdür⁴. Devlet, hukuki varlığa sahip bir kamu tüzel kişisi olup; anayasa da devletin temel kuruluş kurallarını içeren bir statüdür⁵. Bu bağlamda anayasa, genel olarak devletin kuruluşuna, örgütlenişine, işleyişine, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olan anayasal nitelikteki hukuk kurallarının bütünüdür⁶. Bununla birlikte anayasanın yalnızca hukuki

⁴ **ANAYURT, Ömer**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayıncılık, 2021, 4. Baskı, s. 64; **ERDOĞAN, Mustafa**, Anayasa Hukukuna Giriş, Siyasal Kitabevi, 2019, 2. Baskı, s. 124; **TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku (Genel Esasları), Beta Basım, 2013, 16. Bası, s. 159

⁵ **ATAR, Yavuz**, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2021, 14. Baskı, s. 23; **TEZİÇ**, s. 159

⁶ **ANAYURT**, s. 62; **GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 1. Cilt, Ekin Yayınevi, 2020, 2. Baskı, s. 116 (Anayasa Hukuku); **KARCILIOĞLU, Nevzat Kaan**, Anayasayı İhlal Suçu (TCK m.309), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 20; **ÖZTÜRK, Namık Kemal**, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2021, 3. Baskı, s. 20; **ŞAHİN, Engin**, Türk Anayasa Tarihinde Asli Kurucu İktidarların Meşruluğu Sorunu, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 10; **TEZİÇ**, s. 160; **TUNAYA, Tarık Zafer**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, 4. Bası, s. 110

bir tarafı olmayıp; aynı zamanda devlet iktidarını yapılandırma ve sınırlandırma özelliğinin de bulunması sebebiyle, anayasa siyasi niteliğe de sahiptir⁷.

Anayasalar yazılı olup olmamalarına göre, yazılı anayasa ve yazısız anayasa olarak ayrılmaktadırlar⁸. Yazılı anayasa, yetkili bir organ tarafından kodifiye edilen anayasal kuralların belirli bir ya da birkaç belge içinde toplanmasıyla oluşan anayasadır⁹. Teamüli anayasa, geleneksel anayasa veya kodifiye (tedvin¹⁰) edilmemiş anayasa olarak da adlandırılan yazısız anayasa¹¹ ise, örf ve adet hukukuna benzer şekilde; bir toplumda uzun zamandan beri sürekli olarak uygulanan hukuk kurallarının olması ve toplumda, bu kurallara uyulmasının mecburi olduğu düşüncesinin bulunması sonucunda oluşmaktadır¹².

Anayasalar değiştirilme usullerine göre, yumuşak anayasa ve katı anayasa olarak ayrılmaktadırlar¹³. Yumuşak anayasa, normal kanunlarla aynı usul izlenerek değiştirilebilen anayasa olup; yazılı anayasalar için bu durum, değiştirilme usulüne dair anayasada herhangi bir hüküm bulunmaması veya anayasanın kanunlarla aynı usulde değiştirilebileceğine dair bir hüküm bulunması şekillerinde ortaya çıkmaktadır¹⁴. Katı

⁷ **ANAYURT**, s. 50; **ERDOĞAN**, s. 124; **ÖZTÜRK**, s. 19; **TEZİÇ**, s. 162

⁸ Yazılı ve yazısız anayasa ayrımında üçüncü bir durum olarak, yazısız bile olsa herhangi bir anayasanın olmadığı sistemler karşımıza çıkmakta olup; otoriter ve totaliter rejimlerde görülen bu durum, “*anayasasızlık*” (Bu terimin ortaya çıkışı hakkında bkz. **GÖZLER, Kemal**, 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme, s. 3, dipnot 4, <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-uzun.pdf>, E.T.: 25.09.2022) olarak adlandırılmaktadır. **ERDOĞAN**, s. 131. Osmanlı’da 1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin askıya alındığı dönemde, Türkiye’de darbe dönemlerinde, bazı Latin Amerika ülkelerinde devrimci cuntaların diktatörlüklerinde ve Almanya’da Hitler dönemindeki, İtalya’da Mussolini dönemindeki veya İspanya’da Franko dönemindeki gibi totaliter rejimlerin olduğu zamanlarda bazı devletlerde anayasasız dönemler yaşanmıştır. **ERDOĞAN**, s. 131; **ÖZTÜRK**, s. 33. Daha fazla örnek için bkz. **ŞAHİN**, s. 16, dipnot 19

⁹ **ANAYURT**, s. 126; **ATAR**, s. 25; **EROĞUL**, s. 21; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 122; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 158; **ÖZTÜRK**, s. 31; **TEZİÇ**, s. 176; **TUNAYA**, s. 116

¹⁰ Bkz. **ONAR, Erdal**, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993, s. 1, dipnot 2

¹¹ **ANAYURT**, s. 127; **ATAR**, s. 25; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 122; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 158; **ÖZTÜRK**, s. 31

¹² **ANAYURT**, s. 130; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 122; **ÖZTÜRK**, s. 31; **TEZİÇ**, s. 174. Günümüzde devletlerin anayasaları, yazılı anayasa şeklinde olup; yazısız anayasaya sahip yalnızca İngiltere ve İsrail vardır. **ATAR**, s. 25; **ERDOĞAN**, s. 130; **EROĞUL**, s. 23; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 122,125-128; **ONAR**, s. 1

¹³ **ATAR**, s. 29; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 129; **ÖZTÜRK**, s. 33; **TUNAYA**, s. 116

¹⁴ **ERDOĞAN**, s. 153; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 129; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s.159-160; **KARCILIOĞLU**, s. 39; **ONAR**, s. 2; **ÖZTÜRK**, s. 34; **TEZİÇ**, s. 191; **TUNAYA**, s. 116; **YALÇIN GÜLER, Gülşah**, Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet, Sayıştay Dergisi, Y. 2007, S. 66-67, s. 39.

anayasa ise, normal kanunlara kıyasla değiştirilmesi daha zor usullere tabi olan anayasadır¹⁵. Bazı istisnalar¹⁶ dışında, günümüzde tüm devletlere ait yazılı anayasalar katı anayasa olup; bu anayasaların tamamında, anayasanın normal kanunların değiştirilmesinden farklı bir usulle değiştirilebileceğine dair hüküm bulunmaktadır¹⁷.

Anayasalar, uzunluklarına ve ayrıntılı olup olmamalarına göre çerçeve anayasa ve kazuistik anayasa olarak ayrılmaktadırlar¹⁸. Çerçeve anayasa, yalnızca en temel anayasal hükümlerin bulunduğu, kısa anayasa olarak tarif edilmekte; bu en temel

Yazısız anayasalarda ise, anayasaların kendisi teamüllerden oluştuğu için değiştirilme usulüne dair yazılı bir hükmün bulunması beklenemez. Yine bu anayasaların oluşumu toplumdaki anayasal teamüllere bağlı olduğu için; bu teamüllerin değişmesinin sonucunda, anayasa da kendiliğinden değişmiş olacaktır. Ancak kanaatimizce yazısız anayasalarda, anayasanın değiştirilmesini diğer kanunlardan ayıran yazılı bir hükmün olmayışı; yazısız anayasanın, yumuşak anayasa olduğu anlamına gelmemektedir. (Aksi yönde yazısız anayasaların doğası gereği yumuşak olduğuna dair görüş için bkz. **ANAYURT**, s. 143; **EROĞUL**, s. 25; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 129; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 160; **TEZİÇ**, s. 175,192; **YALÇIN GÜLER**, s. 39) Zira teamüllerin oluşumu yasama organının bir kanunu çıkartması veya değiştirmesi kadar kolay değildir. Kanunların kabulü için yalnızca bir kısım milletvekilinin oyu yeterli olacakken, teamüllerin değişmesi veya kabulü için bütün bir toplumun kabulü gerekmektedir. Yine kanunlar yasama organı tarafından çabucak kabul edilebilecekken; teamüllerin oluşması veya değişmesi için, kanunların kabulüne kıyasla epey uzun bir zaman diliminin geçmesi gerekmektedir. Bu sebeple yazısız anayasanın içinde, anayasanın değiştirilmesini sıradan kanunlara göre daha zor kılacak şekli bir hükmün bulunmayışı; yazısız anayasanın, yumuşak anayasa olduğu neticesini doğurmaz. Aksine bu durum, yazısız anayasaların değişmesinin, yazılı ve değişmesi normal kanunlara göre zor şartlara bağlanmış katı anayasaların değişmesinden bile daha zor olduğunu gösterir. (Aynı yönde görüş için bkz. **ERDOĞAN**, s. 130. Ayrıca bkz. **TUNAYA**, s. 17)

¹⁵ **ANAYURT**, s. 137; **ERDOĞAN**, s. 152; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 130; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 162; **KARCILIOĞLU**, s. 39; **ONAR**, s. 2; **ÖZBUDUN**, **Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, 2019, s. 59; **ÖZTÜRK**, s. 34; **TEZİÇ**, s. 192; **YALÇIN GÜLER**, s. 39.

Bir anayasanın katı anayasa olabilmesi değişik şekillerde sağlanabilir. Örneğin bir anayasanın içinde, normal kanunlar için aranmayan milletvekili çoğunluğuyla anayasanın değiştirilmesi gerektiği; anayasanın değiştirilebilmesi için halkoylamasına sunulması gerektiği; anayasanın kabulünden sonra belirli bir süre veya dönem boyunca değiştirilemeyeceği; bazı hükümlerinin değiştirilmesinin yasak olduğu; devlet başkanının anayasa değişikliklerini veto etme yetkisinin olduğu gibi, anayasanın değiştirilmesini zorlaştıran herhangi bir hüküm varsa, bu anayasa katı anayasa sayılır. **ANAYURT**, s. 142; **ATAR**, s. 29; **ERDOĞAN**, s. 153-154 **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 130-133; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 163; **ONAR**, s. 2-3; **ÖZTÜRK**, s. 36-37; **YALÇIN GÜLER**, s. 39. Anayasa değişikliğini zorlaştıran bu durumların hepsinin bir arada bulunmasına gerek olmayıp, bir ya da birkaçının anayasada yer alması yeterlidir. **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 133

¹⁶ Yumuşak anayasa olarak 1921 Anayasası'yla birlikte 1814 ve 1830 Fransız Şartları, 1848 İtalyan Anayasası, 1929 Vatikan Anayasası, 1956 Sudan Anayasası, 1963 Sudan Anayasası ve 1964 Irak Anayasası örnek verilebilir. **ANAYURT**, s. 143; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 129,130; **TEZİÇ**, s. 192; **YALÇIN GÜLER**, s. 39

¹⁷ **ANAYURT**, s. 142; **ATAR**, s. 29; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 130; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 162-163; **ONAR**, s. 2; **TEZİÇ**, s. 177

¹⁸ **ATAR**, s. 26

hükümler olarak ise, devletin niteliğini, organlarının kuruluş ve işleyişini, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümler belirtilmektedir¹⁹. Düzenleyici anayasa veya ayrıntılı anayasa olarak da adlandırılan kazuistik anayasa ise, genellikle siyasal sistemlerde köklü bir değişiklik yaşandığı zaman ortaya çıkmakta; siyasi istikrarı sağlamaya yönelik ayrıntılar içermekte ve normlar hiyerarşisine göre anayasanın altında düzenlenmesi gereken konular anayasaya dahil edilmektedir²⁰. Çerçeve anayasa için ülkemizdeki 1921 Anayasası²¹, kazuistik anayasa için de 1961 ve 1982 Anayasaları örnek oluşturmaktadır²².

2.2.2. Maddi Anayasa – Şekli Anayasa

Bir hukuki işlemin maddi tanımı, o işlemin içeriğini ifade eden tanım olup; şekli tanımı, işlemin yapılış usulünü anlatan tanımdır²³. Bu bağlamda maddi anayasa, yazılı herhangi bir metnin içinde bulunmasa dahi, devletin temel kuruluşuyla ilgili olan tüm anayasal kuralları; şekli anayasa ise, içeriğinden bağımsız olarak, diğer hukuki işlemlerden farklı bir usulde yürürlüğe konulabilen ve hiyerarşik olarak diğer hukuk kurallarından üstte yer alan yazılı kurallar bütünüdür²⁴.

Maddi anayasa, geniş anlamda anayasa olarak; şekli anayasa, dar anlamda anayasa olarak da ifade edilmektedir²⁵. Maddi anayasa devletin siyasi yapısına, devlet organlarının kuruluşu, işleyişi ve yetkilerine, siyasi partilere, hükümet şekline,

¹⁹ **ANAYURT**, s. 73-74; **ATAR**, s. 26,29; **ÖZBUDUN**, s. 57; **ÖZTÜRK**, s. 38

²⁰ **ATAR**, s. 27; **ÖZTÜRK**, s. 38

²¹ **ATAR**, s. 26. Çerçeve anayasaya örnek olarak 1787 Amerikan Anayasası da verilmektedir. Ancak dış görünüşte 7 maddeden oluşmasına rağmen, bu 7 maddenin de ayrıldığı alt maddelerin hesaba katılması halinde, Amerikan Anayasası'nın çerçeve anayasa kapsamına sokulamayacağı; bir anayasanın çerçeve olduğuna yalnızca madde sayısına bakılarak karar verilemeyeceğine, bunun için anayasanın içeriğine bakılması gerektiği ifade edilmektedir. **ANAYURT**, s. 145. Nitekim bu açıdan bakıldığında Amerikan Anayasası'nın esas metni 24 maddeden oluşmaktadır. Ancak yapılan 27 değişiklikle ilave edilen 49 maddeyle birlikte, Amerikan Anayasası toplamda 73 maddeden oluşmaktadır.

²² **ATAR**, s. 27; **ÖZBUDUN**, s. 58

²³ **TEZİÇ**, s. 170

²⁴ **ANAYURT**, s. 118,120; **ATAR**, s. 24; **EROĞUL, Cem**, Anayasa Hukukuna Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş), İmaj Yayınevi, 2016, 15. Baskı, s. 17; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 118; **ÖZTÜRK**, s. 29-30; **ŞAHİN**, s. 9,11; **TEZİÇ**, s. 171. Ayrıca maddi anayasanın, yazısız anayasayla; şekli anayasanın yazılı anayasayla aynı olduğu görüşü için bkz. **ANAYURT**, s. 118,121; **EREN, Abdurrahman**, Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 2021, 3. Baskı, s. 36-38; **EROĞUL**, s. 21. Şekli anayasa ile katı anayasanın aynı olduğunu ifade eden görüş için bkz. **ÖZTÜRK**, s. 35

²⁵ **ANAYURT**, s. 117; **ATAR**, s. 24; **ŞAHİN**, s. 9

bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin anayasal hükümlerin bütünüdür²⁶. Bu bağlamda maddi anayasa; anayasal örf ve adetleri, anayasal teamülleri, anayasal düzenle ilgili normal kanunları, yürütme organının düzenleyici işlemlerini ve anayasal mahkeme içtihatlarını da kapsar²⁷.

Genellikle maddi ve şekli anayasalar birlikte bulunmakta; anayasal konular için özel şekil şartları uygulanmaktadır²⁸. Nitekim 1982 Anayasası'nda da durum bu şekildedir. Ancak her zaman bu durum geçerli değildir. Nitekim maddi anlamda anayasa hükümlerinin kısmen ya da tamamen şekli anlamda anayasada düzenlenmemesi mümkün olup; örneğin şekli anayasa niteliğinde yazılı bir anayasası olmayan İngiltere'de yalnızca maddi anayasa bulunduğu; şekli anayasaları bulunmakla birlikte, Fransa'da ve Türkiye'de de seçim sistemine ilişkin maddi anayasa kapsamındaki hükümlerin, şekli anayasada yer almadığı görülmektedir²⁹. Ancak şekli anayasa niteliğinde yazılı bir anayasanın bulunduğu bir sistemde, anayasanın dışında diğer yazılı belgelerde veya teamüllerde bulunan bu gibi anayasal kuralların; ayrı birer yazılı anayasa olarak kabulü ya da teamüllerin yazısız anayasa olduğunun kabulü mümkün değildir³⁰. Ya da şekli anayasa niteliğinde yazılı bir anayasanın olmadığı, yazısız anayasanın olduğu bir sistemde, anayasal kurallardan bazıları yazılı belgelerde düzenlenmiş olsa bile; bu düzenlemeler, şekli anlamda anayasa olmamaları sebebiyle, anayasa olarak kabul edilemeyeceklerdir³¹.

Pek tabii bunun tersi de mümkün olup; anayasal nitelikte olmayan, yani maddi anayasa kapsamında olmayan kuralların, şekli anayasanın içinde yer alabildiği de görülmektedir³². Örneğin 1982 Anayasası'nda, sosyal ve ekonomik temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği bölümde yer alan Anayasa m.63'teki tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin maddede; herhangi bir temel hak veya özgürlük düzenlemesi olmadığı gibi, başka herhangi bir anayasal konuyla ilgili bir düzenleme yer

²⁶ **ANAYURT**, s. 118; **ATAR**, s. 24; **TEZİÇ**, s. 171

²⁷ **ANAYURT**, s. 118; **ERDOĞAN**, s. 132

²⁸ **ANAYURT**, s. 122; **TEZİÇ**, s. 173

²⁹ **ANAYURT**, s. 122; **ERDOĞAN**, s. 132; **EROĞUL**, s. 17; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 120; **TEZİÇ**, s. 173

³⁰ **ERDOĞAN**, s. 130; **EROĞUL**, s. 22

³¹ **EROĞUL**, s. 22; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 124; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 159

³² **ANAYURT**, s. 122; **TEZİÇ**, s. 173

almamaktadır³³. Yine Anayasa m.169,170’te düzenlenen ormanların ve orman köylülerinin korunmasına ilişkin hükümlerin de, içinde yer aldıkları ekonomik hükümlere ilişkin bölümle bir alakası olmadığı gibi, anayasal herhangi bir konuyla da alakaları yoktur³⁴.

2.3. Anayasanın Yapılması, Değiştirilmesi ve Kurucu İktidar

2.3.1. Kurucu İktidar Kavramı

Anayasanın yapılmasına ve değiştirilmesine kuruculuk fonksiyonu denir³⁵. Kurucu iktidar ise en kısa şekilde, anayasayı yapan veya değiştiren iktidar olarak tanımlanmaktadır³⁶. Geniş anlamda ise hukuki, siyasi, sosyal ve ekonomik bir kurum olan kurucu iktidar; yeni bir siyasal, toplumsal ve hukuksal düzen kurarak devleti, milleti ve anayasayı oluşturan iktidardır³⁷. Kurucu iktidarın kısa tanımından iki farklı kurucu iktidar türü çıkmaktadır: anayasayı yapan kurucu iktidar ve anayasayı değiştiren kurucu iktidar. Anayasayı yapan kurucu iktidar, asli kurucu iktidar; anayasayı değiştiren kurucu iktidar ise, türev (tali) kurucu iktidar olarak adlandırılmaktadır³⁸.

Asli veya türev kurucu iktidardan farklı olarak, anayasa tarafından kurulan, kaynağını anayasadan alan iktidarlara da kurulmuş iktidar denilmektedir³⁹. Kurulmuş iktidar, kurucu iktidar tarafından yapılan anayasayla oluşup, yine anayasayla kendilerine tanınan yetkileri kullanan devlet organlarını; yani yasama, yürütme ve yargı organlarını

³³ **TEZİÇ**, s. 173. Belirtmek gerekir ki, Anayasa m.63’ün ilk fıkrası bireye bir hak veya özgürlük tanımadığı gibi, bireye bir ödev de yüklememektedir. İlk fıkra bireyle devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyecek herhangi bir hüküm de içermemektedir. 63. madde ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasındaki tek bağlantı, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması sebebiyle özel mülkiyetin sınırlanabileceğine dair ikinci fıkra hükmüdür. Ancak mülkiyet hakkının düzenlendiği Anayasa m.35’in ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının kamu yararı sebebiyle sınırlanabileceği zaten düzenlenmektedir. Nitekim tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasının; kamu yararı içine gireceği de aşikardır. Bu sebeple anayasal bir hüküm bile içermeyen Anayasa m.63’ün, şekli anayasanın içinde bulunması da gereksizdir.

³⁴ **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 120; **TEZİÇ**, s. 173

³⁵ **ÖZBUDUN**, s. 167; **TEZİÇ**, s. 177

³⁶ **ANAYURT**, s. 157; **ATAR**, s. 396; **ERDOĞAN**, s. 148; **EREN**, s. 54; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 370; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 10; **ÖZBUDUN**, s. 167; **ÖZTÜRK**, s. 45; **YALÇIN GÜLER**, s. 36

³⁷ **ŞAHİN**, s. 31-32; **TEZİÇ**, s. 177

³⁸ **ANAYURT**, s. 158; **EREN**, s. 55; **EROĞUL**, s. 25; **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 370; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 11; **TEZİÇ**, s. 177

³⁹ **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 370; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 13; **ÖZTÜRK**, s. 45

ifade etmektedir⁴⁰. Bu bakımdan kurucu iktidarın devletin dışında, kurulmuş iktidarın ise devletin içinde yer aldığı ifade edilmektedir⁴¹.

Tanımlarına bakıldığında, sınırları net bir şekilde çizilen asli kurucu iktidar, türev kurucu iktidar ve kurulmuş iktidarlar arasında keskin bir ayrımın olduğu görülmektedir: biri anayasayı yapan iktidar, biri anayasayı değiştiren iktidar, biri de anayasayı yapan veya değiştiren iktidarın oluşturduğu bir iktidar⁴². Teoride bu durum geçerli olsa da, kanaatimizce uygulamada bu fark o kadar da belirgin değildir⁴³. Örneğin Anayasa m.175/5'e göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) üye tamsayısının 2/3'ünün oyuyla kabul edilerek, anayasanın doğrudan değiştirilmesi mümkündür. Bu durumda kurulmuş iktidar olan TBMM, türev kurucu iktidar sıfatını da haiz olacak; bu sıfatla ise, hem kendisini hem de diğer kurulmuş iktidarlara kurmuş olduğu kabul edilecektir. Bununla birlikte hem anayasayı değiştirenin hem de yeni anayasa yapanın kurucu iktidarın bir türü olduğu da düşünüldüğünde; anayasayı değiştirebilen TBMM'nin, yeni bir anayasa yapmasının da mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun cevabını bulabilmek için ise, anayasa yapma erkinin kime ait olduğunun ve bu erkin hangi durumlarda kullanılabileceğinin tespiti gereklidir.

2.3.2. Anayasanın Yapılması ve Asli Kurucu İktidar

Anayasanın yapılması konusunun ve asli kurucu iktidarın kapsamının belirlenebilmesi için bu bölümde, öncelikle yeni bir anayasa yapma ihtiyacının ve dolayısıyla asli kurucu iktidarın hangi hallerde ortaya çıktığı ve ortaya çıkan asli kurucu iktidarın özellikleri incelenecektir. Ayrıca yeni bir anayasa yapma ihtiyacı ortaya çıktıktan sonra asli kurucu

⁴⁰ EREN, s. 55; GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 370; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 14-15; ÖZBUDUN, s. 167; TEZİÇ, s. 177; YALÇIN GÜLER, s. 36

⁴¹ GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 14. Kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımını açıklayan kuramlar için bkz. GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 15-17, dipnot 10

⁴² ÖZBUDUN, s. 167

⁴³ Kanaatimizce asli kurucu iktidar ile türev kurucu iktidar ayrımı, yalnızca bir anayasadan türeyip türememe konusundan kaynaklanmaktadır. Zira konunun devamında açıklanacağı üzere, asli kurucu iktidara atfedilen anayasayı yapma işlevini türev kurucu iktidar da yapabilmektedir. Aynı şekilde türev kurucu iktidara atfedilen anayasayı değiştirme işlevini, anayasayı yapan asli kurucu iktidar da evleviyetle yapabilir. Ayrıca kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar ayrımının da anayasayı yapma ve anayasadan türeme kıstasın göre yapıldığı düşünüldüğünde; kanaatimizce asli kurucu iktidar, türev kurucu iktidar ve kurulmuş iktidar ayrımı çok da kesin ve geçerli bir ayrım değildir. (Aynı yönde görüş için bkz. ŞAHİN, s. 124) Ancak konunun daha kolay ifade edilebilmesi için öğretilde yerleşmiş bu adlandırma ve ayrım kullanılmaya devam edilecektir.

iktidarın kim olabileceği belirlenerek, asli kurucu iktidarın yapabileceği anayasa çeşitleri ve bu çeşitlerin hangi yollarla yapılabileceği üzerinde durulacaktır. Son olarak ise, yapılan anayasanın toplum tarafından kabul edilmesi ölçütü olarak, anayasanın meşruiyeti konusuna değinilecektir.

2.3.2.1. Asli kurucu iktidarın ortaya çıkışı

Asli kurucu iktidarın ortaya çıkması için, genel olarak bir devletin yıkılması veya bozulması gibi bazı özel şartların oluşması gerektiği ifade edilmekte; örnek olarak ise rejim değişikliği, savaş sonrasında devletin yeniden inşası, dış baskı, bağımsızlığın kazanılması, iç savaş, darbe ve ihtilal olması verilmektedir⁴⁴.

Öğretide asli kurucu iktidarın hukuk dışı olması sebebiyle, yalnızca hukuk boşluğunun olduğu ortamlarda ortaya çıkabileceğini savunan bir görüş⁴⁵, asli kurucu iktidarın iki şekilde ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre asli kurucu iktidar, yıkılmış bir devletten sonra yeni bir devlet kurulması halinde veya var olan bir devlette yeni bir hukuk sisteminin oluşturulması halinde ortaya çıkacaktır. İlk duruma orta çağda Avrupa’da feodaliteden mutlak monarşiye geçilmesi, sömürgelerin bağımsızlıklarına kavuşmaları, savaş sonrasında yeni devletlerin kurulması, birden çok bağımsız devletin tek bir devlet çatısı altında birleşmesi ve bir devletin birden çok devlete bölünmesi hallerini örnek olarak veren bu görüş; ikinci duruma ise, mevcut devlette savaş çıkması veya darbe ve ihtilal olması hallerini örnek olarak vermektedir. Bu görüşe göre yeni bir anayasanın yapımında sayılan bu örneklerden yalnızca birisinin bulunması da şart olmayıp, birden fazla durumun birleşmesiyle de yeni bir anayasa yapılması ihtiyacının doğması mümkündür.

Kanaatimce bu görüş hukuk dışı olma ve hukuk dışı durumlarda ortaya çıkma ilişkisine ters taraftan bakmaktadır. Zira bir iktidarın asli kurucu iktidar olup olmadığının tespit edilebilmesi, ancak yeni bir anayasa yapıp yürürlüğe girmesinden sonra mümkün olacaktır⁴⁶. Asli kurucu iktidarın hukuk dışı olduğu kısmına katılmamakla birlikte⁴⁷;

⁴⁴ ATAR, s. 396; EREN, s. 53; ÖZBUDUN, s. 167; ÖZTÜRK, s. 46; ŞAHİN, s. 107; TEZİÇ, s. 178; YALÇIN GÜLER, s. 36

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 371-376; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 65-72

⁴⁶ ŞAHİN, s. 107

anayasayı yapan, fakat anayasa yapılmadan önce varlığı bilinmeyen asli kurucu iktidarın hukuk dışı olması, anayasanın yapılmasını gerektiren ve anayasanın yapılmasından önce ortaya çıkan olayların hukuk dışı olmasını sağlayamaz. Netice itibarıyla asli kurucu iktidarın hukuk dışı olması sebebiyle yalnızca hukuk boşluğunun olduğu hukuk dışı olaylarda ortaya çıkabileceği ifadesinin yerine; asli kurucu iktidarın yalnızca hukuk dışı olaylarda ortaya çıkması sebebiyle hukuk dışı olduğunun ifade edilmesi daha doğru olacaktır⁴⁸.

Ayrıca bu görüşlerde sayılan asli kurucu iktidarın ortaya çıkışına dair örneklerde eksiklik de vardır. Zira var olan bir devletin yeni bir anayasayla yeni bir hukuk düzenine yalnızca savaş, darbe veya ihtilalle kavuşabileceğinin kabulü mümkün değildir. Nitekim yeni bir anayasanın yapılabilmesi için ya savaş çıkması gerektiğini ya da anayasayı ihlal suçu işlenmesi gerektiğini kabul etmek, savaş çıkarmaya ya da suç işlemeye teşvik etmekten başka bir şey olmayacaktır. Bu kabul aynı zamanda darbecilerin yeni bir anayasa yapabileceği; ancak egemenliğin asıl sahibi halkın, demokratik bir şekilde, hür iradesiyle yeni bir anayasa yapamayacağı gibi, akla ve mantığa sığmayan bir sonucu da beraberinde getirmektedir⁴⁹.

Netice itibarıyla anayasanın toplum ihtiyaçlarına cevap veremediği ve değişmesiyle de bir fayda edilemediği zaman; savaş çıkmadan, anayasayı ihlal suçu işlenmeden veya herhangi bir şekilde hukuk boşluğu oluşmadan, olağan demokratik yöntemlerle de anayasanın yenilenebileceğinin kabulü gereklidir⁵⁰. Tarihimize bakıldığında da 1921 Anayasası'nı yapan kurucu meclisin savaş sonrası ortaya çıkan bir asli kurucu iktidar olduğu; ancak 1924 Anayasası'nın yapan 2. TBMM'nin savaş, darbe ya da ihtilal sonrası ortaya çıkan bir asli kurucu iktidar olmadığı görülmektedir⁵¹. Yabancı

⁴⁷ Görüşün asli kurucu iktidarın hukuk dışı olduğunu ifade ettiği kısım hakkındaki açıklama, asli kurucu iktidarın özellikleri bölümünde yapılacaktır. Bkz. **Bölüm 2.3.2.2**

⁴⁸ Sebep-sonuç ilişkisini, ifade ettiğimiz bu şekilde kuran başka bir görüş için bkz. **YALÇIN GÜLER**, s. 36

⁴⁹ **ANAYURT**, s. 177

⁵⁰ **ANAYURT**, s. 177; **ATAR**, s. 397; **CAN, Osman**, Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetimi Sorunu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 2007, C. 62, S. 3, s. 106; **ÖZBUDUN**, s. 167; **ÖZTÜRK**, s. 46; **ŞAHİN**, s. 118; **TEZİÇ**, s. 206

⁵¹ **ŞAHİN**, s. 170; **TEZİÇ**, s. 185

devletlerin anayasalarına bakıldığında ise 1958 Fransa Anayasası, 1978 İspanya Anayasası, 1992 Çek Anayasası, 1992 Slovakya Anayasaları, 1992 ve 1997 Polonya Anayasaları, 1995 Uganda Anayasası, 1996 Güney Afrika Anayasası, 1999 İsviçre Anayasası, 1999 Finlandiya Anayasası, 2010 Kenya Anayasası, 2012 Macaristan Anayasası gibi anayasaların da hukuk boşluğu oluşmadan yapıldıkları görülmektedir⁵². Ayrıca Avusturya, Bulgaristan, İspanya, İsviçre, Karadağ, Slovakya gibi ülkelerin anayasalarında, anayasanın tamamının değiştirilebileceğine dair hükümler de bulunmaktadır⁵³.

2.3.2.2. Asli kurucu iktidarın özellikleri

Asli kurucu iktidarın özellikleri, hukuki olup olmaması ve bunun neticesinde sınırlı olup olmadığı konularına göre şekillenmektedir. Bu konuda öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Yukarıda da belirtilen ilk görüş özetle, asli kurucu iktidarın hukuk dışı olduğunu ve herhangi bir hukuk kuralıyla bağlı olmadığını için de sınırsız olduğunu ifade etmektedir⁵⁴. Diğer görüş ise, asli kurucu iktidarın hukuki olduğunu ve bağlı olduğu hukuk kurallarıyla da sınırlı olduğunu ifade etmektedir⁵⁵.

Asli kurucu iktidarın hukuki ya da hukuk dışı olması konusunda bir ayrım yapabilmek için, öncelikle anayasanın ve anayasa hukukunun ne olduklarına ve kapsamlarına bakılmalıdır. Zira asli kurucu iktidarın temel işlevi, normal kanunları ve devletin tüm hukuk düzenini en baştan yapmak değil; yalnızca devletin temel düzenine ilişkin olan yeni bir anayasa yapmaktır. Bu sebeple asli kurucu iktidarın bağlı olabileceği hukuk da anayasa hukuku olacaktır.

⁵² **ANAYURT**, s. 167; **ŞAHİN**, s. 112

⁵³ **ŞAHİN**, s. 118; **TEZİÇ**, s. 204.

⁵⁴ Görüşün tamamı için bkz. **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 386; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 48-54,58-59. Ayrıca öğretide bu yöndeki diğer görüşler için bkz. **ANAYURT**, s. 161-162; **ATAR**, s. 396; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 24-28,57-58; **CAN**, s. 106; **ÖZBUDUN**, s. 168; **ŞAHİN**, s. 108-109,113-115; **TEZİÇ**, s. 179; **YALÇIN GÜLER**, s. 36

⁵⁵ **ANAYURT**, s. 166-167; **EREN**, s. 66. Aynı yönde diğer görüşler için bkz. **ANAYURT**, s. 163-165; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 28-48,55-57; **ŞAHİN**, s. 110-111,112. İhtilalin esasında bir hukuk boşluğu oluşturmadığını, yalnızca yeni bir hukuk düzeninin oluşturulması sonucunu doğurduğu ve bu sebeple de asli kurucu iktidarın hukuki olduğunu ifade eden görüş için bkz. **TEZİÇ**, s. 179. Ayrıca asli kurucu iktidarın tamamen hukuki veya tamamen hukuk dışı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade eden görüş için bkz. **ERDOĞAN**, s. 148; **ÖZTÜRK**, s. 47. Bu görüşe göre asli kurucu iktidar, kendisini bağlayan bir anayasa olmaması sebebiyle kısmen hukuk dışı olup; ancak asli kurucu iktidar aynı zamanda toplumsal dinamikler, uluslararası ortam ve ülkenin dış ilişkileri gibi faktörlerle de sınırlı olduğu için kısmen de hukuki bir nitelik arz etmektedir.

Asli kurucu iktidarın hukuk dışı olduğunu ifade eden ilk görüşün, anayasayı dar yorumladığı görülmektedir. Bu görüşe göre bir normun anayasal, yani anayasa kuralı sayılabilmesi için; mutlaka şekli anlamda anayasanın, yani yazılı anayasanın içerisinde bulunması gereklidir⁵⁶. Yine bu görüşe göre yazılı anayasa metni içerisinde bulunan norm, devletin temel düzenine ilişkin bir düzenleme içermese de anayasal olmakta; ancak devletin temel düzenine ilişki olan bir norm, yazılı anayasa metni içinde bulunmadığı sürece anayasal olarak kabul edilmemektedir. Aynı zamanda bu görüş, bir anayasa normunun hukukiliğinin yalnızca geçerliliğiyle, yani yalnızca kendinden önce var olan bir hukuk normuna dayanması ve ona uygun olmasıyla sağlanabileceğini ifade ederek; yaptığı yeni anayasa, daha önceki anayasalara dayanmadığı için hukuki olmayan ve kendisi de herhangi bir anayasa normundan yetki almayan asli kurucu iktidarın, hukuk dışı olduğunu belirtmektedir⁵⁷.

Ancak kanaatimizce anayasa ve dahi hukuk bu kadar dar yorumlanmamalıdır. Şekli bir anayasanın var olduğu durumda, bu anayasa içine dahil olmayan anayasal normların ‘anayasa normu’ olarak kabul edilmemesi gerektiği doğrudur. Zira bir normun anayasal olmasıyla, anayasa normu olması farklı şeylerdir. Anayasallık, normun içeriğiyle ilgili olup, normun maddi anlamda anayasanın içinde olmasını, normun devletin temel düzenine ilişkin olmasını ifade ederken; anayasa normu olmak, şekli anlamda bir anayasa metninin içinde yer almaktır. Her anayasal norm anayasa içinde düzenlenip, anayasa normu olamadığı gibi; anayasanın içinde düzenlenen her norm da devletin temel düzenine ilişkin olmadığı için anayasal norm değildir. Bu bağlamda her anayasal norma, anayasa normu gibi sonuçlar bağlanması da mümkün değildir⁵⁸.

⁵⁶ GÖZLER, Anayasa Hukuku, s.118-121

⁵⁷ GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 52-53

⁵⁸ Örneğin anayasa metni içerisinde yer almayan herhangi bir anayasal norma, anayasa normu gibi normlar hiyerarşisinde üstünlük tanınması halinde, şekli anlamda anayasanın diğer normlara göre üstün olması yalnızca sözde kalmış olacaktır. Zira kamu hukuku alanına giren konular devlet organlarının işleyişine, birbirleriyle ve bireylerle ilişkilerine dair konular içermekte ve bu konular da bilindiği üzere anayasal konular kapsamına girmektedir. Ya da örneğin anayasal herhangi bir normun, anayasanın değiştirilme usulüne göre değiştirilebileceğinin kabulü; hukuk sisteminin kilitlenmesine ve değişmesinin neredeyse imkansız hale gelerek, toplumsal gelişmelere kapalı kalmasına neden olacaktır. Zira bu durumun kapsamına girecek normların çokluğuyla birlikte; TBMM’nin bütün bu normları genel meclisinde iki defa görüşmesinin gerekeceği, en ufak bir anayasal normun kabulü için en az 400 milletvekilinin oyunun ya da 360 milletvekilinin oyuyla birlikte halkoylamasına gidilmesinin gerektiği düşünüldüğünde, hukuk sisteminin kilitleneceği açıkça görülecektir.

Ancak şekli anayasa içine girmeyen anayasal normları tamamen yok sayarak, anayasa hukuku kapsamına girmeyeceğini kabul etmek ve anayasa hukukunu yalnızca şekli anayasayla sınırlamak da doğru değildir. Zira anayasa hukukunun kaynağı, yalnızca şekli anlamda anayasa değildir. Anayasa hukukunun kaynakları içerisinde milletlerarası antlaşmalar, kanunlar, TBMM içtüzüğü ve kararları, yürütmenin düzenleyici işlemleri, Anayasa Mahkemesi kararları, öğreti ve hatta anayasal teamüller⁵⁹ de bulunmaktadır⁶⁰.

Anayasanın ve anayasa hukukunun kapsamı belirlendikten sonra, asli kurucu iktidarın hukuki olup olmadığının belirlenebilmesi için; anayasa hukukunun, yeni anayasa yapımını gerektiren durumlarda halen geçerli olup olmadığının tespitini de yapmak gerekir. Olağan yöntemlerle yeni bir anayasa yapılması hali dışında, asli kurucu iktidarın ortaya çıktığı olağanüstü durumlar düşünüldüğünde, bu durumların neticesinde şekli anlamda anayasanın geçerliliğini kaybetmesi sebebiyle ortadan kalkması gayet tabiidir. Ancak anayasa hukuku için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Nitekim anayasa, hukuk düzenini değil; hukuk düzeni, anayasayı oluşturur. Anayasalar var olan hukuk düzeninde sonradan oluşturulurlar ve anayasa yapılmadan önce de bir anayasal düzen vardır⁶¹. Dolayısıyla hukuk düzeninden sonra oluşan anayasanın ortadan kalkması, hukuk düzeninin de ortadan kalkmasına sebep olmaz. Hukukumuzda da bunun örneklerini görmek mümkündür. 1876 Kanun-i Esasi'nin kabulünden önce de

⁵⁹ Asli kurucu iktidarın hukuk dışı olduğu ve hukuki anlamda sınırsız olduğunu ifade eden görüş; asli kurucu iktidarın toplumun yapısı, değerleri ve koşulları gibi sosyolojik faktörler tarafından sınırlandırılmış olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 59-61; **ÖZBUDUN**, s. 168; **ŞAHİN**, s. 115-117; **YALÇIN GÜLER**, s. 36. Ancak kanaatimizce belirtilen bu sosyolojik faktörler, gerçekte teamüllerden başka bir şey değildir. Zira “*belli bir toplumda ve belli bir dönemde yürürlükte olan ve devlet tarafından yaptırıma (müeyyideye) bağlanmış toplumsal davranış kuralları*” hukuku oluşturur. **TEZİÇ**, s. 4. Bu nedenle toplumun yapısı, değerleri ve koşulları gibi sosyolojik faktörler de aslında hukukun bir parçasıdır. Ancak belirtilmesi gerekir ki, toplumun yapısını oluşturan bu faktörlerin adının sosyolojik sınır veya hukuki sınır olması neticede hiçbir şeyi değiştirmeyecektir. Adlandırma ne olursa olsun, sonuç asli kurucu iktidarın sınırlı olmasına çıkmaktadır. Değişen tek şey, asli kurucu iktidarın hukuki veya hukuk dışı olması olup; asli kurucu iktidar hukuki de olsa hukuk dışı da olsa, temel fonksiyonu olan anayasa yapımında yine de toplumun yapısı, değerleri ve koşullarıyla bağlı olarak anayasayı yapmak zorunda olacaktır.

⁶⁰ **TEZİÇ**, s. 10. Nitekim kanunlarımızda açıkça teamülleri, örf ve âdetleri tanıyan hükümler de bulunmaktadır. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.1’de, hakimin kanunda uygulanabilir bir hükmün olmaması halinde örf ve âdet hukukuna göre karar vereceği ifade edilmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 15. ve 129. maddelerinde örf ve âdete uygun olma hali aranmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.1’de ticari bir hüküm bulunmayan hallerde mahkemenin ticari örf ve âdete göre karar vereceği belirtilerek, m.2’de de ticari örf ve âdetin kapsamı belirtilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu m.1’de kanunun amacının çalışma koşullarını düzenlemek olduğu belirtilmekte; 22.maddede de işyeri uygulamasının çalışma koşullarının belirlenmesine kaynak oluşturduğu kabul edilmektedir.

⁶¹ **ERDOĞAN**, s. 126; **ÖZTÜRK**, s. 24

Osmanlı'da bir hukuk düzeni vardı. Ya da henüz 1921 Anayasası kabul edilmemişken, 1920'de TBMM kurulabilmesi de, hukuk düzeninin anayasadan önce var olduğunu gösterir.

Ayrıca yazılı hukuk kurallarının tamamının ortadan kalktığı varsayılabilir; savaş, darbe, ihtilal, dış baskı gibi olaylar neticesinde, anayasal teamülleri oluşturan toplumsal düzen kurallarının ve dolayısıyla da anayasa hukukunun kısa sürede ortadan kalkması mümkün olmayacaktır⁶². Ya da darbe veya ihtilalle iç hukuktaki anayasal düzenin tamamen ortadan kaldırıldığı varsayılabilir dahi, devletin bağlı olduğu milletlerarası antlaşmalar yürürlükte kalmaya devam edecektir⁶³. Nitekim iç hukuku tamamen ortadan kaldırdıklarını ve ihtilalin yeni bir hukuk doğurduğunu iddia eden, anayasayı ihlal suçu failleri bile; devletin diğer devletlerle olan dış ilişkilerini yok sayarak, tüm dünyadan ayrılmış bir şekilde ülkeyi yönetemezler.

Netice itibarıyla asli kurucu iktidarın hukuki bir iktidar olduğunu kabul etmek gerekir. Her şeye rağmen varlığını sürdüren anayasa hukukundan yetki alan asli kurucu iktidar, anayasa hukukunun kendisine çizdiği sınırlarda hareket etmek zorunda olduğu için de sınırlı bir iktidardır.

2.3.2.3. Asli kurucu iktidarın sahibi

Asli kurucu iktidarın ortaya çıkacağı durumların öngörülemezliği neticesinde, asli kurucu iktidarın da önceden belirlenmesi ve yetkilendirilmesi mümkün olmamakta; anayasayı kim yaparsa, asli kurucu iktidarın da o olacağı ifade edilmektedir⁶⁴. Kanaatimizce asli kurucu iktidarın olağan dönemlerde de ortaya çıkması mümkün olmakla birlikte; olağan durumlarda ortaya çıkması ihtimali, olağanüstü durumlarda ortaya çıkması ihtimaline nazaran çok az olduğu için, bu ifadeye katılmak gerekir. Bu bağlamda demokratik sistemlerde egemenliğin asıl sahibinin halk olması sebebiyle, demokratik usullerle yeni bir anayasa yapılacağında, asli kurucu iktidar da halk olacak; tam tersi monarşik sistemlerde de demokratik olmayan usullerle yeni bir anayasa

⁶² ANAYURT, s. 166; ERDOĞAN, s. 148

⁶³ ANAYURT, s. 166

⁶⁴ CAN, s. 107; GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 385; ŞAHİN, s.107

yapılacağında, asli kurucu iktidar da monark olacaktır⁶⁵. Olağan dönemlerde yeni bir anayasanın yapılması halinde ise asli kurucu iktidar, zaten var olan yasama organı veya bu iş için özel olarak kurulacak bir kurucu meclis olacaktır⁶⁶.

Ancak bu durum asli kurucu iktidarın halk olması halinde ortaya mutlaka demokratik bir anayasa çıkacağı ya da tam tersi asli kurucu iktidarın monark olması halinde ortaya mutlaka monarşik bir anayasa çıkacağı anlamına gelmemektedir. Zira halkın monarşik bir sistem istemesi halinde ya da plebisit ile ortaya demokratik usullerle yapılmış monarşik bir anayasa çıkabileceği gibi; monarkın da mutlak egemenliğinde feragat ederek demokratik bir anayasa yapması mümkündür. Halkın monarşik bir sistem istemesinin örneğine günümüzde pek rastlanmamakla birlikte, plebisitin ve ikinci durumun örneği tarihimizde görülmüştür.

2.3.2.4. Anayasa yapma usulleri

Öğretide anayasanın yapılış usulleri, farklı şekilde sınıflandırmalar yapılarak belirlenmiş; yapım usullerine göre de isimlendirmeler yapılmıştır. Ancak anayasa yapım usullerinin öğretilerdeki sınıflandırılma ve isimlendirilme şekilleri birbirinden farklı olsa bile, anayasanın hangi usullerle yapılabileceği konusunda benzer görüşler ileri sürülmüştür.

Monarşik sistemlerde, monarkın tek taraflı iradesiyle mutlak yetkisinden feragat ederek, mutlak monarşiden meşruti monarşiye geçiş öngören anayasaların yapılması usulüne; öğretilerde ferman, ihsan veya hiyerarşik yöntemle anayasa yapma usulü adı verilmektedir⁶⁷. Bu usulle yapılan anayasalara örnek olarak, 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile 1814 Fransa Anayasası, 1848 İtalya Anayasası, 1889 Japonya Anayasası, 1911 Monako Anayasası ve 1931 Etiyopya Anayasası verilebilir⁶⁸.

Yine monarşik sistemlerde görülen bir diğer yöntem ise, mutlak yönetim yetkisi olmayan monarkla, monarkın yanında bazı yetkilere sahip bir organın birlikte anayasa

⁶⁵ CAN, s. 105; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 62

⁶⁶ CAN, s. 106

⁶⁷ ANAYURT, s. 181; ATAR, s. 398; ERDOĞAN, s. 146; EREN, s. 67; GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 387; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 75; ÖZTÜRK, s. 48; ŞAHİN, s. 28; TEZİÇ, s. 180; TUNAYA, s. 127

⁶⁸ ANAYURT, s. 182; ERDOĞAN, s. 150; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 76; TEZİÇ, s. 180

yapması usulü olup; öğretilerde bu şekilde anayasa yapılmasına misak usulü adı verilmektedir⁶⁹. Bu usulle yapılan anayasalara örnek olarak ise, 1808 tarihli Sened-i İttifak ile 1215 Magna Carta Libertatum, 1791 ve 1830 Fransa Anayasaları, 1850 Prusya Anayasası ile 1879 Bulgaristan Anayasası verilmektedir⁷⁰.

Demokratik sistemlerde ise, halkın seçtiği bir kurucu meclis tarafından anayasanın doğrudan kabul edilmesi ya da yine halkın seçtiği meclisin hazırladığı anayasa metninin halkoylaması yapılarak kabul edilmesi usullerine demokratik usul veya sözleşme usulü adı verilmektedir⁷¹. Nitekim 1. Dünya Savaşı sonrası hazırlanan anayasaların büyük bir çoğunluğu demokratik usulle, halk tarafından kabul edilmiştir⁷².

Bu konuda ayrıca belirtmek gerekir ki, anayasaların plebisit yöntemiyle yapılması görünüşte demokratik olmakla birlikte, esasında demokratik olmayan bir yöntemdir⁷³. Zira halkoylamasına benzemekle birlikte plebisitte, halkın iradesi iktidarı fiilen elinde tutan kişi tarafından korkutma veya coşkulandırma yollarıyla fesada uğratılmakta; esasında otoriter olan bir anayasa, demokratiklik görüntüsü çizmek için halka oylama yaptırılarak kabul ettirilmekte ve genellikle de kabul oranı %90'ın üzerinde çıkmaktadır⁷⁴. Ülkemizde 12 Eylül 1980 Darbesi sonrasında hazırlanan 1982 Anayasası'nın halka kabul ettirilme aşamalarında da benzer bir durumun varlığı; bu anayasanın kabulü için yapılan oylamanın gerçek anlamda demokratik bir halkoylaması değil de plebisit olduğunu düşündürmektedir⁷⁵.

Öğretildeki, yeni bir anayasa yapımı için sayılan bu usullerden farklı olarak, olağan dönemlerde de yeni bir anayasanın yapılabileceğini kabul eden görüşler; yürürlükteki

⁶⁹ ANAYURT, s. 182; ATAR, s. 400; ERDOĞAN, s. 146; GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 389; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 79; ÖZTÜRK, s. 48; ŞAHİN, s. 28; TEZİÇ, s. 180; TUNAYA, s. 127

⁷⁰ ERDOĞAN, s. 150; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 80; ÖZTÜRK, s. 49

⁷¹ ATAR, s. 400; ERDOĞAN, s. 147; EREN, s. 67-71,72-74; GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 390-393; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 81-87; ÖZTÜRK, s. 49-50; ŞAHİN, s. 28; TEZİÇ, s. 181; TUNAYA, s. 128-129

⁷² Örnekler için bkz. ŞAHİN, s. 25, dipnot 43

⁷³ ANAYURT, s. 196; GÖZLER, Anayasa Hukuku, s. 394; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 88; TEZİÇ, s. 181; TUNAYA, s. 128. Plebisit yönteminin, hiyerarşik yöntem içine girdiğine dair görüş için bkz. ERDOĞAN, s. 146

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ANAYURT, s. 195-198; ERDOĞAN, s. 150-151; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 87-92; ÖZTÜRK, s. 50-5; TEZİÇ, s. 181; TUNAYA, s. 128

⁷⁵ ERDOĞAN, s. 146,151; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 90, dipnot 82; TEZİÇ, s. 190

anayasaya göre anayasayı değiştirme yetkisine sahip olan türev kurucu iktidarın, yeni bir anayasa yapması usulünü de organik yöntem olarak adlandırmışlardır⁷⁶.

2.3.2.5. Anayasanın meşruiyeti

Anayasanın, değişmeden veya kaldırılmadan ayakta kalması, kısaca yaşaması, meşruiyetine baęlıdır⁷⁷. Ayrıca anayasaya dayanan normların, anayasayla kurulan kurumların ve siyasi iktidarın meşruiyeti de anayasanın meşruiyetine baęlıdır⁷⁸. Bu sebeple yeni bir anayasanın meşruiyetinin nasıl sağlanacağı konusuna da değinmek gerekir.

Meşruiyet hukukilikten farklı olup, hukukiliği de kapsayan daha geniş bir anlam ihtiva eder. Hukukilik, hukuka uygun olmayı ifade etmekteyken; meşruiyet hukuka uygunlukla birlikte din, ahlak, kamu vicdanı ve toplum değerlerine uygun olmayı da ifade eder⁷⁹. Meşruiyet aynı zamanda bir inanç meselesi olup; bir kuralın, kişinin ya da olayın, sayılan bu gibi değerlere uygun olduğuna inanılması meşruiyeti saęlamaktadır⁸⁰. Görüldüğü üzere meşruiyetin hukuki ve sosyolojik iki kanadı bulunmaktadır. Bir şeyin toplumsal değerlere uygun olması hukuki kanadı oluştururken; toplumun, bu şeyin kendi değerlerine uygun olduğuna inanması sosyolojik kanadı oluřturmaktadır⁸¹. Yapılan yeni anayasanın meşruiyeti de bu iki şartın yerine gelmesiyle sağlanmış olacaktır.

Anayasanın meşruiyetinin sağlanması yöntemleri, yeni anayasanın olağan dönemde ve olağanüstü dönemde çıkartılması hallerine göre ayırım yapılarak açıklanmaktadır.

⁷⁶ **ATAR**, s. 399; **ERDOęAN**, s. 146. Bu durumda asli kurucu iktidarın asıl sahibi olan halkın, halihazırda var olan meclise açıkça yeni bir anayasa yapma yetkisi tanınması gerektiğine ya da yeni anayasa yapımı için özel bir kurucu meclis sečilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. **ANAYURT**, s. 189. Aksi yönde, yeni anayasanın eski anayasanın devamı olacağını; türev kurucu iktidarın, hukuk boşluğunun oluşmadığı bu durumda asli kurucu iktidar olamayacağını ifade eden görüş için bkz. **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 400; **YALÇIN GÜLER**, s. 38

⁷⁷ **GÖNENÇ**, **Levent**, Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, C. 50, S. 1, s. 140; **YALÇIN GÜLER**, s. 44

⁷⁸ **ŞAHİN**, s. 75; **YALÇIN GÜLER**, s. 41

⁷⁹ **CAN**, s. 106; **ŞAHİN**, s. 54; **YALÇIN GÜLER**, s. 40

⁸⁰ **GÖNENÇ**, s. 134

⁸¹ **ŞAHİN**, s. 55

Olağan dönemde yapılan yeni anayasa, eski anayasada belirtilen anayasanın değiştirilmesi usulüne uygun olarak yapılmakla hukuki meşruiyet kazanır⁸².

Olağanüstü dönemlerden önce bir anayasa var olsa dahi, olağanüstü durumun neticesinde eski anayasa geçerliliğini kaybedecektir. Bu sebeple olağanüstü dönemlerde anayasanın hukuki meşruiyetini sağlamak için, olağan dönemdeki gibi eski anayasaya uyularak yeni anayasa yapılması mümkün değildir. Ancak bu durumda dahi toplumun siyasal, sosyal ve ekonomik yapısını oluşturan kuralların var olduğunu ve asli kurucu iktidarı sınırladıklarını ifade etmiştik. Nitekim asli kurucu iktidarı sınırlayan bu kurallar, aynı zamanda anayasanın hukuki meşruiyetinin sağlanması için uyulması gereken kurallarla, aynı kurallardır. Netice itibarıyla olağanüstü dönemlerde yeni bir anayasanın yapılabilmesi için uyulabilecek eski bir anayasanın olmaması; olağanüstü dönem anayasasının hukuki meşruiyetten yoksun olacağı anlamına gelmemektedir.

Anayasanın sosyolojik meşruiyeti ise, anayasanın hukuki meşruiyeti haiz olduğuna inanılmasıdır. Ancak soyut bir kavram olan inancın varlığının tespiti, hukuki meşruiyetin araştırılmasındaki gibi yalnızca bazı somut olguların tespitiyle yapılamayacağı için; sosyolojik meşruiyetin tespiti, hukuki meşruiyetin tespiti kadar kolay değildir.

Yeni yapılacak bir anayasanın sosyolojik meşruiyetinin sağlanmasının en güzel ve ideal yolu, toplumdaki bireylerin her birinin memnun olabileceği bir anayasa yapılmasıdır. Ancak gerçekte herkesi memnun eden bir anayasa yapabilmek mümkün olmadığı gibi; çoğunluğu da oluştursa, yalnızca tek bir grubu memnun ederek, bu grubun dışında kalan bireyleri ihmal eden bir anayasa yapılması da doğru değildir⁸³. Netice itibarıyla anayasanın sosyolojik meşruiyetinin sağlanabilmesi için, inancın ve dolayısıyla meşruiyetin kaynağı olan toplumun da anayasa yapım sürecine katılması gerekmektedir⁸⁴. Nitekim anayasa yapım usullerinden biri olan demokratik usul de bu amaç neticesinde ortaya çıkmıştır⁸⁵. Demokratik usulle anayasa yapım yöntemleri olan

⁸² ŞAHİN, s. 79. Aksi yönde, olağan dönemde yeni bir anayasa yapılması halinde asli kurucu iktidar olma vasfını üstlenen yasama organının eski anayasadaki kurallarla bağlı olmayacağına dair görüş için bkz. CAN, s. 106

⁸³ GÖNENÇ, s. 147; ŞAHİN, s. 104

⁸⁴ ŞAHİN, s. 104; YALÇIN GÜLER, s. 44

⁸⁵ ŞAHİN, s. 104

halkoylamasıyla ya da toplumun en azından büyük bir kesimini temsil eden bir kurucu meclis veya olağan meclis tarafından anayasanın yapılması halinde; anayasanın, sosyolojik meşruiyete de sahip olduğu kabul edilebilir⁸⁶.

2.3.3. Anayasanın Değiştirilmesi ve Türev Kurucu İktidar

2.3.3.1. Genel olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki anayasanın değişebilmesi, değişen sosyal hayata uyum sağlayabilmesi ve toplumsal düzenin sürdürülebilmesi için gerekli ve hatta kaçınılmazdır⁸⁷. Zira sosyal hayata engel olacak şekilde geri kalan anayasanın hukuki yollarla değişebilmesi mümkün olmazsa, hukuk dışı darbe veya ihtilal yollarıyla değiştirilmeye çalışılacaktır. Nitekim günümüzde de hemen hemen her anayasanın içerisinde anayasanın değiştirilme usulüne ilişkin hüküm bulunmaktadır⁸⁸.

Türev kurucu iktidar ise, yürürlükteki anayasa hükümlerine göre anayasayı değiştiren kurucu iktidar olarak tanımlanmaktadır⁸⁹. Asli kurucu iktidarın aksine, öğretide türev kurucu iktidarın hukuki ve dolayısıyla da sınırlı olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁹⁰. Zira türev kurucu iktidar, anayasayı değiştirme yetkisini bizzat anayasadan alır. Yine türev kurucu iktidar olma yetkisi anayasada kime tanındıysa, türev kurucu iktidarın sahibi de odur. Ayrıca anayasanın değiştirilme usulü de

⁸⁶ GÖNENÇ, s. 137-138; ŞAHİN, s. 106

⁸⁷ GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 111; HAFIZOĞULLARI, Zeki, Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 490; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 2016, 1. Baskı, s. 370; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2020, 13. Baskı, s. 813 (Ceza Özel); TEZİÇ, s. 206. Anayasanın değiştirilebilmesinin gerekliliği için sayılan diğer sebepler için bkz. GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 111-114. Anayasanın değiştirilmesi konusunda, anayasanın toplumsal bir sözleşme olduğunu ve yine toplumsal bir sözleşme şeklinde değiştirilebileceğini; bütün halk değişiklik üzerinde mutabık olmadığı sürece anayasanın değiştirilemeyeceğini ifade eden bir görüş de bulunmaktadır. Ancak bu görüş, halkın tamamının anayasa değişikliği üzerinde mutabık olmasının mümkün olamayacağı ve anayasa değişikliğini imkansız bir hale sokması sebebiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Görüş ve eleştirisi için bkz. GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 110-111

⁸⁸ GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 113; ÖZBUDUN, s. 168

⁸⁹ ATAR, s. 396; ÖZBUDUN, s. 168; TEZİÇ, s. 191; YALÇIN GÜLER, s. 37

⁹⁰ ATAR, s. 397; ERDOĞAN, s. 152; EROĞUL, s. 25; GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 115; ÖZBUDUN, s. 168; ÖZTÜRK, s. 52; ŞAHİN, s. 125; TEZİÇ, s. 191; YALÇIN GÜLER, s. 37

anayasada belirlenmekte ve değişen anayasa da meşruyetini bu usule uygunluğundan almaktadır.

2.3.3.2. Türev kurucu iktidarın sınırı

Türev kurucu iktidarın sınırlı bir iktidar olduğu konusunda görüş birliği olmakla birlikte; bu sınırın kapsamı hakkında, maddi açıdan sınırları ve şekli açıdan sınırları ayrılmak suretiyle farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Türev kurucu iktidarın şekli açıdan sınırlı olması konusunda görüş farklılıkları esasında, türev kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapıp yapamayacağına göre şekillenmektedir. Bu konuda üç farklı görüş bulunmaktadır. Türev kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamayacağını ifade eden birinci görüş, asli kurucu iktidarın hukuk dışı ve sınırsız olduğunu, türev kurucu iktidarın da tam ters bir şekilde hukuki ve sınırlı olduğunu; en başında hukuki bir şekilde oluşan türev kurucu iktidarın, hukuk dışı bir hale bürünerek asli kurucu iktidar olamayacağını, bu sebeple de türev kurucu iktidarın her halde ve şartta şekli açıdan sınırlı bir iktidar olduğunu ifade etmektedir⁹¹. Aynı zamanda bu görüş, türev kurucu iktidarın hukuka aykırı olan fakat hukuk dışı olmayan bir şekilde anayasayı değiştirmesi hallerinde dört farklı ihtimalin ortaya çıkabileceğini belirtmiştir⁹². Ancak bu görüşe göre, bu ihtimallerin hiçbirisi türev kurucu iktidarın sınırsızlık kazanarak asli kurucu iktidar olması sonucunu doğuramayacaktır.

⁹¹ **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 122-132

⁹² İlk olarak hukuka aykırı anayasa değişikliğinin, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin bu değişikliği iptal etmesi ihtimalinde; bu görüşe göre türev kurucu iktidarın sınırlı olduğunu belirlenmiş ve sınırın dışına çıkması da değişikliğin iptali yaptırımını doğurmuştur. Görüşün ifade ettiği ikinci ihtimal ise, Anayasa Mahkemesi'nin türev kurucu iktidarın yaptığı anayasa değişikliğini hukuka uygun bulması veya kendisinde bu denetimi yapma yetkisinin olmadığına karar vermesi olup; bu ihtimalde de türev kurucu iktidarın eyleminin anayasa tarafından belirlenmiş sınırlara göre denetlenmesi söz konusu olduğu için, yine türev kurucu iktidarın sınırlılığı devam etmektedir. Üçüncü ihtimal ise, hukuka aykırı anayasa değişikliğinin denetiminin yapılması için Anayasa Mahkemesi'ne herhangi bir başvuruda bulunulmamasını ifade eden bu görüşe göre; istisna kaideyi bozmayacağı için, anayasa değişikliğinin denetlenmesi yolunun bir sefere mahsus işlememesi denetimin hiç yapılamayacağı veya türev kurucu iktidarın sınırsız olduğu anlamına gelmeyecektir. Son olarak bu görüşün ifade ettiği dördüncü ihtimalde, Anayasa Mahkemesi'nin bulunmadığı ve anayasa değişikliklerinin bu yolla denetiminin mümkün olmadığı haller örnek gösterilerek; bu halde dahi hukuka aykırı anayasa değişikliklerinin yerel mahkemeler tarafından denetlenerek yokluğunun tespit edilebilecek olması sebebiyle, türev kurucu iktidarın sınırlı olmasının değişmeyeceği ifade edilmektedir. Netice itibarıyla bu görüşe göre türev kurucu iktidarı hukuk dışına çıkaracak fiili bir olay olmadığı sürece sınırlı kalacaktır. **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 122-132

İkinci görüş ise, türev kurucu iktidarın olağan dönemde de yeni bir anayasa yapabileceğini kabul etmekte; ancak yeni anayasanın eski anayasaya göre yapılamayacağını, hiçbir anayasanın kendisinin ilga edilmesi ve yeni bir anayasa yapılması usulü için hüküm içermeyeceğini, bunun eşyanın doğasına aykırı olduğunu belirterek; türev kurucu iktidarın yeni anayasa yaparken şekli bir sınırlamaya tabi olmayacağını ifade etmektedir⁹³.

Son olarak üçüncü görüş ise, türev kurucu iktidarın olağan dönemde yapacağı yeni anayasa için dahi, eski anayasada öngörülen usul kurallarıyla sınırlı olacağını ifade etmektedir⁹⁴. Kanaatimizce bu görüş daha doğrudur. Yukarıda da ifade edildiği gibi olağan dönemde yeni bir anayasa yapılamayacağını kabul etmek mümkün olmamakla birlikte; ilk görüşün anayasanın değiştirilmesi hususunda türev kurucu iktidarın sınırlılığı hakkında ifade ettiklerine de katılmak gerekir.

İlk görüşün ifade ettiği ihtimallerin ortaya çıkmasının, anayasanın değiştirilmesi esnasında türev kurucu iktidarın hukuken sınırlı olmasını değiştirmediği doğrudur. Ancak sayılan ihtimaller sonucunda, bu görüşün iddiasının aksine, sınırlı türev kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapabilmesi de fiilen mümkün hale gelmektedir. Örneğin türev kurucu iktidarın tamamen yeni bir anayasa yapması veya eski anayasanın içeriğini tamamen değiştirmesi halinde; Anayasa Mahkemesi'ne bu konuda hiç başvurulmaması veya başvurulsa dahi Anayasa Mahkemesi'nin denetim için kendisini yetkisiz görmesi ya da denetim yapıp anayasa değişikliğini hukuka uygun bulması halinde; hukuka uygun bir şekilde yeni anayasa yapılmış veya var olan anayasa yenilenmiş olacaktır. Neticede adı ne olursa olsun, ortaya hem sınırlı olan hem de yeni anayasa yapan bir kurucu iktidar çıkacaktır.

İkinci görüşün ifade ettiği bir anayasada, yeni anayasa yapılması hükmünün bulunmasının eşyanın tabiatına aykırı olacağını; bundan dolayı da eski anayasadaki hiçbir hükmün, yeni anayasanın yapımı aşamasında uygulanamayacağını kabul etmek ise mümkün değildir. Zira bu açıdan bakıldığında, anayasanın günün birinde yetersiz kalacağını veya o günün şartlarıyla uyuşmayacağını öngörülerek, anayasanın değiştirilebileceğine dair hükümlerin anayasaya konulmasının da eşyanın tabiatına

⁹³ CAN, s. 106. Aynı yönde diğer görüşler için bkz. EREN, s. 80; TEZİÇ, s. 205-206

⁹⁴ ATAR, s. 397; ŞAHİN, s. 121

aykırı olduğu görülecektir. Ancak eşyanın tabiatına aykırı da olsa, anayasanın toplumsal yaşama ayak uydurarak daha uzun süre ayakta kalabilmesi için gerekli olan değışiklik hükmü, anayasalarda bulunmaktadır. Netice itibarıyla eşyanın tabiatına aykırı olan anayasanın değıştirilmesine dair hükümlerin; yine eşyanın tabiatına aykırı olacak şekilde, eski anayasanın ilga edilerek yenisinin yapılmasında kullanılması gayet tabiidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, türev kurucu iktidarın anayasayı değıştirirken sınırlı olmasına karşılık, daha büyük bir yetki olan yeni anayasa yapması halinde sınırsız olacağının kabulü çelişki oluşturmaktadır. Zira küçük yetkinin kullanımında sınır olması, büyük yetkinin kullanımında evleviyetle sınır olmasını gerektirir. Nitekim hukukumuzda bakıldığında Anayasa m.96'ya göre kanunların yapımı için toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar alınabilecek, asgari karar yeter sayısı ise meclis üye tamsayısının 1/4'ünden 1 fazla olabilecektir. Anayasa değışikliği için ise bilindiğı üzere kanun yapma usulünden çok daha zor bir usul öngörölmüştür. Buna rağmen, türev kurucu iktidarın anayasayı değıştirebilmesi için bu sınırlarla bağı olduğunun; ancak anayasanın bir kısmının değıl de, tamamının yeniden yapılması gibi büyük bir yetkiyi kullanırken hiçbir şekli kuralla bağı olmadığına kabul edilebilmesi mümkün değıldir. Zira böyle bir kabul, anayasanın değıştirilmesi ihtiyacı doğduğunda, anayasayı değıştirmek için gerekli şartları sağlayamayan türev kurucu iktidarı, her seferinde yeni anayasa yapmaya itecektir. Bu durumda anayasanın normlar hiyerarşisindeki üstünlüğünü sağlayan değıştirilmeyi zorlayıcı hükümler de işlevini yitirecek; anayasa, hiçbir sınırlayıcı hükme bağı olmayan türev kurucu iktidar tarafından, kanunlardan bile kolay bir şekilde yenilenebilecektir. Bu sebeple kanun veya anayasa değışikliği yapma yetkilerinin hepsinden daha büyük bir yetki olan yeni bir anayasa yapma yetkisinin kullanımı için, bu yetkilerin kullanımından daha kolay bir usul kabul edilmemeli, hiç değılse anayasa değışikliği için gerekli olan sınırlamadan aşağı düşölmemelidir⁹⁵.

Aynı zamanda türev kurucu iktidarın anayasa yaparken eski anayasadaki değışiklik usulüne uyması, demokratik sistemlerde egemenliğin asıl sahibi olan milletin iradesine de sayğı duyulduğunun gösterilmesi için gereklidir. Bir dönemin kurucu iktidarının

⁹⁵ Nitekim günümüzde Avusturya Anayasası, İspanya Anayasası ve İsviçre Anayasası'nda anayasanın tamamen değıştirilebileceğine dair hükümler de bulunmakta olup; bu hükümler anayasanın tamamen değıştirilebilmesi için, anayasa değışikliğinden daha farklı bir usul öngörmektedir. Bkz. **GÖZLER**, Anayasa Hukuku, s. 399

diğer dönemin kurucu iktidarına üstün olmayacağı doğrudur⁹⁶. Ancak gücünü millet iradesinden alan türev kurucu iktidarın, plebisitle bile olsa milletin kabul ettiği anayasayı ve dahi millet iradesini hiçe sayarcasına, neredeyse otoriter bir tavırla, hiçbir kural veya sınır tanımadan yeni bir anayasa yapması kabul edilemez. Bu şekilde bir anayasa yapılsa bile, demokratik olduğu iddia edilemez. Netice itibarıyla türev kurucu iktidarın, yeni bir anayasa yapabilmesi için de anayasa değişikliği için getirilen sınırlamaları sağlaması gerekmektedir.

Türev kurucu iktidarın anayasayı değiştirirken anayasada çizilen sınırlamaların tamamına tabi olacağı aşikardır. Ancak kanaatimce yeni bir anayasa yapılması halinde bu sınırlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Örneğin yeni anayasa yapılırken, eski anayasadaki değiştirilmesi yasak olan hükümler de doğal olarak ortadan kalkacaktır. Yeni anayasa yapan türev kurucu iktidarın bu hükümlerle de sınırlı olacağını söylemek abesle iştigal olur⁹⁷. Aynı şekilde anayasanın belirli bir süre veya dönem değiştirilemeyeceğine dair hükümlerin de türev kurucu iktidarı yeni bir anayasa yapma konusunda sınırlamayacağının kabulü gerekir. Bu konuda anayasa değişikliğine dair türev kurucu iktidarı sınırlayan hükümler arasında net bir ayırım yapılırsa; kanaatimizce anayasaya dair sınırlamalar içeren hükümler değil, yalnızca yetkili organ veya organlara dair sınırlamalar içeren hükümler yeni bir anayasa yapımı esnasında türev kurucu iktidarı sınırlayacaktır. Örneğin yasama meclisinde kabul için gereken karar yeter sayısına, halkoylamasına sunulmasına veya cumhurbaşkanının veto yetkisi olduğuna dair hükümler anayasa yapımı için türev kurucu iktidarı sınırlayacaktır.

Türev kurucu iktidar, yeni bir anayasa yaparken asli kurucu iktidar sıfatını alacağı için, yukarıda asli kurucu iktidarın sınırlı olduğunu belirttiğimiz hususlarla maddi açıdan sınırlı olacaktır. Anayasanın değiştirilmesi konusunda ise, türev kurucu iktidarın maddi açıdan sınırını kanaatimizce yine anayasadaki sınırlar belirlemektedir. Bu konuda tartışmalar olmakla birlikte, anayasa değişikliklerinin esastan denetimi konusunda ayrıca değinileceği için, bu kısımda değinilmeyecektir.

⁹⁶ TEZİÇ, s. 206

⁹⁷ Aynı yönde bkz. CAN, s. 121; ERDOĞAN, s. 155

2.3.3.3. 1982 Anayasası'na göre anayasanın değiştirilmesi usulü

1982 Anayasası'nda anayasanın değiştirilme usulü “*Son Hükümler*” başlıklı yedinci kısımda 175. maddede düzenlenmektedir. Bu maddeye göre anayasa değişikliği, en az TBMM üye tam sayısının 1/3'ünü oluşturan 200 milletvekili tarafından teklif edilebilir. Anayasa değişikliği teklifi TBMM Genel Kurulu'nda iki defa görüşüldükten sonra kabul edilebilir.

Anayasa değişikliklerinin, zorunlu olan halkoylamasına sunularak kabul edilebilmesi için, en az TBMM üye tamsayısının 3/5'ini oluşturan 360 milletvekili tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak anayasa değişikliklerinin doğrudan kabul edilebilmesi için asgari karar yeter sayısı TBMM üye tamsayısının 2/3'ünü oluşturan 400 milletvekili tarafından kabul edilmesi gerekmekte olup; bu oranın aşılması halinde anayasa değişikliğinin halkoylamasına gönderilmesi zorunluluğu kalkarak, ihtiyari hale gelmektedir. Bu durumda anayasa değişikliğini ihtiyari halkoylamasına sunma yetkisi cumhurbaşkanına aittir.

Cumhurbaşkanının, anayasa değişikliklerini tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderme yetkisi de bulunmaktadır. Bu durumda anayasa değişikliğinin, TBMM üye tamsayısının 2/3'ü tarafından tekrar kabul edilmesi halinde; cumhurbaşkanının, yine ihtiyari olarak anayasa değişikliğini halkoylamasına sunma yetkisi bulunmaktadır. Halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından fazlasının anayasa değişikliğini kabul etme yönünde olması halinde, anayasa değişikliği halkoylaması ile kabul edilmiş olur.

2.4. Anayasaya Aykırılık ve Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesi

Aykırılık sözlükte “*Aykırı olma durumu, mugayeret, muhaliflik, muhalefet, tehalüf*”⁹⁸ anlamına gelmektedir. Aykırı ise sözlükte “*Alışılmışa, doğru olarak kabul edilmişe uygun olmayan, karşıt, ters, mugayir, muhalif*”⁹⁹ anlamına gelmektedir. Bu bakımdan anayasaya aykırılık, anayasaya uygun olmama anlamına gelmektedir.

⁹⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 09.10.2022

⁹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 09.10.2022

Genel olarak anayasaya aykırılık denilince akla ilk olarak normların anayasaya aykırılığı gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık denetimi hakkındaki görev alanına da yalnızca anayasa değişikliklerinin, kanunların, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü'nün anayasaya aykırılığını denetlemek girmektedir. Ancak kelime anlamı olarak bakıldığında anayasaya aykırılığın bu kadar dar bir anlam ihtiva etmediği görülmektedir. Örneğin yine Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına giren bireysel başvuruların konusu da, anayasayla korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlali olup; esasında bu ihlaller de anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Ancak bu ihlallerin kendine has bir adlandırması olduğu için, anayasaya aykırılık denilince akla ilk gelenlerden olmamaktadır.

Bunun gibi örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak anayasaya aykırılık oluşturan diğer durumların anayasayı ihlal suçuyla bağlantısına sonraki bölümde değinileceği için; bu bölümde yalnızca anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığı konusu işlenecektir. Bilindiği üzere anayasa değişiklikleri, kendiliğinden oluşmayıp, türev kurucu iktidarın iradesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple de anayasa değişikliklerinin denetimi, aslında; türev kurucu iktidarın anayasayı değiştirirken, anayasayla kendisine çizilen sınırlara uyup uymadığının denetlenmesidir. Yukarıdaki türev kurucu iktidarın sınırlarından bahsedilen bölümde, usule dair sınırlamalar anlatıldığı için; bu bölümde anayasa değişikliklerinin şekli denetimine kısaca değinilerek, hukukumuzda tartışmalı olan, türev kurucu iktidarın maddi sınırlarını da açıklayan, anayasa değişikliklerinin esastan denetimi konusuna ayrıntılı olarak yer verilecektir.

2.4.1. Anayasa Değişikliklerinin Şekli Denetimi

Anayasa m.148'e göre anayasa değişiklikleri sadece şekil bakımından denetlenebilecektir. Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi ise, yine Anayasa m.148'e göre *“teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı”* olarak yapılabilecektir. Bu hususlar ise, Anayasa m.175'te belirtilmektedir.

Teklif çoğunluğu, TBMM üye tamsayısının en az 1/3'ü tarafından değişiklik teklifi yapılmasını; oylama çoğunluğu, TBMM üye tamsayısının en az 3/5'i tarafından

değişiklik teklifinin kabul edilmesini; ivedilikle görüşülememe ise, anayasa değişikliği teklifinin genel kurulda iki defa görüşülmesini ifade etmektedir.

2.4.2. Anayasa Değişikliklerinin Esastan Denetimi

1982 Anayasası m.148'deki açık düzenleme karşısında günümüzde anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesi mümkün değildir. Ancak 1961 Anayasası'nın ilk halinde, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetleyebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu boşluk ise, Anayasa Mahkemesi'nde anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas açısından denetlemeye yetkili olduğu kanaatinin oluşmasına yol açmıştır¹⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kanaati neticesinde verdiği kararlara tepki olarak¹⁰¹, 1971 değişikliklerinde, 1961 Anayasası m.147'ye anayasa değişikliklerinin şekle uygunluk yönünden denetlenebileceği hükmü eklenmiştir. Ancak bu değişiklikten sonra da Anayasa Mahkemesi şekil görüntüsü altında esastan denetim yapmaya devam etmiştir¹⁰². Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumunun önüne geçebilmek için ise, 1982 Anayasası'nda açıkça '*sadece şekil bakımından*' denetlenebileceği hükmüne yer verilmiş; şekil denetiminin sınırları ise net bir şekilde çizilmiştir¹⁰³. Nitekim Anayasa

¹⁰⁰ **ATAR**, s. 415; **HAKYEMEZ**, **Yusuf Şevki**, Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya Aykırı İçtihadı, *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 2010, S. 58, s. 61; **ONAR**, s. 136; **ÖZBUDUN**, s. 181. Anayasa Mahkemesi bu kanaatini 16.06.1970 tarihli verdiği E.1970/1, K.1970/31 sayılı kararında, anayasa değişikliği kanunlarının 1961 Anayasa m.155'te öngörülen usule uygun yapılması hususunda şekil bakımından denetimini yapmaya; 1961 Anayasası'nın temel ilkeleriyle bağdaşması konusunda da esas bakımından denetimini yapmaya kendisini yetkili görmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kararında, denetimi yapılan anayasa değişikliklerini şekle aykırılık sebebiyle iptal etmiş; bu sebeple de esastan denetim yapmamıştır.

¹⁰¹ **CAN**, s. 118; **ÖZBUDUN**, s. 181

¹⁰² **ATAR**, s. 416; **CAN**, s. 119; **HAKYEMEZ**, s. 62; **ONAR**, s. 144; **ÖZBUDUN**, s. 183. Anayasa Mahkemesi, değişiklik öncesinde esastan denetim için, devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu ve cumhuriyetin niteliklerini belirten 1961 Anayasası'nın 1. ve 2. maddeleri ve başlangıç kısmında belirtilen temel ilkelere uygunluk açısından inceleme yapmaktaydı. 1971 değişikliği sonrasında ise Anayasa Mahkemesi, yine bu maddelerin değiştirilemez olduğundan bahisle; değiştirilemez maddelere aykırı olan bir hükmün, bu maddeleri değiştirme anlamına geleceğini; değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek maddelere aykırı olan bir anayasa değişikliğinin, teklif edilme şartlarını taşımadığı gerekçesiyle, şekil bakımından sakat olacağını kararlarında ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu yönde verdiği dört karar ile anayasa değişikliklerini iptal etmiştir: AYM 15.04.1975 tarih ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı kararı; AYM 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı kararı; AYM 27.01.1977 tarih ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı kararı; AYM 27.09.1977 tarih ve E. 1977/82, K.1977/117 sayılı kararı. **HAKYEMEZ**, s. 62; **ONAR**, s. 145; **ÖZBUDUN**, s. 182-183

¹⁰³ **ATAR**, s. 416; **CAN**, s. 119; **EREN**, s. 102; **ÖZBUDUN**, s. 184. Nitekim 1982 Anayasası m.148'in Danışma Meclisi Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında; anayasa değişikliklerinin, değiştirilmesi yasak

Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde şekil görüntüsü altında esastan denetim yapmaktan vazgeçmiştir¹⁰⁴.

Öğretide ise, anayasa değişikliklerinin esas bakımından da denetlenmesi gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, anayasa üstü ilkelerin varlığını ya da anayasa normları arasında da bir hiyerarşi olduğunu kabul ederek; değişen bir anayasa hükmünün, anayasa üstü ilkelere ya da anayasadaki hiyerarşik olarak üstün olan normlara uygun olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵.

Anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesine karşı olan bir görüş ise, Anayasa Mahkemesi'ne anayasa değişikliklerini esastan denetim yetkisi verilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi'ne sınırsız bir denetim yetkisi tanınmış olacağını ve anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi'nin onayı olmadan yapılamayacağını ifade etmektedir¹⁰⁶. Bunun neticesinde ise bu görüşe göre, türev kurucu iktidarın yetkileri sınırlandırılmış olacak ve yetki gaspı açığa çıkacaktır.

Anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesinin gerekli olduğuna katılmakla birlikte; bu yöndeki görüşlerin esastan denetim için ölçü norm olarak belirttiği anayasa üstü normların varlığının kabulü mümkün değildir. Zira anayasa değişikliklerinin esastan denetimine ölçü oluşturacak anayasa üstü ilkelerin var olup olmadıkları bir yana; var olduklarının kabul edilmesi halinde dahi, hangi kuralların bu ilkeleri oluşturduğunun tespitine imkan yoktur¹⁰⁷. Bu imkansızlık ise hukuki öngörülebilirlik, belirlilik ve açıklık gibi ilkelerle bağdaşmamaktadır¹⁰⁸.

olan hükümlere aykırılığı açısından da incelenmesi gerektiğine; aksi takdirde bu hükümlerin değişmezliğinin bir müeyyidesi olmayacağına ve değişmelerine engel olunamayacağına dair bir teklif verilmişse de, genel kurul bu teklifi reddetmiştir. **ONAR**, s. 149, dipnot 29

¹⁰⁴ İstisna olarak, Anayasa Mahkemesi 05.06.2008 tarih ve E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı ve 07.07.2010 tarih ve E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı kararlarıyla eski içtihadına geri dönerek, anayasa değişikliğini şekil görüntüsü altında esastan denetim yaparak iptal kararı vermiştir. **ANAYURT**, s. 225, dipnot 438; **ATAR**, s. 416; **EREN**, s. 103-104; **HAKYEMEZ**, s. 63-64; **ÖZBUDUN**, s. 187

¹⁰⁵ Bu görüşler için bkz. **ATAR**, s. 412; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 133; **ONAR**, s. 133; **ÖZBUDUN**, s. 180

¹⁰⁶ **EREN**, s. 98; **HAKYEMEZ**, s. 65-68; **ÖZBUDUN**, s. 183-184,188

¹⁰⁷ **ANAYURT**, s. 237; **ATAR**, s. 413; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 134; **ONAR**, s. 134-135

¹⁰⁸ **ANAYURT**, s. 237

Anayasadaki hükümler arasından herhangi birini diğerlerinden hiyerarşik açıdan üstün olduğunun kabulü için ise, bu üstünlüğün ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Ancak anayasamızda şu an için böyle bir düzenleme yoktur. Örneğin Anayasa m.11/2’de kanunların anayasaya aykırı olamayacaklarına dair açık bir düzenleme varken; anayasa değişikliklerinin de anayasadaki başka bir hükme aykırı olamayacağına dair bir düzenleme yoktur. Netice itibarıyla anayasa değişikliklerinin esastan denetiminde ölçü norm olarak kabul edilebilecek bir anayasa üstü norm ya da halihazırda anayasa içinde hiyerarşik olarak üstün olan bir norm bulunmamaktadır. Dolayısıyla denetlenecek anayasa hükümüyle, denetime esas alınacak anayasa hükmünün eşdeğer nitelikte olması; anayasa değişikliklerinin esastan denetiminin temelsiz ve dolayısıyla mantıksız olması sonucunu doğuracaktır¹¹⁰.

Anayasa değişikliklerinin esastan denetimi şu an için mümkün olmasa da, türev kurucu iktidar anayasayı değiştirmekte maddi açıdan sınırsız değildir. Zira anayasadaki değiştirilmesi yasak olan hükümler, diğer hükümlere göre hiyerarşik olarak üstte olmasalar da; türev kurucu iktidar tarafından doğrudan veya dolaylı yoldan içi boşaltılarak değiştirilemez¹¹¹. Ancak bu konu hakkında öğretilde, esastan denetim yapılamadığı için, değiştirilemez hükümleri değiştirmeye veya bu hükümlere aykırı olmaya bağlanan bir yaptırım olmamasından kaynaklanan görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Öğretilde türev kurucu iktidarın, anayasadaki değiştirilemez hükümleri değiştirebileceğine dair görüşler, bir dönemin kurucu iktidarının diğer dönemin kurucu iktidarından üstün olamayacağını; türev kurucu iktidarın değiştirilemez hükümleri de anayasanın değiştirilme usulüne uyarak değiştirebileceğini ifade etmektedir¹¹². Teorik

¹⁰⁹ **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 134

¹¹⁰ **ATAR**, s. 413; **ÖZBUDUN**, s. 180

¹¹¹ Değiştirilemez hükümlerin, hiyerarşik olarak anayasadaki diğer maddelerden üstün olduğunu ifade eden görüş için bkz. **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 145. Ancak kanaatimizce şu an için bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yazarın da belirttiği gibi, bir kuralın diğer bir kurala üstün olduğunun ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Anayasamızın halihazırdaki durumdan değiştirilemez hükümler açısından bakıldığında, bu hükümlerin diğer hükümlerin üstünde olduğuna dair herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak değiştirilemez hükümlerin ölçü norm olacağı şekilde, anayasaya değişikliklerinin esastan denetimi mümkün hale gelirse; ölçü norm olmanın doğası gereğince, açık bir düzenleme bulunmasa da değiştirilemez hükümlerin diğer hükümlerden üstün olacağı kabul edilmelidir.

¹¹² **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 139; **ŞAHİN**, s. 128-129; **TEZİÇ**, s. 201. Türev kurucu iktidarın bu maddelerin metninde değişiklik yapabileceğini, ancak maddelerin içerdiği ilkelerde olumsuz yönde bir değişiklik yapamayacağına dair görüş için bkz. **ERDOĞAN**, s. 155; **ONAR**, s. 160

olarak bu görüşlerin de ifade ettiği usulle, önce değiştirilmeyi yasaklayan hükmün, sonrasında ise değiştirilemez hükmün değiştirilmesi mümkün görünmektedir¹¹³. Ancak değiştirilmeyi yasaklayan hükmün değiştirilebilecek olması, hükmün konulma amacıyla çelişir¹¹⁴. Bu maddenin konulmasındaki amaç, değiştirilmesi yasak maddelerin diğer anayasa maddelerinden daha zor bir şekilde değiştirilmesini dolaylı bir şekilde sağlamak değil, doğrudan değiştirilmelerini engellemektir. Zira anayasanın, normal kanunlara göre daha zor değiştirilebilmesi için ayrıca ve açıkça bir düzenleme yapan asli kurucu iktidarın amacı, değiştirilemez maddelerin daha da zor bir yolla değiştirilmesini sağlamak olsaydı; bu şekilde dolambaçlı bir yol tercih etmez, farklı bir hükümle ayrıca ve açıkça düzenlerdi.

Bununla birlikte genellikle temel ilkeler ile hükümet ve devlet biçimine ilişkin düzenlemeler içeren değiştirilemez hükümlerin¹¹⁵ değiştirilebileceğinin kabul edilip, bu şekilde uzun ve zor bir yol izlenerek değiştirilmesi yerine; tamamen yeni bir anayasa yapılması daha mantıklı olacaktır. Zira bu hükümlerin değiştirilmesi ihtiyacının ortaya çıkması, esasında anayasal teamülleri oluşturan siyasi değerlerin ciddi bir şekilde değiştiğini gösterir¹¹⁶. Anayasanın temelini oluşturan bu değerlerin değişmesi ise, anayasanın da toplumsal yapıya uygun olmadığını ve tamamen değişmesi veya yenilenmesi gerektiğini gösterir. Böyle bir durumda en iyi ihtimalle, iki defa anayasa değişikliği yapılarak anayasanın toplumsal yapıya uygun hale getirilmeye çalışılmasındansa; tek seferde yeni bir anayasa yapılması kanaatimizce daha kolay olacaktır¹¹⁷.

¹¹³ Bu şekilde değişiklik yapmak, “*hile-i şer’iyye*” veya “*anayasaya karşı hile*” olarak ifade edilmekte ve bu durumda yasaklanan hükmün sonuçlarının uygulanacağı, değişikliğin hukuken korunmaması gerektiği ifade edilmektedir. **ANAYURT**, s. 219-220; **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 142. Yazarlar, bu durumun hile-i şer’iyye olduğu hususunda haklı olmakla birlikte, gözden kaçan bir şey vardır. Hukukumuzda anayasa değişikliklerinin şekil denetiminde hangi maddenin değiştiğine de bakılmamakta, yalnızca değişikliğin usule uygun olması aranmaktadır. Bu sebeple hile-i şer’iyye yapıldığı hukuken tespit edilmesi mümkün değildir. Buna rağmen hile-i şer’iyye tespit edilmesi halinde dahi, yasaklanan hükme bağlanan bir sonuç veya yaptırım bulunmamaktadır. Nitekim öğretideki tartışmaların asıl kaynağı da budur.

¹¹⁴ **ANAYURT**, s. 219. Çelişkiyi başka gerekçelerle açıklayan görüş için bkz. **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 143

¹¹⁵ **ANAYURT**, s. 222; **KARCILIOĞLU**, s. 113; **TEZİÇ**, s. 206

¹¹⁶ **ANAYURT**, s. 240; **TEZİÇ**, s. 204

¹¹⁷ Böyle bir durumda değiştirilme yasağına tabi olmadan, tek seferde anayasa değişikliği yapılması ve bu değişikliğin de halk oylaması ile desteklenmesi halinde, anayasanın meşruiyete haiz olarak değiştirilebileceğini ifade eden görüş için bkz. **ANAYURT**, s. 240

Ayrıca her ne kadar toplumsal değerler temelinden değişmiş olsa ve anayasadaki değiştirilmesi yasak olan hükümlerin ciddi manada değişmesi gerekse bile; bu değişiklik toplumda, türev kurucu iktidarın açıkça anayasaya aykırı ve yasak bir iş yaptığı izlenimini oluşturacaktır. Fakat demokratik usullerle yeni bir anayasa yapılması halinde, esasında eski anayasadaki bu değiştirilemez hükümler de ortadan kalkacaktır. Buna rağmen yeni bir anayasa yapılması halinde, toplumun tamamı tarafından tepkisel bir yaklaşım sergilenmeyecek; en fazla türev kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapma yetkisinin olup olmadığı, demokratik bir şekilde tartışılacaktır.

Buraya kadar değiştirilemez hükümlerin, anayasa değişikliği ile değiştirilebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmekle birlikte; anayasadaki diğer maddelerin, bu hükümlerin içini boşaltabilecek şekilde değiştirilmesinin önüne geçebilecek bir yol da yoktur¹¹⁸. Zira bu durumu engelleyen, değiştirilemez hükümlerin doğrudan değiştirilmesindeki gibi fiili zorluklar bulunmamaktadır. Bunun engellenebilmesi için tek çözüm, anayasa değişikliklerinin esastan denetimi olarak görülmekle birlikte; öğretilerde bu konuda birbirine zıt iki görüş bulunmaktadır.

Yukarıdaki anayasa değişikliklerinin esastan denetlenemeyeceğini ifade eden görüşe göre, değiştirilemez hükümlerin içini boşaltacak nitelikteki anayasa değişikliklerinin de esastan denetlenmesi mümkün olmayıp; bu şekilde bir anayasa değişikliği yapmamak tamamen yasama organının takdirine kalmıştır¹¹⁹. Zira bu görüşe göre, anayasadaki değiştirilemez hükümlerde belirtilen ilkelerin kapsamı çok geniş olup, yapılacak anayasa değişikliklerinin her biri bu ilkelerle doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı olacaktır. Netice itibarıyla bu görüş, anayasa değişikliklerinin değiştirilemez hükümlere uygunluk açısından esastan denetlenmesi halinde, anayasanın hukuki yollarla değiştirilebilmesi imkanının ortadan kalkacağını ifade etmektedir. Diğer görüş ise, tam ters taraftan bakarak, anayasa değişikliklerinin esastan denetlenememesi halinde, devletin temel niteliklerini düzenleyen değiştirilemez hükümlerin içini boşaltıcı

¹¹⁸ Değiştirilemez hükümlerin anayasanın ruhunu, özünü oluşturduğu ve türev kurucu iktidarın anayasanın ruhuna aykırı anayasa değişikliği yapamayacağına dair görüşler ve ayrıntısı için bkz. **GÖZLER**, Kurucu İktidar, s. 152-156

¹¹⁹ **HAKYEMEZ**, s. 68; **ONAR**, s. 164; **ÖZBUDUN**, s. 185. Aksi yönde değiştirilemezliğin yalnızca kağıttan bir engel olmadığını, hukuki bir değeri olduğunu ifade eden görüş için bkz. **YALÇIN GÜLER**, s. 38

değişikliklerin önüne geçilemeyeceğini ifade etmektedir¹²⁰. Her iki görüşün de haklılık payı vardır. Nitekim 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin esastan denetim yapması halinde değiştirilemez hükümleri ne kadar geniş yorumlayabildiği görülmüştür. Ya da örneğin cumhurbaşkanının halk tarafından seçilerek değil de, önceki cumhurbaşkanı tarafından atanma yoluyla göreve geleceği şeklindeki bir değişikliğin, devletin şeklini cumhuriyetten monarşiye çevireceği aşikardır.

Ancak birbirine tamamen zıt bu görüşlerden birisinin seçilerek, bu seçimin neticesinde doğabilecek sonuçlardan herhangi birisinin kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda kanaatimizce orta yolun bulunması gereklidir ki, bu imkansız da değildir¹²¹. Nasıl ki Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde türev kurucu iktidarı kısıtlayacak şekilde yaptığı geniş yorumlarını engellemek için, 1982 Anayasası ile anayasa değişikliklerinin şekil denetimine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapıldıysa; anayasa değişikliklerinin esastan denetimi konusunda da bu derece ayrıntılı düzenlemeler yapılarak her iki sorundan da kurtulmak mümkündür. Kanaatimizce devletin niteliklerinin en dar ve temel anlamları esas alınarak yapılabilecek bir denetim, türev kurucu iktidarı kısıtlamadan devletin temel niteliklerini koruma işlevini görecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin devletin temel niteliklerini geniş yorumladığı kararlarına bakılırsa, örneğin *“yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi ilkeler hakkında yeterli ilgi, bilgi ve tecrübeye sahip olmayan iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticilerinin”*¹²² Hakim ve Savcılar Kurulu'nda görev almalarının, hukuk devleti olmakla doğrudan bir alakası yoktur. Ancak mahkemelerin veya hakimlerin, yasama veya yürütmeden emir ve talimat alabileceği gibi; Anayasa m.148'deki yargı bağımsızlığını doğrudan kaldırarak veya zedeleyecek bir değişikliğin, hukuk devleti olmayı da doğrudan etkileyeceği aşikardır. Ya da Anayasa m.36'da düzenlenen hak arama hürriyetinin veya adil yargılanma hakkının kaldırılması;

¹²⁰ **ANAYURT**, s. 223

¹²¹ Örneğin Alman Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini esastan denetlerken, kurucu iktidarın yetki alanı içerisine girmeden, kendi kendisini sınırlandırarak, yalnızca değiştirilemez hükümlere ciddi aykırılıklar bakımından denetleme yaparak, çok dar bir alanda inceleme yapmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **CAN**, s. 114. Ayrıca 1961 Türk Anayasası ile 1949 Alman Anayasası'nın anayasa değişiklikleri hakkındaki düzenlemelerinin benzerlikleri, ancak bu anayasaların öngördükleri anayasa mahkemelerinin bu konudaki tutumlarının farklılıkları için bkz. **CAN**, s. 115, dipnot 26

¹²² Bkz. Anayasa Mahkemesi 07.07.2010 tarih ve E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı kararı

anayasaya herhangi bir dini kesime öncelik tanıyan bir hüküm ilave edilmesi; bir ilin ya da birkaç ilin birleşerek iç işlerinde her anlamda özerk bir yapılanma içerisine girebileceğine dair bir hükmün anayasaya ilave edilmesi gibi hallerin, devletin temel niteliklerinin düzenlendiği değiştirilemez maddelere doğrudan zarar verebileceği görülecektir. Bu sebeple anayasa değişikliklerinin esastan denetimi gerekli olup; bu konu hakkında anayasaya ayrıntılı bir düzenleme eklenmelidir. Ancak bu düzenleme, yalnızca değiştirilemez hükümlerdeki ilkelere doğrudan zarar veren değişikliklerin iptaline imkan tanıyacak şekilde; esastan denetimin sınırlarını açık ve net olarak, yoruma yer vermeyecek şekilde çizmelidir.

Netice itibarıyla türev kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmadığı sürece, anayasanın değişmez hükümleri ile sınırlıdır. Ayrıca kanaatimizce türev kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini yalnızca toplumun siyasi değerlerinde esaslı bir değişiklik olması halinde kullanmalıdır. Zira aksi halde anayasanın toplumsal değerlere uygunluğu sağlanmaya çalışılırken, siyasi istikrarsızlık sonucu ile karşılaşılması işten bile değildir.

2.5. Anayasayı İhlal Suçu ve Anayasaya Aykırılık Ayrımı

Buraya kadar yapılan açıklamalarla anayasanın, anayasa hukukunun ve kurucu iktidarların sınırları çizilmiş; anayasa değişikliklerinin denetimi üzerinde durularak, anayasaya aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu bölümde ise, TCK m.309'un başlığında bulunan "*anayasayı ihlal*" kavramı ile anayasaya aykırılığın farklarına değinilecektir. Zira ihlal kelimesi, sözlükte "*bozma, zarar verme; yasa ve düzene uymama*"¹²³ anlamında olup; bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, anayasayı ihlal denilince akla ilk olarak anayasa hükümlerine uymama, uygun olmama ya da diğer bir deyişle anayasaya aykırılık gelmekte; ancak TCK m.309'da düzenlenen anayasayı ihlal suçu, bu anlamlardaki anayasaya aykırılığı kapsamamaktadır¹²⁴. Bununla birlikte kanunların veya mahkeme kararlarının anayasaya aykırılığını doğrudan konu edinerek

¹²³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

¹²⁴ AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi, Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1691; BEYOĞLU, Cem Ümit/ KANTARCI, Nurullah, Anayasayı İhlal Suçu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 8, S. 16, s. 683; DİNLER, s. 1567; HAFIZOĞULLARI, s. 486; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 367

ceza yaptırımını altına alan bir anayasa ya da kanun hükmü de bulunmamaktadır. Nitekim bu mümkün de değildir.

Çalışmanın devamındaki bölümlerde anayasayı ihlal suçunun kapsamı ve unsurları detaylı olarak açıklanacağı için; bu bölümde suçun unsurlarından bağımsız olarak, madde başlığının sebep olabileceği yanlış anlaşılmalara belirtilerek suçun kapsamının ne olmadığına değinilecektir¹²⁵. Bu bölümde kanunların, mahkeme kararlarının ve insan fiillerinin anayasaya aykırı olmaları başlıklar halinde aşağıda incelenecektir.

2.5.1. Anayasaya Aykırı Kanun

Bu bölümde normlar hiyerarşisi gereği anayasaya uygun olması gereken kanunların esastan anayasaya aykırı olarak kabul edilmesi halinde, milletvekillerinin bu aykırılıktan ötürü anayasayı ihlal suçundan sorumlu olup olmayacakları konusuna değinilecektir. Anayasa değişikliklerinin anayasaya esastan aykırılığı sebebiyle milletvekillerinin anayasayı ihlal suçundan sorumlu olmaları konusuna ise, suçun unsurlarından bağımsız olarak anlatılamayacağı için, aşağıda değinilecektir¹²⁶.

Anayasayı ihlal denilince akla ilk gelen husus, anayasaya aykırılık olmaktadır. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 146. maddenin herhangi bir başlığı olmamasına rağmen, o dönemde dahi 146. maddenin isminin ‘Anayasayı İhlal Suçu’ olduğu ve Anayasa Mahkemesi kurulduktan sonra anayasaya aykırılıkları Anayasa Mahkemesi’nin gidereceği gerekçesiyle, artık anayasayı ihlal suçu düzenlemesine gerek kalmadığı şeklinde yanlış anlaşılmalara bulunmaktaydı¹²⁷. Bu yanlış anlaşılmaların temel sebebi ise, 1924 Anayasası m.103/2’de “*Hiçbir kanun Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi olamaz.*” ifadesi bulunmasına rağmen, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir yöntem olmamasıdır. 1924 Anayasası’ndaki bu eksiklik ise, 27 Mayıs 1960 Darbesi sonrasında Demokrat Parti milletvekilleri hakkında verilen Yüksek Adalet Divanı kararlarıyla, anayasaya aykırılık oluşturan fiillerin anayasayı ihlal suçu olarak

¹²⁵ Ceza hukuku bağlamındaki anayasayı ihlal suçu ile anayasa hukuku bağlamındaki anayasaya aykırılık terimlerinin karşılaştırması için bkz. **ÇAĞLAYAN, M. Muhtar**, Gerekeçeli, Notlu ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt 2 (Madde 125-413), Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1970, s. 234-236; **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 131-133

¹²⁶ Bkz. **Bölüm 6.4.1.2**

¹²⁷ **ÇAĞLAYAN**, s. 233

nitelendirilmesine sebep olmuştur¹²⁸. Nitekim günümüzde dahi, anayasayı ihlal suçuyla anayasaya aykırılık hakkındaki bu özdeşleştirme ve anayasaya aykırılıkların anayasayı ihlal suçu kapsamına girdiği düşüncesi, azalarak da olsa öğretilde varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa m.83/1’de düzenlenen “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.*” şeklindeki yasama sorumsuzluğu hükmü; milletvekillerinin yasama görevlerini yerine getirirken, anayasaya aykırı bir kanun yapmaktan dolayı anayasayı ihlal suçu ile cezalandırılmalarını engeller niteliktedir. Zira Anayasa m.87’de TBMM’nin görevleri arasında ilk sırada sayılan “*kanun koymak*” için milletvekillerinin oy kullanması, yasama sorumsuzluğu kapsamı içerisine pek tabii girecektir¹²⁹. Nitekim öğretideki birçok görüşün, milletvekillerinin anayasaya aykırı bir kanun kabul etmesi halinde de yasama sorumsuzluğundan faydalanacakları yönünde olduğu görülmektedir¹³⁰.

Bununla birlikte öğretide, milletvekillerinin anayasaya aykırı bir fikir ifade etmeleri, anayasaya aykırı bir kanun kabul etmeleri halinde yasama sorumsuzluğundan yararlanamayacakları görüşleri de bulunmaktadır¹³¹. Bu görüşlerden bir tanesi,

¹²⁸ **SOYSAL, Mümtaz**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 1987, 7. Baskı, s. 389

¹²⁹ Yasama sorumsuzluğunun yalnızca anayasaya uygun bir kanun çıkartılması esnasında geçerli olacağının kabulü mümkün değildir. Zira anayasaya uygun olan bir kanunun çıkartılmasından dolayı milletvekillerinin herhangi bir sorumluluğu zaten doğmayacaktır. Yasama sorumsuzluğu hükmünün, milletvekillerini hiç doğmayacak bir sorumluluktan koruması mantıksız ve gereksizdir. Bu sebeple yasama sorumsuzluğu hükmünün, milletvekillerinin anayasaya aykırı bir kanun yapması halinde de işleyeceği kabul edilmelidir.

¹³⁰ **DİNLER**, s. 1558; **KARCILIOĞLU**, s. 339; **SARIASLAN, Ömer**, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Sorumsuzluğu, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 132; **SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık**, Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu Cilt 2 (Madde 125-315), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 1995, s. 1501; **TÜLEN, Hikmet**, Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. 3, S. 1, s. 121. Anayasaya aykırı bir kanun çıkartılırken milletvekillerinin bu konuda kusursuz oldukları gerekçesiyle suç isnadı yapılamayacağını savunan görüş için bkz. **ÇAĞLAYAN**, s. 234. Yasama sorumsuzluğu ile anayasayı ihlal suçunu ilişkilendirmeden, yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğunu ifade eden görüşler için bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 324-326

¹³¹ **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 818-821. Bu yöndeki diğer görüşler için bkz. **SARIASLAN**, s. 131; **KARCILIOĞLU**, s. 332, dipnot 110. Anayasayı ihlal suçunun, anayasaya aykırı kanun yapma bakımından değerlendirmeden, yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğunun dışında kalacağına dair

anayasaya aykırılığı açıkça belli olmayan bir kanun çıkartılması ve anayasaya açıkça aykırı olan bir kanun çıkartılması hallerine göre ikili bir ayırım yaparak, milletvekillerinin anayasayı ihlal suçundan sorumlu olmalarına farklı sonuçlar bağlamaktadır¹³². Bu görüşe göre, ilk durum olan anayasaya aykırılığı açıkça belli olmayan bir kanunun çıkartılması halinde; milletvekilleri, anayasaya aykırılığı bilebilecek durumda olmamaları nedeniyle cezalandıramayacaklardır¹³³. İkinci durumda, yani milletvekilleri tarafından anayasaya açıkça aykırı olan bir kanun çıkartılması halinde ise, bu görüşe göre anayasayı ihlal suçu oluşacaktır. Zira bu görüşe göre, yasama sorumsuzluğu hükmü yalnızca hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde hareket edilmesi halinde kabul edilebileceği için; açıkça anayasaya aykırı bir kanunun kabul edilmesi halinde, yasama sorumsuzluğu hükmü milletvekillerine koruma sağlamayacaktır¹³⁴. Ayrıca bu görüşe göre, kural olarak sorumsuz olan cumhurbaşkanının dahi anayasayı ihlalden sorumlu olmasına karşılık, milletvekillerinin sorumlu tutulmaması mantıklı olmamaktadır. Yine ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde sıradan bir suç işlenmesi durumunda dahi yasama dokunulmazlığı geçerli olmazken, milletvekillerinin sıradan bir suçtan çok daha vahim olan anayasayı ihlal suçu işlemeleri halinde sorumsuz olmalarının kabul edilemeyeceği de bu görüşte ifade edilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir kanunun anayasaya aykırılığını tespit etmek Anayasa Mahkemesi'nin görevi olup; hukukumuzda kanunlar TBMM tarafından kabul edilmeden önce ön denetim¹³⁵ yapılamamaktadır. Anayasa m.148/2 ve m.151'e göre

görüş için bkz. **TURİNAY, Faruk**, Anayasayı İhlal Suçu Üzerine Bir İnceleme, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, S. 1, s. 297

¹³² Görüşün tamamı için bkz. **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 818-821

¹³³ Aynı yöndeki başka bir görüş için bkz. **ÇAĞLAYAN**, s. 234

¹³⁴ Aynı yönde başka görüşler için bkz. **SARIASLAN**, s. 132, dipnot 822

¹³⁵ Ön denetim (önleyici denetim), kanunların yasama organı tarafından kabul edilmesinden sonra, devlet başkanı tarafından ilan edilerek yayımlanıp yürürlüğe girmesinden önce yapılan denetim olup; kanunlar yayımlanıp yürürlüğe girdikten sonra yapılan denetime düzenleyici denetim denir. **DEĞERLİ, Yavuz Selim**, Anayasa Yargısında Ön-Denetim, Adalet Yayınevi, 2020, 1. Baskı, s. 68,71; **ÖZBUDUN**, s. 364. Düzenleyici denetime nazaran ön denetim, mahkemenin yasama sürecine dahil olarak ikinci bir meclis olmasına daha çok imkan tanımakta ve bu denetim yargısal denetimden ziyade siyasi denetime benzemektedir. **DEĞERLİ**, s. 104; **ÖZBUDUN**, s. 377

iptal davası kanunların Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonra açılabilmesi için, Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık tespitini ancak kanun TBMM tarafından kabul edilip yürürlüğe girdikten sonra yapabilecektir. Bununla birlikte anayasaya aykırılığın gizli veya açık olması konusunda ayırım yapmayı sağlayacak; anayasaya aykırılık hallerinin neler olduğunu açıkça tespit eden herhangi bir ölçü norm da bulunmamaktadır. Bu sebeple de milletvekilleri yürürlüğe koydukları bir kanunun anayasaya aykırı olduğunu kabul edilmesinden önce doğal olarak bilemeyeceklerdir. Aksinin kabulü halinde ise, kabul ettikleri kanunların anayasaya aykırı olması ihtimaline binaen, kasıtları olmamasına rağmen anayasayı ihlal suçu ile cezalandırılacakları bir durumda, milletvekillerinden oy kullanmaları veya görüş belirtmeleri beklenemeyeceği gibi; meclis çalışmaları esnasında belirtmedikleri düşüncelerini meclis dışında açıklamaları da beklenemez. Netice itibarıyla hem Anayasa

1982 Anayasası’nın hazırlanma aşamasında Danışma Meclisi tarafından hazırlanan tasarının 157. Maddesinin 2. fıkrasında “*Şekil bakımından denetleme, kanunun yayımlanma süresi içinde Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından talep edilebilir. Kanunun yayımlama süresi geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defî yolu ile de ileri sürülemez.*” şeklinde öngörülmüştür. Tasarı maddesinin gerekçesinde ise, ön denetim ile kısa sürede bozukluğun giderilmesinde kamu yararı olduğu ifade edilmiştir. Ancak Milli Güvenlik Konseyi, kanunun yayımlanma süresinin inceleme ve dava açma için yeterli bir süre olmayacağı gerekçesiyle, ön denetim yerine düzenleyici denetimi kabul etmiştir. 1982 Anayasası’nın tasarı maddeleri ve bu maddelerin gerekçeleri için bkz. **YILMAZOĞLU, Yunus Emre/ PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (ed.)**, Türkiye Cumhuriyet Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021, 3. Baskı, s. 917-919.

Maddenin Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edildiği şekli kanaatimizce daha uygun olmuştur. Zira 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi’nin yasama yetkisini kısıtlayacak şekilde ısrarla anayasa değişikliklerini esastan denetlemesi karşısında; 1982 Anayasası m.148/1’de (Tasarı m.157/1) Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumunu engellemek için yoruma yer vermeyecek şekilde anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil yönünden denetlenebileceği hükmü getirilmiştir. (Bkz. **ÖZBUDUN**, s. 181-184) Aynı şekilde Anayasa m.153/2’de (Tasarı m.162/2) Anayasa Mahkemesi’ni kısıtlamayı ve yasama yetkilerine el atmasını engellemeyi amaçlayan, Anayasa Mahkemesi’nin kanun koyucu gibi hareket edemeyeceğini düzenleyen hüküm de getirilmiştir. (**ÖZDEN, Yekta Güngör**, "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez" Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1985, C. 2, s. 71) Tüm bunlara rağmen 1982 Anayasası m.148/2’yle (Tasarı m.157/2) ön denetim getirilerek Anayasa Mahkemesi’ne yasamaya müdahale edebileceği derecede geniş bir yetki verilmesi çelişki oluşturmamıştır.

Ayrıca hukukumuzda ön denetim olması varsayımında dahi, düzenleyici denetimden farklı bir sonuç doğmayacaktır. Zira ön denetim, tanımından da anlaşılacağı üzere ancak kanun meclis tarafından kabul edildikten sonra yapılabileceği için, milletvekilleri bir kanunun anayasaya aykırı olduğunu yine kabul etmeden önce bilemeyeceklerdir. Sonuçta, kuvvetler ayrılığına açıkça aykırı olacak biçimde, denetim yapan yargı makamının yasama sürecine dahil olarak kanun kabul edilmeden önce anayasaya aykırılığını belirtmesi hali dışında; her iki denetim türünde de milletvekilleri kanunun anayasaya aykırılığını kabul etmeden önce bilemeyeceklerdir.

m.83'te belirtilen yasama sorumsuzluğu hükmü işlevsiz kalacak hem de yasama fonksiyonu işlemez hale gelecektir¹³⁶..

Ayrıca 2017 anayasa değişiklikleriyle Anayasa m.105 değişmiş, cumhurbaşkanının sorumsuzluğu kaldırılarak; yalnızca vatana ihanet değil, göreviyle ilgili herhangi bir suç işlediği iddiasıyla Yüce Divan tarafından yargılanabileceği hükmü getirilmiştir¹³⁷. Bu değişiklik sonrasında '*kural olarak sorumsuz olan*' cumhurbaşkanının bile anayasayı ihlal suçundan sorumlu olması nedeniyle, milletvekillerinin de anayasaya açıkça aykırı bir kanunu kabul etmelerinin anayasayı ihlal suçunu oluşturması gerektiğini kabul etmek mümkün değildir. Zira artık karşılaştırma cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ile milletvekillerinin sorumluluğu arasında değil, cumhurbaşkanının sorumluluğu ile milletvekillerinin sorumluluğu arasında yapılabilecektir¹³⁸. Yürütme erkinin başı olan cumhurbaşkanı, tüm bu gücü kullanması esnasında yaptığı her işlem için, anayasayı ihlal suçundan değil de yalnızca o işlemle ilgili olarak işlediği suçtan dolayı

¹³⁶ SOYASLAN, Ceza Özel, s. 818

¹³⁷ Anayasa m.105'te cumhurbaşkanının yargılanabilmesi için işlediği suçun göreviyle ilgili olması gerektiğine dair bir ifade bulunmamaktadır. Ancak Anayasa m.105'teki usul izlendikten sonra cumhurbaşkanı hakkında yargılamayı Yüce Divan'ın yapacağı belirtilmiştir. Anayasa m.148/6'da ise, Anayasa Mahkemesi'nin cumhurbaşkanını göreviyle ilgili olan suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayabileceği belirtilmiştir. Sonuçta her iki madde birlikte değerlendirildiğinde 105. maddedeki usulün cumhurbaşkanının yalnızca göreviyle ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı işletilebileceği düşünülmüştür. **GÖZLER, Kemal**, Cumhurbaşkanlığı Kişisel Suçlarından Dolayı Yüce Divanda Yargılanabilir mi? Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğunun Kapsamı Konusunda Görüş Değişikliği, www.anayasa.gen.tr/cb-kisisel-suc.htm, E.T.: 21.07.2022; **ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2022, 13. Baskı, s. 181

¹³⁸ Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ile milletvekillerinin sorumluluğu arasında yapılacak bir karşılaştırma için 2017 değişikliğinden önce madde başlığı '*Sorumluluk ve Sorumsuzluk Hali*' olan Anayasa m.105'e bakılması gerekmektedir. Anayasa m.105'in değişmeden önceki hali şu şekildeydi: "(1) Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili Bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur. (2) Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz. (3) Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır." 105. maddenin değişiklikten önceki haline göre cumhurbaşkanının yalnızca vatana ihanetten sorumlu tutulabilmekte, göreviyle ilgili işlediği vatana ihanet boyutuna ulaşmayan suçlardan dolayı sorumlu tutulamamaktaydı. Ancak belirtmek gerekir ki cumhurbaşkanının herhangi bir görevini yerine getirirken işlediği herhangi bir fiili vatana ihanet suçu kapsamında değerlendirilemeyecek, yalnızca belirli bir ağırlığa sahip olan fiilleri vatana ihanet kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira maddenin değişiklikten önceki haline göre, kural, cumhurbaşkanının sorumsuzluğu; istisna, cumhurbaşkanının vatana ihanetten sorumluluğudur. Buna rağmen; sanki tam tersi bir durum varmış ve Anayasa m.105 değişmeden öncesinde cumhurbaşkanı görevi esnasında yaptığı bütün fiilleri için vatana ihanet suçuyla yargılanıyormuş gibi, milletvekillerinin de yasama görevlerini yerine getirirken çıkarttıkları her bir kanun için anayasayı ihlal suçundan sorumlu tutulmaları gerektiğinin ifade edilmesi hakkaniyete aykırı görünmektedir.

yargılanabilecek olup; bu yargılamanın yapılabilmesi de Anayasa m.105'teki zorlaştırmacı şartların sağlanmasına bağlı kılınmıştır. Buna rağmen yasama fonksiyonunda yalnızca 1/600 oranında etkiye sahip milletvekillerinin, çıkardıkları her bir kanun için, sıradan bir görev suçundan çok daha ağır olan anayasayı ihlal suçundan yargılanmaları hakkaniyete aykırılık oluşturacaktır.

Ayrıca Anayasa m.83'te yasama sorumsuzluğunun anayasaya açıkça aykırı kanun çıkarılması halinde geçerli olmayacağına dair bir istisna olmadığı gibi, anayasaya aykırılık halinde yapılması gerekenler Anayasa m.146 vd. hükümlerinde öngörülmüştür. Bu hükümlerde Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırılıkları gidermekle görevli olduğunun belirtilmesine karşılık, anayasaya aykırı kanun çıkartan milletvekillerinin bu konudan sorumlu olacaklarına ya da Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanacaklarına dair herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. 1982 Anayasası oluşturulurken hem 765 sayılı TCK m.146 düzenlemesi hem de Anayasa Mahkemesi bulunmaktaydı. Yani hem anayasayı ihlal suçu düzenlemesinin hem de anayasaya aykırılık kurumunun varlığı kanun koyucu tarafından bilinmekteydi. Ayrıca 1982 Anayasası'nın ilk halinde, 105. maddede cumhurbaşkanının vatana ihanet suçlamasıyla anayasayı ihlal suçundan sorumlu olacağı düzenlemesi de yapılmıştı. Tüm bunlara rağmen, yasama sorumsuzluğu ve anayasaya aykırılık düzenlemeleri yapılırken, milletvekillerinin anayasaya açıkça aykırı bir kanun çıkarması durumunun anayasayı ihlal suçu kapsamına sokulmaması; ortada sehven bırakılan bir hukuk boşluğunun değil, kasıtlı bir susmanın olduğunu gösterir.

Herşeye rağmen yasama sorumsuzluğunun işlemediğinin kabul edilmesi durumunda dahi, milletvekilleri yine de anayasayı ihlal suçundan sorumlu tutulamayacak; en fazla TCK m.257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabileceklerdir¹³⁹. Ancak milletvekillerinin anayasaya aykırı kanun yapmaktan dolayı cezai anlamda sorumlu olacağı kabul edilirse, anayasaya aykırılığı tespit edilen her kanun için milletvekillerinin anayasaya aykırılığı bilip bilmediklerinin geriye dönük olarak araştırılarak cezalandırılmaları gerekecektir¹⁴⁰. Milletvekillerinin hangi suçtan cezalandırılacakları kabul edilirse edilsin, yukarıda da ifade edildiği üzere

¹³⁹ DİNLER, s. 1565

¹⁴⁰ KARCILIOĞLU, s. 65

milletvekillerinin kastının varlığının tespiti mümkün değildir. Zira kastın belirlenmesi, kişinin olay öncesinde, olay sırasında ve olay sonrasındaki fiillerine bakılarak yapılabilecek olup¹⁴¹; milletvekillerinin anayasaya aykırılığı bilmeleri neticesinde de bilmemeleri neticesinde de ortaya çıkan fiiller aynı olacaktır.

Ancak kastın varlığının tespit edilebildiği durumda dahi, milletvekillerinin toplu olarak cezalandırılmaları yasama fonksiyonu işlemez hale getirecektir. Bir kanunun kabulü için gerekli olan asgari karar yeter sayısı, Anayasa m.96'ya göre üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasıdır. Anayasaya aykırı bir kanunu çıkartmanın suç kabul edildiğini ve anayasaya aykırı bir kanunun asgari sayıda milletvekili tarafından kabul edildiğini varsayalım. Bu durumda ceza soruşturma veya kovuşturması yapılabilmesi için bu milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması gerekecektir. Ancak aynı durumun kendi başlarına da kolaylıkla gelebileceğini düşünecek diğer milletvekillerinin, anayasaya aykırı kanunu kabul eden milletvekillerinin yasama dokunulmazlığını kaldırmaya razı olmayacağı düşünüldüğünde, fiili bir imkansızlıkla karşılaşılacaktır. Tüm bunlara rağmen bu milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının diğer milletvekillerince kaldırıldığını da varsayarsak; bu milletvekilleri hakkında mahkumiyet içeren bir kesin hüküm de verilmesi halinde, Anayasa m.84/2'ye göre tüm bu milletvekillerinin TBMM üyelikleri düşecektir. Bu durumda boşalan üyeliklerin Anayasa m.78'e göre TBMM üye sayısının yüzde beşinden fazla olduğu ve ara seçimi gerektirdiği halde, anayasayı aykırılığı tespit edilen her kanun için bu döngünün tekrarlanacak olmasının yasama fonksiyonunu işlemez hale getireceği aşıkardır.

Sonuç olarak anayasaya aykırı kanun çıkarmak TCK m.309'da düzenlenen anayasayı ihlal suçunun kapsamına giremeyeceği gibi, herhangi bir kanunda düzenlenen herhangi bir suçun kapsamına da giremez. Aksi halde bizzat bu suç düzenlemesi anayasaya aykırı olacaktır.

¹⁴¹ **GERÇEKER, Hasan,** Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 2022, 6. Baskı, s. 281

2.5.2. Anayasaya Aykırı Mahkeme Kararı

Anayasa hükümlerine aykırı olacak şekilde verilen mahkeme kararı, ceza mahkemeleri tarafından verilmişse, bu durum 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.288/2'ye göre hukuka aykırılık teşkil edeceğinden, CMK m.267 vd. hükümlerinde gösterilen olağan kanun yollarına başvurularak ya da ilk derece mahkemesinin kanun yoluna tabi olmayan kararları için Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından CMK m.209-210'da düzenlenen olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozmaya başvurulmasıyla anayasaya aykırılık giderilir.

Aynı şekilde hukuk mahkemeleri tarafından anayasaya aykırı bir karar verilmesi halinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.341 vd. hükümlerine göre kanun yollarına başvurulması suretiyle ya da idari yargı görev alanı içerisine giren davalarda görevli mahkemeler tarafından verilen kararlar hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.45 vd. hükümlerine göre kanun yollarına başvurulması suretiyle anayasaya aykırılık giderilir. Tüm bu yollarla anayasaya aykırılığın giderilememesi halinde, anayasaya aykırılık bireylerin hem anayasayla hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış bir temel hak veya özgürlüğünün ihlalini içeriyorsa, hakkı ihlal edilen kişi Anayasa m.148/3'e göre Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yaparak bu aykırılığın giderilmesini isteyebilir. Bu durumda 6216 sayılı Kanun m.50/2'ye göre Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapılmasına veya başvuru lehine tazminata hükmedebilir.

Ancak mahkeme kararının anayasaya aykırılığının giderilmesine dair bu yolların işletilmesinin neticesinde, ilgili kanunların hiçbirinde kararı veren hakimin cezai bir sorumluluğunun doğacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴². Bununla birlikte milletvekillerinin yasama sorumsuzluğunda olduğu gibi, anayasaya aykırı kararı veren hakimin cezai sorumluluğuna gidilemeyeceğine dair anayasada açık bir yasaklama da bulunmamaktadır.

¹⁴² “Devletin Sorumluluğu ve Rücu” başlıklı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.46/1-c'ye göre “Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması” halinde hakimlerin yargılama faaliyeti sebebiyle devlet aleyhine tazminat davası açılabilir olup, maddenin 3. fıkrasında ise, Devlet'in ödediği tazminatı sorumlu hakime rücu edebileceği yer almaktadır. Ancak bu durum hakimin hukuki sorumluluğu ile ilgili olup, konumuz olan hakimin cezai sorumluluğu ile ilgili değildir.

Ancak tüm bunlara rağmen hakimın, görevi sebebiyle işlediği kasıtlı bir suç olmaksızın, sırf bu nedenle cezalandırılması, Anayasa m.138/1 “*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*” şeklindeki mahkemelerin bağımsızlığı hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Zira kasıt olmaksızın anayasaya aykırı karar vermeleri halinde cezalandırılma tehdidi altında girecek olmaları, hakimlerin vicdani kanaatlerinin düzgün oluşmasını engelleyecektir.

Aynı şekilde bu cezalandırma Anayasa m.139 “(1) *Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. (2) Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.*” şeklindeki hakimlik ve savcılık teminatı hükümlerine de aykırılık teşkil eder.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun meslekten çıkarma disiplin cezasının düzenlendiği 69. maddesinin “(1) *Meslekten çıkarma: Bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir. (2) ... taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir.*” Şeklindeki hükmünde ve 69. maddenin atıf yaptığı 8. maddenin (h) bendinde, anayasaya aykırı karar vermek meslekten çıkarma disiplin cezasını gerektirecek bir suç olarak düzenlenmemektedir. Aksinin kabul edilerek, anayasaya aykırı karar vermenin suç olarak düzenlenmesi halinde; hakimlerin kararlarının anayasaya aykırı olması ihtimali, verecekleri her kararda meslekten çıkarma disiplin cezası ile karşı karşıya kalmaları ihtimalini doğuracaktır. Bu durum ise hakimlerin azledilememesi teminatı ile çelişecektir.

Hakimlerin kasten anayasaya aykırı karar vermeleri halinde ise, yukarıda bahsedildiği üzere TCK m.257’deki görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır¹⁴³. Sonuç olarak kasıt olmaksızın anayasaya aykırı bir karar vermek de TCK m.309’da düzenlenen anayasayı ihlal suçunun kapsamına girmemekle birlikte, herhangi bir kanunda düzenlenen

¹⁴³ DİNLER, s. 1565

herhangi bir suçun kapsamına da giremez. Aksi halde yine bizzat bu suç düzenlemesi anayasaya aykırı olacaktır.

2.5.3. Anayasaya Aykırı İnsan Fiili

Üçüncü ihtimal olan, anayasayı ihlalin gerçek kişilerin fiiliyle gerçekleşmesi hakkında öncelikle belirtmek gerekir ki, anayasadaki temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerin dışında kalan diğer birçok hükmün gerçek kişiler tarafından ihlali kural olarak mümkün değildir. Zira bu hükümler devletin yapısını ve işleyişini düzenlediği için yalnızca devlet organlarınca ihlal edilebilir¹⁴⁴. Anayasayla güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal eden gerçek kişilerin fiilleri ise TCK m.309’da belirtilen anayasayı ihlal suçunu oluşturmaz. Anayasayı ihlal suçunun koruduğu değer, tek tek anayasanın hükümleri olmamakla birlikte, Türk Ceza Kanunu’nda temel hak ve özgürlükleri doğrudan konu edinen ceza normları da bulunmaktadır. Örneğin Anayasa m.17 ile güvence altına alınan yaşam hakkı, TCK m.81’de düzenlenen kasten öldürme suçunun¹⁴⁵; Anayasa m.19 ile güvence altına alınan kişi hürriyeti, TCK m.109’da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun¹⁴⁶; Anayasa m.21 ile güvence altına alınan konut dokunulmazlığı hakkı, TCK m.116’da düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçunun¹⁴⁷ konusunu oluşturmaktadır. Benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür. Zira Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının ikinci kısmı olan kişilere karşı suçlar kısmıyla, kişilerin anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler korunmaya çalışılmıştır¹⁴⁸.

Doğrudan temel hak veya özgürlüğü konu edinen suç düzenlemesi varken, temel hak veya özgürlüğün anayasa ile güvence altına alınmasından yola çıkılarak, dolaylı bir bağlantı kurulup, anayasanın ihlal edildiği gerekçesiyle temel hak veya özgürlüğü ihlal eden bir fiil TCK m.309 kapsamına sokulamaz. Nitekim böyle bir bağlantı kurulup bir fiilin aynı anda iki suç oluşturduğu varsayımında dahi TCK m.309 hükmü

¹⁴⁴ DİNLER, s. 1555

¹⁴⁵ GERÇEKER, s. 813

¹⁴⁶ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, 2015, 8. Baskı, s. 86 (Ceza Özel)

¹⁴⁷ TOROSLU, Ceza Özel, s. 98

¹⁴⁸ “"Kişilere Karşı Suçlar" başlığını taşıyan Birinci Kısım, ihlâl edilen insan haklarının niteliğini göz önünde bulundurmak suretiyle on bölüme ayrılmıştır.” Türk Ceza Kanunu Genel Gerekçesi, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-ceza-kanunu-genel-gerekce/1>, E.T.: 04.08.2022

uygulanamaz. Bu konuda akla ilk gelen TCK m.44'teki fikri içtima hükmünün uygulanması ve daha ağır cezayı gerektiren TCK m.309 hükmünden cezalandırma yapılmasıyken; TCK m.309/2'de fikri içtima hükmünün uygulanmasını engelleyecek şekilde, gerçek içtima hükmü düzenlenmiştir. Ancak tek fiille birden fazla hukuki değer ihlal edilmediği, yalnızca temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği ve bu temel hak ve özgürlüğün anayasada düzenlenmesi sebebiyle dolaylı yoldan anayasayı ihlal suçunun oluştuğunun varsayıldığı bu durumda; özel kuralın önceliği ilkesi gereğince yine doğrudan temel hak veya özgürlüğü konu edinen suç esas alınacak, herhangi bir içtima kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁴⁹. Nitekim yalnızca tek bir temel hak veya özgürlüğü konu edinen ayrıntılı bir suç düzenlemesinin, anayasadaki her bir kuralı koruduğu varsayılan TCK m.309'a göre daha özel bir hüküm olacağı aşikardır.

Anayasada korunan temel hak ve özgürlükleri ihlal eden fiillerin, TCK'daki ilgili suç tipinin kapsamına girecek yoğunlukta olmaması halinde de TCK m.309 hükmü uygulanamaz. Aksinin kabulü ağır fiilin daha hafif bir suçun cezasıyla, hafif fiilin ise daha ağır bir suçun cezasıyla cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Örneğin meşru müdafaa ile kasten yaralama suçu işlendiğinde, failin özel hüküm olan TCK m.86'dan cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda özel hüküm uygulanmadığı için genel hükmün uygulanacağı düşüncesiyle hareket edilirse, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkını koruma altına alan Anayasa m.17'nin kasten ihlal edilmesi sebebiyle daha ağır olan TCK m.309 uygulanacak; cezayı kaldırması gereken hukuka uygunluk sebebi, cezanın artmasına sebebiyet verecek ve açıkça hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktır. Sonuç olarak, bireylerin anayasayı ihlal edip suç oluşturmayan yoğunluktaki fiilleri cezalandırılmayacak olup; en fazla ahlaka aykırı, etik dışı kabul edilebilecektir¹⁵⁰.

2.6. Sorun

Buraya kadar yapılan açıklamalar neticesinde TCK m.309'daki anayasayı ihlal suçunun, anayasaya aykırı olan bir kanun çıkartılmasıyla veya mahkeme tarafından anayasa hükümlerine aykırı olarak verilen bir kararla ya da bireylerin herhangi bir temel hak veya özgürlüğü koruyan hükmü ihlal eden fiilleri neticesinde ortaya çıkmayacağı

¹⁴⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 591

¹⁵⁰ DİNLER, s. 1555

belirlenmiştir. Bunun neticesinde ise, madde başlığı ile suç kapsamının örtüşmediği net olarak görülmektedir. Öğretide bu uyumsuzluğun giderilmesi için madde başlığının “*Cebir ve Şiddet Yoluyla Anayasal Düzeni Değiştirmeye Teşebbüs Suçu*”¹⁵¹, “*Devletin Anayasal Düzenini Cebren Değiştirmeye Kalkışma Suçu*”¹⁵² veya “*Anayasal Düzeni İhlale Kalkışma Suçu*”¹⁵³ olması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında da 765 sayılı TCK m.146’nın ismi “*Anayasal Düzeni Zorla Değiştirmeye Kalkışma Suçu*”¹⁵⁴ veya “*Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs Etme Suçu*”¹⁵⁵ olarak geçmektedir¹⁵⁶. Nitekim Yargıtay’ın özellikle son zamanlarda verdiği kararlarında da TCK m.309’un ismi “*Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs Etme Suçu*” olarak geçmektedir¹⁵⁷.

¹⁵¹ DİNLER, s. 1567

¹⁵² HAFIZOĞULLARI, s. 486; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 367

¹⁵³ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1691

¹⁵⁴ Bkz. Y16CD, T. 01.06.2021, E. 2020/4859, K. 3537; Y16CD, T. 21.06.2017, E. 2016/5921, K. 2017/4793; YCGK, T. 19.11.2002, E. 2002/266, K. 2002/394; YCGK, T. 23.11.1999, E. 1999/274, K. 1999/284; Y9CD, T. 30.09.1996, E. 1996/688, K. 1996/4716

¹⁵⁵ Bkz. Y9CD, T. 21.06.2013, E. 2013/4452, K. 2013/9710; Y9CD, T. 02.07.2014, E. 2014/4295, K. 2014/7644; Y16CD, T. 11.05.2017, E. 2016/7160, K. 2017/3960

¹⁵⁶ 765 sayılı TCK döneminde öğretide m.146’yı adlandırma konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK m.146’nın ismini ‘Anayasa Nizamını Bozma’ olarak adlandırma için bkz. **GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat**, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt 2 (Madde 125-281), Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı, s. 167 vd. 765 sayılı TCK m.146’nın ismini ‘Anayasayı İhlal Suçu’ olarak adlandırma için bkz. **ÇAĞLAYAN**, s.233 vd.; **EREM, Faruk/ TOROSLU, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, 2003, 9. Baskı, s. 63 vd.; **ÖZEK, Çetin**, Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri - İcra Hareketi, Yargıtay Dergisi, Y. 1990, C. 16, S. 1-2, s. 98 vd. (Anayasayı İhlal); **SOYASLAN, Doğan**, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması T.C.K.’nın 146. Maddesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1993, C. 10, s. 67 vd. (Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması); **TOROSLU, Nevzat**, Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1985, S. 4, s. 591 vd. (Anayasayı İhlal Suçu)

¹⁵⁷ Bkz. Y3CD, T. 07.12.2021, E. 2021/3160, K. 2021/10579; Y3CD, T. 01.11.2021, E. 2021/7637, K. 2021/9805; Y3CD, T. 13.10.2021, E. 2021/5388, K. 2021/9493; Y16CD, T. 30.06.2021, E. 2020/6315, K. 2021/4423; Y16CD, T. 28.06.2021, E. 2020/2391, K. 2021/4357; Y16CD, T. 15.06.2021, E. 2020/5394, K. 2021/4218; Y16CD, T. 14.06.2021, E. 2020/4995, K. 2021/3916; Y16CD, T. 10.06.2021, E. 2019/11917, K. 2021/3907; Y16CD, T. 25.05.2021, E.2019//5528, K. 2021/4156; Y16CD, T. 18.05.2021, E. 8187, K. 2021/3118

3. ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE KANUNİ DÜZENLEMELER

3.1. Suçun Tarihsel Gelişimi

Bu bölümde anayasayı ihlal suçunun tarihimizdeki yerine ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan önceki düzenlemelere değinilecektir. Bu doğrultuda öncelikle Osmanlı Devleti'nde bağy suçu ve bu suçun cezası olan siyaseten katl cezasına değinilecektir. Sonrasında ise, 1858 (1274) Ceza Kanunname-i Hümayunu'ndaki anayasayı ihlal suçu düzenlemeleri incelenecektir.

3.1.1. Bağy Suçu ve Siyaseten Katl Cezası

Osmanlı ceza hukukunun, İslam ceza hukukunun bir uygulamasıdır¹⁵⁸. Bu sebeple, Osmanlı Devleti'nde anayasayı ihlal suçunun karşılığını İslam ceza hukukundaki *'Müslüman bir topluluğun kuvvet kullanarak devlet başkanına karşı onu devirmek amacıyla başkaldırması, isyan'*¹⁵⁹ anlamına gelen bağy suçu oluşturmaktadır. Bağy suçuyla korunan hukuki yarar siyasi iktidar düzeni ve hükümet olup, suçun mağduru da devlet başkanıdır¹⁶⁰.

Bu hususta öncelikle belirtmek gerekir ki, suçun hukuki konusuna bakılarak günümüzle karşılaştırıldığında bu suçun 5237 sayılı TCK m.309'da düzenlenen anayasayı ihlal suçundan ziyade 312. maddedeki hükümete karşı suça benzediği yanılgısını oluşabilir. Zira TCK m.312'deki hükümete karşı suç düzenlemesi ile korunan hukuki yarar da siyasi iktidar düzenidir¹⁶¹. Ancak Tanzimat'tan önce Osmanlı Devleti'nde kuvvetler ayrılığı bulunmadığı ve devlet düzeninin iktidarın tek sahibi olan padişaha bağlı olduğu düşünüldüğünde; devlet başkanına karşı isyan edilmesi halinde yalnızca yürütme değil, tüm devlet düzeninin yani anayasal düzenin etkileneceği fark edilecektir. Nitekim 1810 Fransız Ceza Kanunu m.87'de de doğrudan anayasal düzenin ihlalini cezalandırmaya

¹⁵⁸ AKMAN, Mehmet, Önceki Hukukumuzda İsyan Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1995, C. 9, S. 1-3, s. 203; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 98

¹⁵⁹ AKMAN, s. 205

¹⁶⁰ AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku 2 Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2018, 3. Baskı, s. 483,491

¹⁶¹ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, 2021, 6. Baskı, s. 1540

yönelik bir ifade bulunmamakla birlikte, 1810 Fransız Ceza Kanunu döneminde öğretide ve mahkeme kararlarında 87. maddedeki 'hükümet şekli' kavramı ile anayasal düzenin korunmaya çalışıldığı konusunda fikir birliği olduğu görülmektedir¹⁶². Yine aynı doğrultuda kralın hakimiyetinin ve yetkilerini kullanmasının engellenmesinin zaten anayasal düzene aykırı bir durum olduğu gerekçesiyle, 1889 İtalyan Ceza Kanunu m.118'de hem krallık düzeninin hem de anayasanın korunmasına dair ifadelerin birlikte kullanılmasının gereksiz olduğu belirtilmiştir¹⁶³.

Bağy suçunun beş unsuru vardır; meşru usullerle başa geçen ve adil bir devlet başkanının var olması¹⁶⁴, faillerin kendilerince haklı gördükleri bir sebeplerinin (te'vil) olması, faillerin isyanı neticeye ulaştırabilecek sayıda ve güçte (menea sahibi) olmaları, suçun kuvvet kullanma yoluyla fiilen işlenmeye başlanmış olması ve isyan kastının bulunmasıdır¹⁶⁵.

Bağy suçunun ilk unsuru olan meşru yollarla başa geçmiş, adil bir devlet başkanının olmaması halinde, yani adil olmayan veya meşru olmayan şekillerle başa geçmiş bir devlet başkanına karşı isyan edilmesi halinde suç oluşmamakta; aksine bu devlet başkanına karşı girişilen hareket kurtuluş savaşı niteliğinde olmakta, bu isyana halkın da katılması gerekmekte ve hatta bu devlet başkanın değiştirilmesi halk için bir yükümlülüğe dönüşmektedir¹⁶⁶. Devlet başkanının meşru olarak başa geçmesi üç şekilde olabilir: bir heyet tarafından seçilme, önceki devlet başkanının kendisinden sonra gelecek kişiyi belirlemesi ve zorla başa geçme¹⁶⁷. Zorla başa geçen kişinin adil olmayan, zorba bir devlet başkanının yerine geçmesi halinde meşru olacağı konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Ancak önceki devlet başkanının adil ve meşru olması halinde zorla başa geçen kişinin de bağy suçu işleyerek başa geçmiş olacağı için,

¹⁶² ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 65

¹⁶³ ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 67; SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 66

¹⁶⁴ Bu unsuru ön şart olarak nitelendirme için bkz. AVCI, s. 483. Ön şartları suçun unsurlarından ayıran özelliği, failin ön şartın gerçekleşmesine yönelik bir iradesinin olmaması ve fiilden önce var olması gereken koşul olmasıdır. Ancak bu farka rağmen ön şartın bulunmamasının suçun oluşumunu engellemesi, ön şartların da suçun unsurlarından bir olduğunun kabulünü gerektirir. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.458. Bu sebeple meşru usullerle başa geçen ve adil bir devlet başkanının var olması, suçun unsurlarından biri olarak kabul edilmiştir.

¹⁶⁵ AKMAN, s. 209

¹⁶⁶ AVCI, s. 484; AYDIN, s. 56; BAYRAKTAR, Köksal, Siyasal Suç, İstanbul, 1982, s. 18; SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 62

¹⁶⁷ AKMAN, s. 209

cezalandırılması gerektiği halde meşruiyet kazandığının kabulü akla uygun gelmemektedir¹⁶⁸. Bu durumda imkan varsa zorla başa geçen kişiye itaat edilmemesi gerektiği, yalnızca zorunluluk halinde ve kamu yararının gerektirdiği ölçüde itaat edilmesi gerektiği yönünde görüş¹⁶⁹ olduğu gibi; zorla başa geçen devlet başkanının bir süre sonra halka kendini kabul ettirmesi halinde meşru devlet başkanı sayılacağını ifade eden görüşler¹⁷⁰ de bulunmaktadır. İkinci kısma giren görüşlerle, günümüz öğretisindeki 5237 sayılı TCK m.309'daki anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilmesi halinde cezalandırma yapılamayacağına dair görüşlerin benzerliği dikkat çekmektedir. Bu görüşlere katılmak mümkün olmamakla birlikte, bu konudaki açıklama daha sonra¹⁷¹ yapılacağı için bu bölümde daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

Bağy suçunun işlenebilmesi için faillerin kendilerince haklı gördükleri bir sebeplerinin olması gerekmektedir. Suçun oluşması için bu sebebin gerçekte var olmaması ya da var olup faillerce yanlış yorumlanması ve neticede faillerin kendilerini haklı olarak görmeleri gerekir¹⁷². Bu unsurun yokluğu halinde fiil yol kesme (hırabe) suçunu¹⁷³ oluşturur¹⁷⁴. Ancak bu sebebin gerçek olması ve faillerin haklı bir sebebe dayanıyor olmaları halinde; hukuka uygunluk sebebi bulunup, fiil herhangi bir suç oluşturmaz¹⁷⁵.

Bağy suçunun bir diğer unsuru, faillerin suçu tamamlamak için yeterli sayıda ve kuvvette olmalarıdır. Failler yalnızca kendilerine karşı kuvvet kullanılarak durdurulabilecek güçte olmalıdırlar¹⁷⁶. Failler aynı zamanda örgütsel bir faaliyet çerçevesinde hareket etmelidirler¹⁷⁷. Tek kişiyle veya kuvveti, topluluğu ya da koruyucusu olmayan bir grupla bu suçun işlenmesi mümkün değildir¹⁷⁸. Bir kişinin tek

¹⁶⁸ AKMAN, s. 210; AYDIN, s. 57

¹⁶⁹ Bu görüş için bkz. AKMAN, s. 211

¹⁷⁰ Bu görüşler için bkz. AKMAN, s. 210; AVCI, s. 483, dipnot 327; AYDIN, s.57, dipnot 38.

¹⁷¹ Bkz. Bölüm 6.5.1

¹⁷² AKMAN, s. 212; AVCI, s. 491; AYDIN, s.59

¹⁷³ Hırabe suçu, silâhla yahut başka bir şekilde zor kullanarak yol kesip veya baskın yapıp mala ve cana tecavüz, kamu düzenini ve asayişi ihlâl etmektir. BARDAKOĞLU, Ali, "Eşkîya", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/eskiya#1>, E.T.: 01.08.2022

¹⁷⁴ AKMAN, s. 212; AVCI, s. 481; AYDIN, s. 59

¹⁷⁵ AVCI, s. 492

¹⁷⁶ AYDIN, s. 61

¹⁷⁷ AVCI, s. 488

¹⁷⁸ AKMAN, s. 214; AVCI, s. 487

başına devlet başkanını öldürmesi veya birden çok kişinin birlikte suç işleme iradesi olmaksızın bireysel hareketleri neticesinde devlet başkanını öldürmeleri halinde dahi bu suç oluşmayıp, her kişiye işledikleri suçtan ayrı ayrı ceza verilir¹⁷⁹. Bu durumda diğer unsurların varlığı halinde, işlenen fiiller fikir suçu veya yol kesme suçu kapsamında değerlendirilebilir¹⁸⁰.

Bağy suçu işlemek için faillerin kuvvet kullanmaları gereklidir. Faillerin kuvvet kullanmadan, yalnızca devlet başkanına itaat etmemeleri ya da bağy suçunun hazırlığı kapsamında bir yerde toplanmaları bu suç kapsamında değerlendirilmez¹⁸¹. Kuvvet kullanma olmadan devlet başkanını eleştirmek ya da meşru usullerle devlet başkanını değiştirmeye çalışmak, kişilerin siyasi muhalefet hakkı içinde olup, yine bağy suçu kapsamına girmemektedir¹⁸².

Bağy suçunun son unsuru olan isyan kastı, faillerin siyasi saikle yani özel kastla hareket etmeleri olup; kast devlet başkanını değiştirmeye yönelik olmalıdır¹⁸³. Bağy suçunun genel kastla işlenmesi mümkün değildir.

Tanzimat dönemine kadar kanunnamelerde bağy suçunu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır¹⁸⁴. Ancak Osmanlı Devleti'nde padişahın hayatına kast, padişahı tahttan indirerek başka bir şehzadeyi tahta geçirmeye çalışmak, meşru otoriteye ve devlete karşı isyan etmek bağy suçu sayılmış ve siyaseten katl¹⁸⁵ cezası verilmiştir¹⁸⁶. Osmanlı Devleti'nin ilk zamanlarında suç kesinleşmeden infaz edilmeyen siyaseten katl cezası, sonralara doğru padişahın en küçük şüphesiyle doğrudan infaz edilmeye başlanmıştır¹⁸⁷. Zira bir kişinin isyancı sayılmasına padişah karar vermektedir¹⁸⁸.

¹⁷⁹ **AVCI**, s. 487; **AYDIN**, s. 61; **BAYRAKTAR**, s. 17

¹⁸⁰ **AKMAN**, s. 215; **AVCI**, s. 488

¹⁸¹ **AKMAN**, s. 215-216

¹⁸² **AVCI**, s. 493. Yazarın aksi yönde, devlete karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişilerin toplu olarak hareket etmesini ihmalî davranışla bağy suçu işlemek olarak nitelendirmesi için bkz. **AVCI**, s. 486

¹⁸³ **AKMAN**, s. 216; **AVCI**, s. 491; **AYDIN**, s. 62

¹⁸⁴ **AKMAN**, s. 220

¹⁸⁵ Siyaseten katl cezası, hükümdarın ülke idaresi ve politika zaruretleri ile verdiği ölüm cezasıdır. **MUMCU**, **Ahmet**, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Phoenix Yayınları, 2017, 4. Baskı, s. XX

¹⁸⁶ **AVCI**, s. 486; **MUMCU**, s. 76-78. Siyaseten katl cezasını gerektiren diğer suçlar için bkz. **MUMCU**, s. 74-88

¹⁸⁷ **MUMCU**, s. 77

Padişahın bu kararı verirken herhangi kanuni bir sınırlamaya tabi olmadığı ve suçun padişaha karşı işlenip, padişahın aynı zamanda suçun mağduru olduğu da düşünülürse; ortada henüz başlamış bir isyan bulunmasa dahi, daha önceki padişahlara veya kendisine karşı yapılmış isyanları düşünen bir padişahın gözünde isyan şüphesi, gerçekleşmesi muhakkak olan bir isyan şekline bürünecektir. Neticede duygusuz ve tarafsız bir şekilde yargılama yapması mümkün olmayan padişahın, otoritesini korumak ve isyan gerçekleşmeden tehlikeyi bertaraf etmek için yargılama yapmaması ve hatta savunmaya geçerek sahip olduğu sınırlandırılmamış yetkinin de verdiği kolaylıkla, doğrudan siyaseten katl cezası vermesi kaçınılmazdır.

Ancak gerekli araştırma ve yargılama yapılmadan infazın gerçekleştirilmesi sonrasında suçsuz olduğu anlaşılan kişiler de olmuştur¹⁸⁹. Bu sebeple kişilerin can güvenliğinin sağlanması için Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra çıkartılan 1840 (1256) Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun Evvelki Fasl 1. maddesinde¹⁹⁰ ölüm cezası verilebilecek suçlar kesin olarak belirlenmiştir¹⁹¹. Maddede sayılan suçlar: padişaha ihanet, devlet aleyhine isyan¹⁹² ve insan öldürmedir¹⁹³. Bu kanun ile padişah, vezir-i azam ve diğer

¹⁸⁸ MUMCU, s. 78

¹⁸⁹ MUMCU, s. 78

¹⁹⁰ “*Bilâ istisna tebea-i Devlet-i Aliyyeden olanların (Osmanlı Devleti vatandaşlarının) metbû-u şer’îsi (hukûkî lideri) olan Padişahına ihanet ve Devlet-i Aliyye aleyhine ikâz-ı fitneye (fitne uyandırmaya) cesaret ve katl-i nefse (adam öldürmeye) cür’et misillü bir hareket-i sarîhası (açık bir hareketi) vuku bulup da şer’an ve kanunen ve alenen ve tahkikat-ı lâzime ve tetkikat-ı muktaziye (gerekli soruşturma ve incelemeler) ile kirâren ve mirâren (defalarca) davası görölerek bila garaz cünhası ba’des-sübût hüküm terettüp etmeksizin (tarafsız bir şekilde suçu sübut bulup da mahkemece karara bağlanmaksızın) hafî ve celî (gizli ve açık) ve katîlen ve tesmîmen (öldürülerek ve zehirlenerek) ve gerek her türlü suver-i mümkün ile hiç kimsenin canına kasdolunmamasına, taraf-ı eşref-i Hazret-i Şahânedan (Padişah tarafından) ahdü mîsak buyurulmuş olduğundan (söz verildiğinden), Devlet-i Aliyye memurlarından ve alel-ıtlak sair eşhastan hiç kimse diğer birisinin canına kasdedemeyeceğine binaen; faraza vüzerâdan (vezirlerden) birisi tarafından bir çobanın bile canına kasd vukuunda ol vezirin hakkında dahi kısas-ı şer’î icra oluna.*” AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s. 811. (Parantez içlerindeki açıklamalar madde metnine ait olmayıp yazara aittir.)

¹⁹¹ MUMCU, s. 157

¹⁹² Devlet aleyhine isyan, 1840 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun İkinci Fasl 1. ve 2. maddelerinde sözlü fesat ve fiili fesat olarak ikiye ayrılmış, ölüm cezası gerektiren yalnızca fiili fesat olarak belirlenmiştir. Sözlü fesat kişileri isyana teşvik olup, 1-5 sene kürek cezası öngörülmüş; fiili fesat ise isyan etmek, isyancılara yardım etmek veya isyancılara silah veya barut temin etmek olup, ölüm cezası bu fiiller için öngörülmüştür. Ancak fiili fesat halinde dahi padişahın affetmesi halinde ceza müebbet kürek cezasına çevrilmektedir. AKMAN, s. 221; AVCI, s. 501; MUMCU, s. 158. Madde metinleri için bkz. AKGÜNDÜZ, s. 812

vezirler de dahil olmak üzere hiçbir memurun hiçbir sebeple kişileri siyaseten katl edemeyeceği, ölüm cezası veremeyeceği kuralı getirilmiştir. Kanuna göre ölüm cezasının verilebilmesi de mahkeme kararı ile yapılabilecek olup, padişahın yalnızca bu kararı onaylama yetkisi¹⁹⁴ bulunmaktadır¹⁹⁵.

Tanzimattan sonraki ikinci kanun olan 1851 (1267) Kanun-u Cedid ile bir değişiklik getirilmemiş olup, 1840 Ceza Kanunname-i Hümayunu'ndaki hükümler aynen tekrarlanmıştır¹⁹⁶. Tanzimattan sonraki üçüncü ceza kanunu 1858 (1274) Ceza Kanunname-i Hümayunu olup, ilk iki kanuna göre bağy suçu ile ilgili daha ayrıntılı düzenleme yapılmıştır¹⁹⁷.

3.1.2. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 55-58,66. maddelerinde anayasayı ihlal suçu ve anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketi mahiyetindeki suçlar düzenlenmiştir. Bu madde düzenlemeleri de dahil olmak üzere, 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu, büyük oranda 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiştir¹⁹⁸. 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun ilk kabul edildiği ve 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'na mehzaz teşkil eden şeklinde, 86-91. maddeleriyle 97, 98 ve 102. maddelerinde anayasal düzene karşı işlenen suçlarla ilgili düzenlemeler yer almıştır¹⁹⁹. Fransa'da imparatorluğun 1870 yılında yıkılmasıyla 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 86 ve 87. maddelerindeki imparatoru, imparatorun ailesini ve tahta geçme sistemini koruyan hükümlerin

¹⁹³ **AVCI**, s. 501; **MUMCU**, s. 157

¹⁹⁴ Kesinleşen mahkeme kararlarının icrası için padişaha arz edilmesi gerektiği 1840 Ceza Kanunname-i Hümayunu Evvelki Fasil 3. ve 4. maddelerde düzenlenmektedir. Bkz. **AKGÜNDÜZ**, s. 811

¹⁹⁵ **MUMCU**, s. 158

¹⁹⁶ **AVCI**, s. 502; **MUMCU**, s. 160

¹⁹⁷ **AKMAN**, s. 221

¹⁹⁸ **AKMAN**, s. 221; **YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa**, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Md. 252-345, Adalet Yayınevi, 2014, 2. Baskı, s. 8800

¹⁹⁹ İlgili maddelerin ve 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun kabul edildiği ilk halinin İngilizce çevirileri için bkz. **HOLMBERG, Tom**, France: Penal Code of 1810, https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3a.html, E.T.: 08.08.2022

geçerliliği kalmamıştır²⁰⁰. Bu sebeple 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun bu maddeleri değişikliğe uğramış olup, 86. madde en son 1960'ta değiştirilerek anayasal düzen (*régime constitutionnel*) aleyhine olan fiillerin cezalandırılması maddeye eklenmiştir²⁰¹.

1810 Fransız Ceza Kanunu'nda anayasayı ihlal suçuna karşılık gelen maddeler ise, 86 ve 87. maddelerdir. 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 86. Maddesinin değişmeden önceki ilk halinde, bir kişinin imparatoru öldürmeye teşebbüs etmesi veya bu konuda bir komplo kurması vatana ihanet suçu olarak kabul edilerek, ölüm cezası ile failin mallarının müsadere edilmesi öngörülmüştür²⁰². 87. maddede ise imparator ailesinden herhangi birisini öldürmeye teşebbüs edilmesi veya bu konuda bir komplo kurulması halinde; hükümeti yıkmaya veya değiştirmeye ya da tahta geçme sırasını değiştirmeye teşebbüs edilmesi veya bu konuda bir komplo kurulması halinde; vatandaşların imparatorluk otoritesine karşı silahlanmaya teşvik edilmesi halinde, failin ölüm cezası ile cezalandırılacağı ve mallarının müsadere edileceği düzenlenmiştir²⁰³.

²⁰⁰ ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 65

²⁰¹ ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 66; YAŞAR, Kenan Evren, Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Y. 2014, C. 2, S. 1-2, s. 197; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8801.

Kanunun ilk halinde 87 ve 91. maddelerde düzenlenen suçları kapsayacak şekilde değiştirilen 86. maddede, anayasal düzeni yıkmak veya değiştirmenin, vatandaşları Devlete veya birbirlerine karşı silahlanmaya ya da ulusal toprak bütünlüğünü bozmaya teşvik etmenin müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı ve suçun işlenmesinin veya suça teşebbüs edilmesinin suçun oluşumu için yeterli olacağı düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılmadan önceki 1810 Fransız Ceza Kanunu m.86 şu şekildedir: “*L'attentat dont le but aura été soit de détruire ou de changer le régime constitutionnel, soit d'exciter les citoyens ou habitants à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou à s'armer les uns contre les autres, soit à porter atteinte à l'intégrité du territoire national sera puni de la détention criminelle à perpétuité.*

L'exécution ou la tentative constitueront seules l'attentat.” 1810 Fransız Ceza Kanunu (Madde 86-92) (Code Pénal Ancien), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071029/LEGISCTA000006166076/2022-08-08?isAbrogated=true#LEGISCTA000006166076, E.T.: 08.08.2022

²⁰² 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 86. maddesinin ilk halinin İngilizce çevirisi şu şekildedir: “*An attempt or plot against the life, or against the person of the emperor, is a crime of high treason (lèse majesté); this crime is punishable as parricide; and, moreover, infers the confiscation of property.*” HOLMBERG, Tom, France: Penal Code of 1810, https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3a.html, E.T.: 08.08.2022

²⁰³ 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin ilk halinin İngilizce çevirisi şu şekildedir: “*Every attempt or plot against the life or the person of any member of the imperial family;*

Every attempt or plot, the object of which shall be,

Either to destroy or change the government, or the order of succession to the throne;

Or to incite the citizens or inhabitants to arm themselves against imperial authority,

1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 86 ve 87. maddeleri ile benzer düzenlemeler içeren 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 55. maddesi, “*Her kim bizzat veya bilvasıta tebea-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memâlik-i mahrûseyi, saltanat-ı seniyye aleyhine müsellehan isyan ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kazıyye-i isyan tamamıyla fiile çıkar veyahut madde-i isyanın icrasına başlanmış bulunur ise ol kimse idam olunur.*” şeklindedir²⁰⁴. Bu maddede ise, saltanat aleyhine halkın isyana tahrik edilmesi neticesinde isyan gerçekleşirse veya teşebbüs aşamasında kalıp da yalnızca isyanın icrasına başlanmış olursa faile ölüm cezası verilmesi öngörülmüştür.

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 56. maddesi ise “*Her kim memâlik-i mahrûse ahalisini yekdiğeri aleyhinde silahlandırarak mukateleye tahrik ve iğrâya veyahut bazı mahallerde gasb ve gâret ve tahrib-i memleket ve katl-i nüfus efalini ikaa mütecâsir olup da, kazıye-i fesad tamamıyla fiile çıkar yahut madde-i fesadın icrâsına başlanmış olur ise, ol kimse kezâlik idam olunur.*” şeklindedir²⁰⁵. 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 91. maddesine benzeyen bu maddede ise, halkın birbirine karşı silahlandırarak, birbirine zarar vermeye tahrik etmek veya yağma yapmaya, memleketi tahrip etmeye, halkı öldürmeye cesaretlendirmek şeklinde fesat çıkarmak veya fesat çıkarmaya teşebbüs etmek ölüm cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir.

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 57. maddesi ise, 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 97. maddesi ile benzer olup; 55 ve 56. maddelerdeki isyan ve fesat çıkarma suçlarının eşkıyalar tarafından toplu olarak²⁰⁶ işlenmesi halinde, eşkıyaların başı ile isyan veya fesat çıkarmaya tahrik eden kişilerin ölüm cezası ile cezalandırılacağı; isyana veya fesada katılan diğer kişilerin ise, isyan veya fesat neticesinde ortaya çıkacak

Shall be punished with death and confiscation of property.” **HOLMBERG, Tom**, France: Penal Code of 1810, https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3a.html, E.T.: 08.08.2022

²⁰⁴ **AKGÜNDÜZ**, s. 842

²⁰⁵ **AKGÜNDÜZ**, s. 842

²⁰⁶ **AKMAN**, s. 222

zararın (*cinayet ve medhallerin*) derecesine göre müebbet veya süreli olarak kürek cezası ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir²⁰⁷.

1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 88, 89 ve 90. maddelerindeki düzenlemelerin tamamını kapsayacak şekilde kaleme alınan 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 58. maddesinde ise, 55 ve 56. maddelerdeki suçların işlenmesi için örgüt yapılması olmayan gizli bir ortaklık (iştirak) oluşturulup, bu suçların işlenmesi konusunda karar alınması halinde, suçun icrasına başlanmamış ancak suçun işlenmesi için bazı fiillere veya tedbirlere teşebbüs edilmiş olursa, bu kişiler hakkında müebbet sürgün cezası verileceği; gizli ortaklık kurulup, 55 ve 56. maddelerdeki suçların işlenmesi için yalnızca karar alınıp, herhangi bir fiil veya tedbire teşebbüs dahi edilmediyse, bu kişiler hakkında süreli olarak kalabendlik cezası²⁰⁸ verileceği; 55 ve 56. maddelerdeki suçları işlemek için ortaklık teklif edilip, kabul edilmemesi halinde ise, teklifi yapan kişi hakkında 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmektedir²⁰⁹.

Son olarak 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun 102. maddesindeki gibi, 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 66. maddesinde de isyan propagandası suçu²¹⁰ düzenlenmiştir. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 66. maddesinde, meydanda veya halka açık yerlerde, konuşma yaparak veya basılı evrak dağıtarak halkı bu suçları işlemeye doğrudan doğruya tahrik edenlerin; bu tahrik sonucunda bir suç işlenmesi

²⁰⁷ **1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu m.57:** “Balada muharrer 55. ve 56. maddelerde beyan olunan fesadlardan birini, bir takım eşkiya birlikte olarak icra eder veyahut icrasına tasaddi eylerler ise, ol cemiyet-i şekavete dahil bulunanlardan asıl reis-i eşkiya ve muharrik-i mefsedet olanlar her nerede tutulur ise idam olup sairlerinden dahi mevki-i cinayette ahz ve girift olanlar, madde-i fesadda tebeyyün edecek cinayet ve medhallerinin derecâtma göre müebbeden yahut muvakkaten küreğe vaz olunur.” **AKGÜNDÜZ**, s. 843

²⁰⁸ Kalabendlik cezası, suçluların kale surları içinde ikamete tâbi tutulup hisardan dışarıya çıkmalarına izin verilmemesi şeklinde uygulanan bir cezayı ifade eder. **İŞBİLİR, Ömer**, "Kalebend", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kalebend>, E.T.: 26.08.2022

²⁰⁹ **1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu m.58:** “55. ve 56. maddelerde beyan olunan fesadlardan birini icra kasdıyla bazı eşhas beyinde bir ittifak-ı hafî teşkil olup da, ol ittifakda tasmin olunan fesadın icrası söyleşilip karargîr olduktan başka esbab-i icraîyesini tehyie zımında bazı efal ve tedâbire dahi teşebbüs olunmuş olup da, madde-i fesad henüz fiilen icra derecesine gelmemiş ise, ol ittifakda bulunan kimseler nefy-i ebed cezasıyla mücâzât olunur.

Ve eğer öyle bir ittifak-ı hafîde ber vech-i muharrer fesadın esbab-ı icraîyesini tehyie zımında teşebbüs olunmuş bir fiil ve tedbir tebeyyün etmeyip yalnız icrası söyleşilerek karar verilmiş olmaktan ibaret bulunur ise, ol halde dahil-i ittifak bulunan kimseler muvakkaten kal-a-bend kılınır. Ve yine maddeteyn-i mezkûreteynde beyan olunan fesadlardan birini icra etmek üzere bir ittifak-ı hafî teşkiline dair teklif vuku bulup da kabul olunmamış ise, ol teklifi eden kimse bir seneden üç seneye kadar hapsolünür.” **AKGÜNDÜZ**, s. 843

²¹⁰ **AKMAN**, s. 222

halinde, işlenen suçların cezasıyla cezalandırılacakları; yapılan tahrik sonucunda herhangi bir suçun işlenmemesi halinde ise, süresiz sürgün cezası ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir²¹¹.

1889 İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu'nun 118. maddesinden etkilenilmesi sonucunda, 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 55. maddesi 1911 yılında değiştirilerek *"Kanun-u Esasiyi ve hükümetin şekil veya heyetini veya saltanat-ı seniye'nin usul-ü verasetini tağyir ve tebdil veya imhaya cebren teşebbüsü sabit olan şahıs idam olunur."* şeklini almış; sonrasında ise 1923'te 334 sayılı kanunla değiştirilerek, saltanat lehine propaganda yasak hale getirilmiş; 1925 yılında yapılan değişikliklerle de cumhuriyeti korumaya ilişkin bir hüküm konulmuş; maddenin son hali de 765 sayılı TCK m.146'ya temel oluşturmuştur²¹².

3.2. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 146

Anayasayı ihlal suçu, 765 sayılı TCK'da 'Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler' isimli ikinci fasılda 146. maddede düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın mehz kanunu²¹³ olan 1889 İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu'nda ise, anayasayı ihlal suçu düzenlemesi, 118. maddede şu şekilde yer almıştır: *"Kralı veya naibini muvakkaten olsa bile kısmen veya tamamen hakimiyetlerini ifadan veya Âyan ve Meb'usan Meclislerini vazifelerini icradan mene veya devletin teşkilâtı esasiyesine veyahut hükümet veya saltanatın intikali ve usulünü zorla değiştirmeye mütedair bir fiil işleyen kimse on iki seneden aşağı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır."*²¹⁴.

765 sayılı TCK m.146 hükmü ise, *"(1) Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e*

²¹¹ **1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu m.66:** *"Her kim meydan ve esvakda ve mecma-i nâs olan mahallerde, gerek nutuk irad ederek ve gerek yafta yapıştırarak veyahut matbu varaka neşr eyleyerek, ahali ve sekeneyi işbu fasılda beyan olunan cinayetleri işlemeğe doğrudan doğruya tahrik eder ise, ol cinayetlerin fiilen mürtekibi gibi mücâzat olunur. Fakat zikrolunan tahrikâtın bir günâ eser-i fiilisi zuhur etmez ise nefy-i ebed cezasıyla mücâzat kılınır."* **AKGÜNDÜZ**, s. 844

²¹² **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 64; **SOYASLAN**, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 62; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8800

²¹³ 765 sayılı TCK m.146'nın mehz kanunun hangi kanun olduğu hususu öğretide tartışmalı olmakla birlikte, bu konudaki genel kabul 1889 İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu m.118'in, 146. maddeye mehz teşkil ettiği yönündedir. **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 64

²¹⁴ **MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt 2, Yargıtay Yayınları, 1978, s. 44

cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olur. (2) 65 inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı mahallerde nutuk irat veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur. (3) Birinci fıkra yazılı suça ikinci fıkra gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur” şeklindedir.

Görüldüğü üzere, 1889 İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu m.118 düzenlemesine benzer şekilde, 765 sayılı TCK m.146/1’de hem anayasayı ihlal suçu hem de TBMM’nin faaliyetini bozma suçu birlikte düzenlenmiştir²¹⁵. Ancak 1889 İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu m.118’den farklı olarak, 765 sayılı TCK m.146/2,3’te bu suç için özel olarak getirilmiş suça fer’i iştirak halleri bulunmaktadır. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu m.66’daki isyan propagandası suçuna benzeyen 2. fıkra hükmü, yalnızca fer’i iştirake ilişkin değildir. 2. fıkra aynı zamanda suçun hazırlık hareketlerini de cezalandırmakta olup; hazırlık hareketlerinin cezasıyla asıl suçun cezasının aynı olması eleştiri konusu olmuştur²¹⁶. 765 sayılı TCK m.146/3, 27 Mayıs 1960 Darbesi’nden sonra 06.07.1960 tarihinde kabul edilen 15 sayılı Geçici Kanun ile eklenmiştir. Ancak söz konusu kanun, geçici kanun ismiyle yayınlanmış olmakla birlikte, belirli bir süreyle sınırlanmış veya geçici nitelikte değildir²¹⁷.

²¹⁵ İsimlendirme için bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 168

²¹⁶ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1962

²¹⁷ SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 64. 1960 Darbesi sonrasında Milli Birlik Komitesi tarafından çıkartılan kanunlar ‘geçici kanun’ adı altında çıkartılmakla birlikte, süreklilik arz edecek şekilde çıkartılmaktaydı. 12.06.1960 tarihinde kabul edilen 1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu’nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun’un 7. maddesinde de bu durum “(1) Geçici kanun teklif etme hakkı Bakanlar Kurulu’na aittir. (2) Milli Birlik Komitesi üyelerinden her biri de geçici kanun teklif edebilir.” şeklinde belirtilmiş, kanunun devam eden maddelerinde de geçici kanunun çıkartılma ve yürürlüğe girmesi usulü düzenlenmiştir. (Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10525.pdf>, E.T.: 30.05.2022) Ancak bu usulden 12.08.1960 tarihinde kabul edilen 55 sayılı Kanun m.4 “Bu kanunun yayımı tarihinden evvel Türkiye Cumhuriyeti Milli Birlik Komitesince kabul edilmiş olan Geçici Kanunlarda yazılı ve bu kanunlara matuf bulunan (Geçici) kelimeleri kaldırılmıştır.” hükmüyle vazgeçilmiştir. (Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10579.pdf>, E.T.: 30.05.2022) İBA, Şeref/ BAKIRCI, Fahri, Türk Hukukunda “Geçici Kanun” ve “Geçici Madde” Kavramları Üzerine, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2021, S. 17, s. 279-280

765 sayılı TCK'nın 146. maddesi ile korunan hukuki yarar, madde lafzında olduğu gibi yalnızca şekli anlamda anayasa olmayıp; bu madde ile anayasal düzen veya diğer bir ifadeyle devletin temel düzeni korunmaktadır²¹⁸.

Suçun maddi unsurlarına gelindiğinde, 146. maddedeki “teşebbüs edenler” ifadesinden suçun faili olmak için özel bir şart gerekmediği ve suçun herkes tarafından işlenebileceği anlaşılmaktadır²¹⁹. Fiil ise, anayasal düzeni kısmen veya tamamen değiştirmeye (tebdil), bozmaya (tağyir) veya kaldırmaya (ilga) cebir içeren hareketlerle teşebbüs etmektir²²⁰. Madde metninde bahsedilen cebir hem maddi cebri hem de manevi cebri kapsamaktadır²²¹. Suçun tamamlanması için neticenin gerçekleşmesi aranmadığından, bu suç tehlike suçu sınıfına girmektedir²²².

Suçun manevi unsuru açısından ise, genel kastla işlenmesinin yeterli olacağı görüşleri bulunmakta; kastın anayasayı tağyir, tebdil veya ilga neticesine yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir²²³.

Suçta fer'i iştirak açısından 2 ve 3. fıkralarda bu suça özgü olarak öngörülen hükümlerin uygulanmasında, 765 sayılı TCK'nın genel hükümleri içindeki 65. madde şartları aranmakta, genel hükümden ayrılma yalnızca cezaların miktarı bakımından

²¹⁸ EREM/TOROSLU, s. 64; GÖZÜBÜYÜK, s. 169; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1497; SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 68. Maddedeki bu yanlışlığın 1889 İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu m.118'in yanlış tercüme edilmesinden kaynaklandığına dair görüş için bkz. ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 95

²¹⁹ ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 70

²²⁰ EREM/TOROSLU, s. 64; GÖZÜBÜYÜK, s. 169; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1497

²²¹ EREM/TOROSLU, s. 74; GÖZÜBÜYÜK, s. 171; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1503; SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 73; TOROSLU, Anayasayı İhlal Suçu, s.599. Cebirden anlaşılması gerekenin, anayasa iradesine aykırı yani hukuka aykırı tüm usul ve yollar olduğunu savunan görüş için bkz. ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 143-146

²²² GÖZÜBÜYÜK, s. 170. Suçun sırf tehlike suçu olduğunu savunan görüş için bkz. SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 69. Suçun zarar tehlikesi suçu olduğu yönündeki görüşler için bkz. EREM/TOROSLU, s. 66; ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 153; TOROSLU, Anayasayı İhlal Suçu, s. 593. Aksi yönde, bu suçun tehlike suçu olmadığını, neticenin öngörüldüğü ancak neticesi hareketten ayrı bir suç tipi olduğunu, kanun koyucunun bu suç için cezalandırma açısından teşebbüs ve tamamlanmış suç ayrımını ortadan kaldırdığını, neticenin gerçekleşmesi halinde failerin cezalandırılma olanağının ortadan kalkması sebebiyle kanun koyucunun bu suça teşebbüsü cezalandırmayı tercih ettiğini, bu suçun zarar suçu olduğunu savunan görüş için bkz. ÖZEK, Anayasayı İhlal, s. 103-105, 112

²²³ GÖZÜBÜYÜK, s. 173; ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 163; SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 75. Anayasayı tağyir, tebdil veya ilga amacının suçun özel kastını oluşturduğunu ifade eden görüş için bkz. EREM/TOROSLU, s. 75; TOROSLU, Anayasayı İhlal Suçu, s.600

olmaktadır²²⁴. 2. fıkrada sayılan şekillerde suça fer'i iştirak halinde 65. maddeye göre verilecek cezadan daha çok ceza öngörülmüştür. 65. maddeye göre fer'i şeriklere 20 yıldan başlayan bir ceza verilmesi gerekirken, 2. fıkra kapsamındaki fer'i şeriklere suçun tam cezasının verileceği düzenlenmiştir. Ancak 3. fıkra kapsamına giren fer'i iştiraklerde ise tam tersi durum söz konusudur. 65. maddeye göre cezanın alt sınırı 20 yıl iken; 3. fıkra ile öngörülen cezanın üst sınırı 15 yıl, alt sınırı ise 5 yıl olarak belirlenmiştir. İki fıkra arasındaki bu çelişki göze batmakla birlikte; 1960 Darbesi sonrasında kabul edilen 3. fıkra, hem 15 sayılı Geçici Kanun m.3'teki "*bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden önce işlenmiş olan*" suçlar hakkında da uygulanacağı ibaresi, hem de lehe kanun ilkesi gereğince Demokrat Parti milletvekillerinin yargılanmasında da kullanılmıştır²²⁵. Ancak bu fıkra, yukarıda da bahsedildiği üzere

²²⁴ GÖZÜBÜYÜK, s. 173

²²⁵ 765 sayılı TCK m.146/3'ün gerekçesi şu şekildedir: "*146. maddedeki suç yalnızca idare edilenler tarafından değil, amme kudreti kendilerine emanet edilen kimselerce de işlenebilir. Yukarıda bahsi geçen derecelendirme ise, bilhassa bu sonuncu halde bir mana ve önem taşır. Gerçekten amme kudretini elinde bulunduranlar ifa ettikleri amme fonksiyonlarının değişik mahiyeti ve Devlet cihazların haiz oldukları hukuk ve fiili nüfuz ve otoritenin farklılığı böyle bir derecelendirmeyi büsbütün zaruri kılar.*" SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1499. Gerekçe 3. fıkranın Demokrat Parti milletvekilleri hakkında uygulanmak üzere konulduğu amacını ortaya koymaktadır. Ancak 3. fıkranın süreklilik arz eden bir hüküm olması sonucunda, bu amaç ortadan kalktıktan sonra anayasayı ihlal suçuna fer'i iştirak eden kamu görevlileri hakkında da uygulanacaktır. Bu durumda gerekçe, kamu görevine sahip olmak bu suçun işlenmesini zorlaştırdığı için, bu kişilere diğer fer'i iştirak edenlere nazaran daha az ceza öngörülmesi gerektiği gibi yanlış bir izlenim doğurmakta; çelişkiyi gidermemekte aksine daha da belirginleştirmektedir.

Bu konuda 15 sayılı Geçici Kanunla, 765 sayılı Kanun m.56'nın kaldırılması ve aynı zamanda 146. maddenin 3. fıkrasının geçmişe etkili olarak uygulanacağı düzenlemesinin getirilmesinin, öğretide lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönünde görüş bulunmaktadır. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, 2022, 14. Baskı, s. 265, dipnot 2; TURİNAY, s. 294. Belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK m.146/2 kapsamında suça fer'i iştirak edenler hakkında aleyhe sonuç doğuran 15 sayılı Geçici Kanun; bu kanunla eklenen 765 sayılı TCK m.146/3 kapsamında suça fer'i iştirak edenler hakkında, lehe sonuç doğurmaktadır. Nitekim 15 sayılı Geçici Kanun ile 765 sayılı TCK m.56'nın kaldırılmış, dolayısıyla 765 sayılı TCK m.146/2 kapsamına giren fer'i şerikler hakkında yaş indiriminin uygulanması engellenerek aleyhe sonuç doğurmuştur. 765 sayılı TCK'nın kaldırılan 56. maddesi ise şu şekildedir: "*(1) Cürmü işlediği vakit on sekiz yaşını bitirmiş olupta yirmi bir yaşını bitirmemiş ve hüküm zamanında altmış beş yaşını geçmiş olanlar hakkında idam ve müebbet ağır hapis cezasına bedel 24 sene ağır hapis cezası hükmolunur. (2) Müebbet sürgüne bedel beş sene müddetle muvakkat sürgün cezası verilir. (3) Sair hallerde cezanın altıda biri indirilir.*" Bununla birlikte cezanın belirlenmesine ilişkin 765 sayılı TCK m.29/5'e göre yaş indirimi en son hesaba katılacak olup; yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre birden çok artırma veya eksiltme varsa, her artırma veya eksiltme bir önceki artırma veya eksiltme neticesinde elde edilen ceza üzerinden yapılır. Buna göre 765 sayılı Kanun m.146'ya 3. fıkra eklenmeden önce, 2. fıkra kapsamına girmeyen, ancak 56. maddedeki indirimden faydalanacak fer'i şerikler hakkında; 146/1'e göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası üzerinden önce iştirak, sonra yaş indirimleri, yani sırasıyla 65 ve 56. maddelerdeki indirimler uygulanacaktır. 65. maddede fer'i şerikler için suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde 20 yıldan başlayarak bir hapis cezası verileceği, 56. maddede ise bu 20 yıllık cezadan 1/6 oranında indirim yapılacağı düzenlenmektedir. Neticede failler hakkında 16 yıl 8 aydan başlayan bir hapis cezası verilebilecektir. 15 sayılı Geçici Kanun ile getirilen 146/3 fıkrasına göre ise bu kişiler hakkında 5 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası verilebilecek

‘geçici kanun’ ismiyle çıkarılan bir kanunla eklenmesine rağmen, sürekli olarak uygulanacak nitelikte olması sonucunda ceza kanununun sistematüğini bozan bir düzenleme olmasından dolayı haklı olarak eleştirilmiştir²²⁶.

3.3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 309 ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 146 ile Karşılaştırılması

5237 sayılı TCK m.309 şu şekildedir: “(1) Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar. (2) Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur. (3) Bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

309. maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “Anayasanın Başlangıç Kısmında aynen “Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiç bir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı; Hiç bir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı;” şeklindeki ifade ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmaktadır.

Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu madde ile korunmak istenen hukukî yarar, Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir.

olup; maddenin son halinde verilebilecek azami ceza haddi, maddenin ilk haline göre verilebilecek asgari cezadan bile daha düşüktür. Netice itibarıyla 15 sayılı Geçici Kanun 765 sayılı TCK m.146/3 kapsamına giren fer’i şerikler hakkında lehe düzenlemeler de getirmiştir.

²²⁶ SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1500

Madde ile korunmak istenen hukukî yararın niteliği dikkate alınarak, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen” ibaresi kullanılmış, böylece korunmak istenen hukukî yarara açıklık getirilmiştir.

Maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için, cebir veya tehdit kullanarak Anayasal düzenin değiştirilmesine teşebbüs edilmesi gerekir. Bu nedenle, cebir ve tehdit bu suçun unsurunu oluşturmaktadır. Cebir ve tehdit kavramlarının hukukî anlam ve içeriği, bilinen bir husustur. Bu nedenle, Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir veya tehdit kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin kaynağını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanununun 118 inci maddesi, 146 ncı maddede olduğu gibi, cebir (“Violentement”) unsurunu taşımaktaydı. Ancak, 1930 faşist İtalyan Ceza Kanununun aynı konuyu düzenleyen 283 üncü maddesinde, suç tanımından cebir unsuru çıkarılmıştı. Faşizmin etkisiyle kaleme alınan bu 283 üncü madde, bilahare 11.11.1947 tarihinde yeniden değiştirilerek; suç tanımında tekrar cebir unsuruna yer verilmiştir.

Maddede, maddî unsur olarak “teşebbüs edenler” ibaresi kullanılmış olduğundan, Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen üzerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edilmesi, cezalandırma için yeterlidir. Suç hem idare edenler hem de idare edilenler tarafından işlenebileceğinden teşebbüste aranılacak elverişlilik, suçun işleniş biçimi ve özellikle suçun bir tehlike suçu olduğu dikkate alınarak, kullanılan cebir veya tehdidin neticeyi elde etmeye elverişli olup olmadığının hâkim tarafından takdir edilmesi gerekir.”²²⁷

765 sayılı TCK m.146’dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK m.309’da yalnızca anayasayı ihlal suçuna yer verilmiş; anayasayı ihlal suçu ile yasama organına karşı suçun korudukları değerlerin farklı olması sebebiyle, yasama organına karşı suç, 5237 sayılı TCK m.311’de ayrıca düzenlenmiştir²²⁸. Ayrıca 765 sayılı TCK m.146’daki suçun esasen koruduğu değer anayasal düzen olmasına rağmen; madde lafzında geçen ve şekli anlamda anayasayı ifade eden “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu” kavramının oluşturduğu çelişki, 5237 sayılı TCK m.309’daki “anayasanın öngördüğü düzen” ifadesiyle

²²⁷ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8799

²²⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8801

giderilmiş; 5237 sayılı TCK m.309'un lafzı ile koruduğu değer arasında birlik sağlanmıştır²²⁹.

Eski kanun düzenlemesinde suçun cebir ile işlenebileceği düzenlenmiş olup, öğretide suçun hem maddi cebir hem de manevi cebirle işlenebileceği ifade edilmekteydi. Ancak 5237 sayılı TCK m.309'da madde lafzında yine eski kanundakine benzer şekilde suçun cebir ve şiddetle işlenebileceği düzenlenmesine rağmen, madde gerekçesinde suçun cebir veya tehditle işlenebileceğinin geçmesi sebebiyle; öğretide bu suçun manevi cebirle işlenmesi konusunda fikir birliği bulunmamaktadır²³⁰.

Bununla birlikte her iki maddede düzenlenen suçlar için de fiilin, anayasal düzeni kaldırmaya (ilgaya), anayasal düzenin yerine başka bir düzen getirmeye (tebdile) veya anayasal düzenin uygulanmasını engellemeye (tağyire) yönelik olması gerekir²³¹. Aynı şekilde her iki suç da genel kastla işlenmektedir²³².

765 sayılı TCK m.146'nın 2 ve 3. fıkralarındaki fer'i iştirake ilişkin özel düzenlemeye ise, 5237 sayılı TCK'da asli-fer'i iştirak ayrımı kaldırıldığı için yer verilmemiştir. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK m.309/2'de yer alan gerçek ıçtima hükmü, anayasayı ihlal suçu işlenirken cebri hareketler sonucu oluşan diğer suçların, anayasayı ihlal suçunun bir unsuru olduğu ve tek fiile tek ceza verilmesi gerektiği düşüncesiyle eleştirilmiştir²³³.

²²⁹ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1691

²³⁰ Gerekçeyle madde metni arasındaki farklılık, 5237 sayılı TCK tasarısının TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi esnasında madde metninde değişiklik yapılmasından kaynaklanmaktadır. Tasarı maddesinde suçun cebir ve tehditle işleneceği düzenlenmekteyken, tasarının TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi esnasında bu kısım değiştirilerek suçun cebir ve şiddetle işlenebileceği şekline çevrilmiştir. Değişiklik gerekçesi ise şu şekildedir: *"Anayasamızda güvence altına alınmış olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların Anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğinin daha açık bir biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilebilmesi için böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görülmüştür."* YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8800

²³¹ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1691

²³² ŞEN/ERYILDIZ, s. 375

²³³ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1691; HAFIZOĞULLARI, s. 489; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 369

4. MUKAYESELİ HUKUKTA ANAYASAYI İHLAL SUÇU DÜZENLEMELERİ

4.1. Fransa

1994 Fransız Ceza Kanunu'nda anayasayı ihlal suçu 412-1 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 412-1. maddesinde saldırı suçu, 412-2. maddesinde komplo suçu, 412-3. vd. maddelerinde isyan suçu düzenlenmiştir.

Günümüzde vatana ihanet suçunun hukukumuzdaki kapsamı belirli olmasa da, daha önceden anayasayı ihlal suçunun düzenlendiği 765 sayılı TCK m.146, 15 sayılı Geçici Kanun'a göre vatana ihanet suçlarından sayılmıştır. Fransız hukukuna bakıldığında ise, 1810 Fransız Ceza Kanunu m.86'daki suçun vatana ihanet suçu olmasına karşılık, 1994 Fransız Ceza Kanunu m.411-1'de belirtilen vatana ihanet suçlarının içerisine anayasayı ihlal suçu girmemektedir. 411-1 maddesine göre yalnızca 411-2 ile 411-11 maddeleri arasında sayılan suçların asker kişiler tarafından işlenmesi halinde vatana ihanet suçu olacağı düzenlenmekte; asker olmayan kişiler tarafından bu suçların işlenmesi halinde ise, yine vatana ihanet suçu kapsamına girmeyip, yalnızca casusluk suçunu oluşturmaktadırlar²³⁴.

Fransız Ceza Kanunu m.412-1'de Cumhuriyet'in kurumlarını tehlikeye atacak veya ülkenin bütünlüğünü zedeleyecek nitelikteki cebir içeren fiiller saldırı (*attentat*) olarak tanımlanarak, 30 yıl hapis cezası ve 450.000 Euro para cezası öngörülmüş; suçun kamu otoritesine sahip kişiler tarafından işlenmesi ise, cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak belirtilerek, bu kişilerin saldırı suçu işlemeleri halinde müebbet hapis cezası ve 750.000 Euro para cezası ile cezalandırılacakları belirtilmiştir²³⁵.

²³⁴ **1994 Fransız Ceza Kanunu m.411-1:** “*Les faits définis par les articles 411-2 à 411-11 constituent la trahison lorsqu'ils sont commis par un Français ou un militaire au service de la France et l'espionnage lorsqu'ils sont commis par toute autre personne.*” 1994 Fransız Ceza Kanunu (Madde 411-1 – 411-11) (Code Pénal), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149841/#LEGISCTA000006149841, E.T.:02.09.2022

²³⁵ **1994 Fransız Ceza Kanunu m.412-1:** “*Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national.*

L'attentat est puni de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende.

Les peines sont portées à la détention criminelle à perpétuité et à 750 000 euros d'amende lorsque l'attentat est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique.

5237 sayılı TCK m.316'daki suç için anlaşma suçuna benzer bir düzenleme olan 412-2 maddesinde ise, saldırı suçu işlemek için birkaç kişi arasında karar alınması ve bu karar neticesinde eyleme geçilmesi halinde komplo suçu (*complot*) oluşacağı belirtilerek, 10 yıl hapis ve 150.000 Euro para cezası öngörülmüş; yine saldırı suçundaki gibi, kamu otoritesine sahip kişiler tarafından komplo suçunun işlenmesi, cezayı 20 yıl hapis cezasına ve 300.000 Euro para cezasına çıkartan nitelikli hal olarak belirlenmiştir²³⁶.

412-3 maddesinde saldırı suçunun toplu olarak işlenmesi hali isyan suçu olarak tanımlanmış; 412-4 maddesinde silah taşımak, isyancıları bir araya toplamak, isyancıların ulaşımına yardım etmek, bina ve tesisleri tahrip etmek gibi fiiller sayılarak, bu fiillerle isyan suçuna katılmanın cezası 15 yıl hapis ve 225.000 Euro para cezası olarak belirlenmiş; 412-5 maddesinde isyancılara silah sağlamak ve silah, mühimmat, patlayıcı madde gibi eşyaları yağma veya polisi silahsızlandırma yoluyla ele geçirme halinde, bu fiillerle isyana katılmanın cezası 20 yıl hapis ve 300.000 Euro para cezası olarak belirlenmiş; 412-6 maddesinde isyanın önderlerine ve isyanı organize eden kişilere müebbet hapis cezası ve 750.000 Euro para cezası verileceği belirtilmiştir²³⁷.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue au présent article." 1994 Fransız Ceza Kanunu (Madde 412-1 – 412-8) (Code Pénal), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149842/2022-09-02/, E.T.: 02.09.2022

²³⁶ **1994 Fransız Ceza Kanunu m.412-2:** "Constitue un complot la résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels.

Le complot est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Les peines sont portées à vingt ans de détention criminelle et à 300 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique." 1994 Fransız Ceza Kanunu (Madde 412-1 – 412-8) (Code Pénal), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149842/2022-09-02/, E.T.: 02.09.2022

²³⁷ **1994 Fransız Ceza Kanunu m.412-3:** "Constitue un mouvement insurrectionnel toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national."

1994 Fransız Ceza Kanunu m.412-4: " Est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende le fait de participer à un mouvement insurrectionnel :

1° En édifiant des barricades, des retranchements ou en faisant tous travaux ayant pour objet d'empêcher ou d'entraver l'action de la force publique ;

2° En occupant à force ouverte ou par ruse ou en détruisant tout édifice ou installation ;

Hukukumuzdaki anayasayı ihlal suçu düzenlemesi olan 5237 sayılı TCK m.309 ile Fransız Ceza Kanunu'nun bu maddeleri karşılaştırıldığında ilk olarak göze çarpan kısım, Fransız Ceza Kanunu m.412-1'de saldırı suçunun yöneleceği amaçlardan birisi olan ülke bütünlüğünü bozmak olup; bu kısım, TCK m.309 kapsamına değil, TCK m.302'de düzenlenen devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçunun kapsamına girmektedir.

Aynı zamanda 765 sayılı TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK'da, anayasayı ihlal suçunun Fransız Ceza Kanunu m.412-3 hükmündeki gibi iştirak halinde veya örgütle işlenmesi hali için cezayı artıran veya azaltan özel bir düzenleme bulunmamakta; ancak anayasayı ihlal suçunun işlenmesi için silahlı bir örgüt kurmak, yönetmek veya bu örgüte üye olmakla ilgili anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketi mahiyetindeki TCK m.314 düzenlemesi bulunmaktadır.

4.2. Almanya

1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda birden fazla yerde çeşitli şekillerde vatana ihanet suçları düzenlenmekle birlikte; anayasayı ihlal suçu, kanunun özel kısmının ilk bölümündeki ikinci başlık olan Yüksek İhanet (*Hochverrat*) başlığı altında

3° *En assurant le transport, la subsistance ou les communications des insurgés ;*

4° *En provoquant à des rassemblements d'insurgés, par quelque moyen que ce soit ;*

5° *En étant, soi-même, porteur d'une arme ;*

6° *En se substituant à une autorité légale."*

1994 Fransız Ceza Kanunu m.412-5: *"Est puni de vingt ans de détention criminelle et de 300 000 euros d'amende le fait de participer à un mouvement insurrectionnel :*

1° *En s'emparant d'armes, de munitions, de substances explosives ou dangereuses ou de matériels de toute espèce soit à l'aide de violences ou de menaces, soit par le pillage, soit en désarmant la force publique ;*

2° *En procurant aux insurgés des armes, des munitions ou des substances explosives ou dangereuses."*

1994 Fransız Ceza Kanunu m.412-6: *"Le fait de diriger ou d'organiser un mouvement insurrectionnel est puni de la détention criminelle à perpétuité et de 750 000 euros d'amende."* 1994 Fransız Ceza Kanunu (Madde 412-1 – 412-8) (Code Pénal), [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149842/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149842/2022-09-02/) 022-09-02/, E.T.: 02.09.2022

düzenlenmiştir²³⁸. Bu kısımda 81. maddede Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı işlenen anayasayı ihlal suçu; 82. maddede eyaletlere karşı işlenen anayasayı ihlal suçu; 83. maddede, 81 ve 82. maddelerdeki suça teşebbüs edilmesi durumu ve son olarak 83a maddesinde, 81, 82 ve 83. maddeleri için gönüllü vazgeçme hali düzenlenmiştir.

Madde başlığı “Federasyona Karşı İhanet (*Hochverrat gegen den Bund*)” olan Alman Ceza Kanunu m.81’de, cebirle veya cebir kullanma tehdidiyle Federal Almanya Cumhuriyeti’nin varlığını tehlikeye atma veya anayasal düzenini değiştirme hallerinde faile müebbet hapis cezası veya en az 10 yıl hapis cezası verileceği; daha hafif durumlarda 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmektedir²³⁹.

82. maddede ise, eyaletlerden birinin topraklarının tamamını veya bir kısmını eyaletten ayırma veya diğer bir eyaletin topraklarına katma ya da eyaletin anayasal düzenini değiştirme hallerinde, failin 1 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; daha hafif durumlarda ise faile 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmektedir²⁴⁰.

²³⁸ Alman Ceza Kanunu’nda anayasayı ihlal suçunu düzenleyen maddeler haricindeki diğer vatana ihanet suçları şunlardır (Bkz. 1871 Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch (StGB)), <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, E.T.: 03.09.2022):

1. “*Friedensverrat* (Barışa İhanet)” başlıklı bölümde yer alan 80a maddesinde saldırı suçuna tahrik suçu düzenlenmektedir. Saldırı suçu, Birleşmiş Milletler Şartı ile uyumlu olmayan şekilde ya da Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı olacak şekilde silahlı kuvvet kullanımını olup; Uluslararası Ceza Kanunu (*Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)*) m.13’te yer alan, uluslararası hukuka karşı işlenen bir suçtur. (Bkz. Uluslararası Alman Ceza Kanunu (*Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)*), <http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/BJNR225410002.html>, E.T.: 03.09.2022)
2. Madde başlığı “*Landesverrat* (Vatana İhanet)” olan 94. maddede Federal Almanya Cumhuriyeti için dış güvenliği tehlikeye atacak şekilde devlet sırlarını yabancı ülkelere vermekle ilgili suç düzenlenmektedir.

²³⁹ **Alman Ceza Kanunu m.81:** “(1) Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt

1. den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen oder

2. die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern,

wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.” 1871 Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch (StGB)), <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, E.T.: 03.09.2022

²⁴⁰ **Alman Ceza Kanunu m.82:** “(1) Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt

1. das Gebiet eines Landes ganz oder zum Teil einem anderen Land der Bundesrepublik Deutschland einzuverleiben oder einen Teil eines Landes von diesem abzutrennen oder

2. die auf der Verfassung eines Landes beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern,

83. maddenin ilk fıkrasında, 81. maddedeki suçu işlemek için belirli bir ihanetin hazırlanması halinde, faile 1 yıldan 10 yıla hapis cezası verileceği, daha hafif durumlarda 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür²⁴¹. Maddenin 2. fıkrasında ise, 82. maddedeki suçu işlemek için belirli bir ihanetin hazırlanması hali için 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Alman Ceza Kanunu m.83a'nın 1. fıkrasında ise, failin 81 ve 82. maddelerdeki suçları işlemekten vazgeçmesi, suçun neticeye ulaşmasını engellemesi, suç ortaklarının da suç işlemesini tamamen veya kısmen engellemesi halinde; mahkemenin takdirine bağlı olarak, faile ceza verilmeyebileceği veya cezanın hafifletilebileceği düzenlenmektedir²⁴². 83a maddesinin 2. Fıkrasına göre de, 83. maddedeki ihanet hazırlama planından vazgeçerek, meydana getirdiği tehlikeleri önleyen fail, yine diğer kişilerinde suça teşebbüs etmeyeceğini taahhüt ederek suçun tamamlanmasını önlerse; mahkeme cezayı kaldırabilir veya hafifletebilir. Ancak maddenin son fıkrasına göre, failin suçu engellemek için bir çabası olmadan ihanet tehlikesi ortadan kalkmış, önemli

wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) *In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.*" 1871 Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch (StGB)), <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, E.T.: 03.09.2022

²⁴¹ **Alman Ceza Kanunu m.83:** "(1) *Wer ein bestimmtes hochverräterisches Unternehmen gegen den Bund vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.*

(2) *Wer ein bestimmtes hochverräterisches Unternehmen gegen ein Land vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.*" 1871 Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch (StGB)), <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, E.T.: 03.09.2022

²⁴² **Alman Ceza Kanunu m.83a:** "(1) *In den Fällen der §§ 81 und 82 kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt und eine von ihm erkannte Gefahr, daß andere das Unternehmen weiter ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder wenn er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.*

(2) *In den Fällen des § 83 kann das Gericht nach Absatz 1 verfahren, wenn der Täter freiwillig sein Vorhaben aufgibt und eine von ihm verursachte und erkannte Gefahr, daß andere das Unternehmen weiter vorbereiten oder es ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder wenn er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert.*

(3) *Wird ohne Zutun des Täters die bezeichnete Gefahr abgewendet oder wesentlich gemindert oder die Vollendung der Tat verhindert, so genügt sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, dieses Ziel zu erreichen.*" 1871 Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch (StGB)), <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, E.T.: 03.09.2022

ölçüde azalmış veya suçun tamamlanması engellenmişse, failin gönüllü ve ciddi çabaları bu hükümden yaralanmak için yeterli olacaktır.

Görüldüğü üzere, Alman Ceza Kanunu'nun 81 ve 82. maddelerindeki anayasayı ihlal suçu düzenlemelerinde, Türk hukukundaki veya Fransız hukukundaki gibi teşebbüs ile suçun tamamlanacağına dair bir ifade bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu maddelerde cezası daha az olarak belirlenen daha hafif durumlardan kastedilen, sonuca varılamayan ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığı haller olmalıdır. Zira 83. maddede, devlete veya eyalete karşı belirli bir ihanet hazırlamaktan bahsedilmiş olup; 81 ve 82. maddelerdeki suçlara teşebbüs edilmesi anlamında, icrai bir fiille suç işlemeye başlanması veya neticeye ulaşmakta başarısız olunması gibi bir halin cezalandırılacağına dair bir hükme bu maddelerde yer verilmemiştir. Netice itibarıyla 83. maddede suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı, 81/1 ve 82/1 fıkralarında da suçun neticeye ulaşmış hali cezalandırıldığına göre; ceza miktarı bakımından bunların arasında kalıp, ayrı bir suçu cezalandırmayan 81/2 ve 82/2 hükümlerindeki suçun daha hafif hallerinden anlaşılan, anayasayı ihlal suçuna teşebbüs edilmesi hali olmaktadır.

4.3. Amerika

Amerikan Hukukuna bakıldığında, hem 1789 Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nda hem de 1948 tarihli ABD Ceza Kanunu'nda "*treason*(vatana ihanet)" suçu düzenlemesine rastlanılmaktadır. Ancak 1994 Fransız Ceza Kanunu'ndaki gibi, ABD Anayasası veya Ceza Kanunu'nda düzenlenen vatana ihanet suçu da, anayasayı ihlal suçuna karşılık gelmemektedir.

ABD Anayasası'nda vatana ihanet suçu 3. maddenin 3. bölümünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre devlete savaş açmak, düşmana bağlılık göstermek veya yardım etmek vatana ihanet suçunu oluşturur²⁴³. ABD Ceza Kanunu'nda ise, "*Treason, Sedition and Subversive Activities*(Vatana İhanet, Fitne ve Yıkıcı Faaliyetler)" adlı 115. bölümdeki

²⁴³ **1789 ABD Anayasası 3. madde 3. bölüm:** "*Treason against the United States, shall consist only in levying War against them, or in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort. No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.*

The Congress shall have Power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture except during the Life of the Person attainted." 1789 ABD Anayasası (Constitution of the United States), https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a3_sec3, E.T.: 04.09.2022

“*Treason*” isimli 2381. maddede de anayasadaki gibi, devlete karşı savaş açma, düşmana bağlılık gösterme veya düşmana yardım etme fiilleri vatana ihanet suçu sayılarak; faile ölüm cezası ya da en az 5 yıl hapis cezası ve en az 10.000 Dolar para cezası verileceği öngörülmüştür²⁴⁴.

Vatana ihanet suçunun devamında, yine 115. bölüm altında olan, “*Rebellion or Insurrection*(İsyan veya Ayaklanma)” başlığına sahip 2383. maddede ise anayasayı ihlal suçu düzenlenmektedir. Bu maddeye göre ABD’nin otoritesine veya yasalarına karşı bir isyan veya ayaklanmayı teşvik etme, başlatma, destekleme, yardım etme veya bunlara dahil olma halinde; fail para cezasıyla veya en fazla 10 yıl hapis cezasıyla ya da her ikisiyle birlikte cezalandırılacaktır²⁴⁵.

²⁴⁴ **ABD Ceza Kanunu m.2381:** “Whoever, owing allegiance to the United States, levies war against them or adheres to their enemies, giving them aid and comfort within the United States or elsewhere, is guilty of treason and shall suffer death, or shall be imprisoned not less than five years and fined under this title but not less than \$10,000; and shall be incapable of holding any office under the United States.” 1948 ABD Ceza Kanunu (Title 18 – Crimes and Criminal Procedure), s. 570, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/a5/USA_title_18_us_code_crimes_2017_en.pdf, E.T.: 04.09.2022

²⁴⁵ **ABD Ceza Kanunu m.2383:** “Whoever incites, sets on foot, assists, or engages in any rebellion or insurrection against the authority of the United States or the laws thereof, or gives aid or comfort thereto, shall be fined under this title or imprisoned not more than ten years, or both; and shall be incapable of holding any office under the United States.” 1948 ABD Ceza Kanunu (Title 18 – Crimes and Criminal Procedure), s. 571, https://legislationline.org/sites/default/files/documents/a5/USA_title_18_us_code_crimes_2017_en.pdf, E.T.: 04.09.2022

5. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

765 sayılı TCK m.146'da anayasal düzenin değil; anayasanın tebdil, tağyir ve ilgası suç olarak düzenlenmekteydi. Bununla birlikte hem öğretiye hem de Yargıtay'a göre, suç düzenlemesi ile korunmaya çalışılan şekli anlamda anayasa değil, anayasal düzendi. 5237 sayılı TCK m.309'da ise bu çelişkinin giderilmesi amacıyla madde metnine anayasal düzen ifadesi işlenmiştir. Nitekim 309. maddenin gerekçesinde anayasayı ihlal suçunun hukuki konusunun, Türkiye Cumhuriyeti anayasasının öngördüğü düzen ve bu düzene egemen olan ilkeler olduğu belirtilmektedir.

Öğretide ise, anayasayı ihlal suçunun hukuki konusu hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretideki görüşlerin çoğunluğu anayasayı ihlal suçunun hukuki konusunun anayasal düzen ve bu düzene egemen olan ilkeler olduğunu ifade etmektedir²⁴⁶. Suçun hukuki konusunun anayasa²⁴⁷, anayasal düzenin devamına ilişkin kamusal menfaat²⁴⁸, devletin politik düzeninin güven altına alınmasına ilişkin menfaat²⁴⁹ olduğunu ifade eden görüşler de vardır.

Bununla birlikte öğretide anayasal düzenin suçun maddi konusunu oluşturduğu²⁵⁰; suçun hukuki konusunun *“bireylerin anayasal değişimlerin ve gelişimlerin meşruiyeti ve demokratik anayasal işleyişin sağlanmasından ve muhafazasından doğan menfaatleri”*²⁵¹, *“millet iradesine dayanan demokratik rejim”*²⁵² olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de anayasal düzenin suçun

²⁴⁶ **BALTACI, Vahit**, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayıncılık, 2007, 1. Baskı, s. 140; **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 690; **BODUR, Nurullah/ ÖZKUL, Eshat**, Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, Seçkin Yayıncılık, 2022, 6. Baskı, s. 270; **DİNLER**, s. 1567; **GERÇEKER**, s. 2727; **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1529; **HAFIZOĞULLARI**, s. 491; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 370; **MALKOÇ, İsmail**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 4 (Madde 242-345), 2013, 4. Baskı, s. 4803; **SALİHOĞLU, Hadi/ PARLAR, Ali/ ÖZTÜRK, Muzaffer**, Uygulamada Terör Suçları Devlete ve Anayasal Düzene Karşı Suçlar, Bilge Yayınevi, 2018, 1. Baskı, s. 121; **ŞEN/ERYILDIZ**, s. 377; **TANERİ, Gökhan**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Ağır Ceza Suçları 2. Cilt, Yetkin Yayınları, 2018, 2. Baskı, s. 2011; **TURİNAY**, s. 296; **YAŞAR**, s. 197; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8803

²⁴⁷ **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 801

²⁴⁸ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1694

²⁴⁹ **TOROSLU**, Ceza Özel, s. 340

²⁵⁰ **KARCILIOĞLU**, s.106; **ÖZGENÇ**, s. 267

²⁵¹ **KARCILIOĞLU**, s.105

²⁵² **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 690; **ÖZGENÇ**, s. 266

maddi konusunu oluşturduğu, suçun hukuki konusunun “*millet iradesine dayanan demokratik rejim*” olduğu yönündedir²⁵³.

Anayasayı ihlal suçunun hukuki ve maddi konularının belirlenebilmesi için, öncelikle genel olarak suçun hukuki konusunun ve suçun maddi konusunun ayrımının yapılması gereklidir. Suçun hukuki konusu, ceza normu ile korunan hak veya menfaattir²⁵⁴. Suçun maddi konusu ise, üzerinde suçun meydana geldiği insan veya şeydir²⁵⁵. Ancak suçun maddi konusunun somut bir şey olması zorunlu olmayıp; soyut şeylerin de suçun hukuki konusunu oluşturması mümkündür²⁵⁶.

Bu açıdan bakıldığında Türkiye Cumhuriyeti anayasasının öngördüğü düzenin, bir hak veya menfaat olmadığı ortadadır. Zira düzen, “*Belli yöntem, ilke veya yasalara göre kurulmuş olan durum, uyum, nizam, sistem*”²⁵⁷ anlamında olup; anayasal düzen de, cezai normlarla korunmaya çalışılan bütün hak ve menfaatlerin de içerisinde düzenlendiği devlet sistemidir. Ancak örneğin bir devlette anayasal düzenin var olması ve bireylerin kaos içinde değil de, anayasal düzene sahip olan bu devlette yaşaması; anayasal düzenin ancak hukuki yollarla değiştirilebilecek olması ve bireylerin hukuki güvenlik içerisinde olduklarını bilmeleri birer menfaattir. Dolayısıyla anayasal düzenin kendisi cismani bir varlığı olmayan, soyut bir şey olup; anayasal düzenin var olmasından dolayı, kişilerin sahip oldukları faydalar ise, birer menfaattir. Netice itibarıyla anayasal düzenin suçun hukuki konusunu oluşturmadığını; suçun maddi konusunu oluşturduğunu ifade eden görüşlere katılmak gerekir.

Anayasal düzenin, suçun maddi konusunu oluşturduğu ifade edildikten sonra; suçun hukuki konusunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu yöndeki görüşlerden, suçun hukuki konusunun “*millet iradesine dayanan demokratik rejim*” olduğunu ifade eden görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira ‘*rejim*’ kelimesinin sözlükte “*yönetme, düzenleme biçimi, düzen; bir devletin yönetim biçimi*” anlamına geldiği

²⁵³ Bkz. Y16CD, T. 21.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

²⁵⁴ **EREM, Faruk**, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1968, C. 25, S. 1, s. 23

²⁵⁵ **EREM**, s. 14

²⁵⁶ **EREM**, s. 31

²⁵⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

görülmektedir²⁵⁸. Bu açıdan millet iradesine dayanan demokratik rejim esasında, anayasal düzen gibi, soyut bir şey olup; hak ya da menfaat değildir. Netice itibarıyla millet iradesine dayanan demokratik rejimin suçun maddi konusunu oluşturması mümkün olsa bile, suçun hukuki konusunu oluşturması mümkün değildir. Ancak günümüzde anayasal düzen, millet iradesine dayanan demokratik rejimi de kapsayan; ancak ondan daha geniş anlam ihtiva eden bir kavramdır. Zira 1982 Anayasası'nda öngörülen düzen, millet iradesine dayanan ve demokratik olmakla birlikte; bunlara ilave olarak laik, sosyal, hukuki, insan haklarına saygılı olmak gibi daha birçok özelliğe sahiptir. Netice itibarıyla “*millet iradesine dayanan demokratik rejim*” ifadesi, suçun maddi konusunu ifade etmek için de eksik kalmaktadır.

Ancak bu kalıbın suçun hukuki konusunu ifade etmek için, tamamen yanlış olmadığını da ifade etmek isteriz. Anayasayı ihlal suçu düzenlemesinin amacı anayasal düzenin hiçbir değişikliğe uğramadan, olduğu gibi kalmasını sağlamak olmadığı gibi; 1982 Anayasası'ndaki, anayasanın ve dolayısıyla da anayasal düzenin değişebileceğini ve değiştirilme usulünü gösteren 175. maddenin varlığı karşısında, bunu iddia etmek de güçtür. Bu açıdan TCK m.309'a bakıldığında; anayasal düzenin, hukuka aykırı yöntemlerle yani “*cebir ve şiddet kullanarak*” kaldırılmaktan, değiştirilmekten ya da fiilen uygulanamamaktan korunduğu görülmektedir²⁵⁹. Bu duruma tersinden bakıldığında ise, bu suç düzenlemesiyle anayasal düzenin hukuka uygun olarak kaldırılmasının, değiştirilmesinin ve fiilen yürürlüğünün durdurulmasının korunduğu görülmektedir. Bu noktada hukuka uygunluğun ölçütünü ise, millet iradesine yani demokrasiye uygunluk oluşturmaktadır. Nitekim anayasal düzenin suçun maddi konusunu oluşturduğunu ifade eden görüşlerin de suçun hukuki konusunu belirlerken millet iradesini ve demokrasiyi vurguladığı görülmektedir. Millet iradesinin kaynağını ise, milletin egemenliğin sahibi olması oluşturmaktadır. Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçuyla, milletin anayasal düzen üzerindeki egemenliği ihlal edilmektedir.

Bununla birlikte anayasal düzene karşı işlenen bu suç, mutlaka anayasaya da etki edecektir²⁶⁰. Bu açıdan anayasal düzene karşı işlenen bu suçla, aynı zamanda milletin anayasa üzerindeki egemenliği de ihlal edilmektedir. Milletin anayasa üzerindeki

²⁵⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

²⁵⁹ BALTACI, s. 142; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1529

²⁶⁰ Bkz. Bölüm 2.1

egemenliğinin göstergesi ise, kurucu iktidar olmaktır. Nitekim dar anlamda kurucu iktidar, anayasa yapan veya değiştiren iktidar olarak ifade edilmektedir. Ancak kurucu iktidarın geniş anlamına bakıldığında; yeni bir siyasal, toplumsal ve hukuksal düzen kurarak devleti, milleti ve anayasayı oluşturan iktidar olduğu gör÷lmektedir²⁶¹. Bu açıdan geniş anlamda kurucu iktidar hem anayasayı hem de anayasal düzeni oluşturan iktidar olmaktadır. Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçuyla, milletin hem anayasal düzen hem de anayasa üzerindeki egemenliği ihlal edilmekte olup; her iki egemenliğin tezahürü de kurucu iktidar olma şeklinde gerçekleştiği için; kanaatimizce anayasayı ihlal suçunun hukuki konusu kurucu iktidar olma hakkı, egemenliğidir.

²⁶¹ Bkz. **Bölüm 2.3.1**

6. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

6.1. Suçun Maddi Konusu

TCK m.309 metninde belirtilen anayasal düzenin bir hak veya menfaat olmaması, suçun üzerinde gerçekleştiği soyut bir şey olması sebebiyle; anayasal düzenin, anayasayı ihlal suçunun maddi konusunu oluşturduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu bölümde ise, anayasal düzenden anlaşılması gerekenin ne olduğuna, anayasal düzenin kapsamına değinilecektir.

Anayasal düzenin kapsamı, 309. maddenin gerekçesinde, anayasanın başlangıç kısmında belirtilen ve siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olan ilkeleri içeren kurallar bütünü olarak çizilmektedir. Öğretide suçun maddi konusunun anayasal düzen olduğunu ifade eden bir görüş, madde gerekçesinde çizilen bu sınırın çok geniş olduğunu, kapsamının belirlenmesinin mümkün olmadığını ve bu sebeple de uygulamaya temel teşkil edemeyeceğini belirtmektedir²⁶². Bu görüşe göre gerekcede, başlangıç kısmındaki ilkeler yerine; daha belirgin olan Anayasa m.1,2,14/2'deki düzenlemelere atıf yapılmalıdır.

Anayasal düzenin kapsamının belirlenebilmesi için, öncelikle 309. maddede geçen “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Anayasanın türlerinden bahsederken, maddi anlamda anayasanın anayasal nitelikte yazılı ve yazısız her kuralı kapsadığını; şekli anlamda anayasanın ise, anayasa adı altında derlenmiş kuralları kapsadığını ifade etmiştik. Aynı zamanda şekli anlamda anayasanın bulunduğu bir devlette, ‘anayasa’ ifadesinden anlaşılması gerekenin şekli anlamda anayasa olduğunu da belirtmiştik. Nitekim hukukumuzda şekli anlamda bir anayasa, 1982 Anayasası bulunduğu için; kanaatimizce “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*” ifadesinden anlaşılması gereken de budur.

Bununla birlikte asli kurucu iktidarın sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekenin, anayasa hukukunun tüm kaynaklarını ihtiva eden maddi anlamda anayasa olduğunu ve bu anayasanın da esasında anayasal düzeni oluşturduğunu da ifade

²⁶² KARCILIOĞLU, s. 107

etmiştik. Nitekim öğretide de suçun maddi konusunu oluşturan anayasal düzenin maddi anlamda anayasa olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır²⁶³.

Ancak bu noktada belirtilmesi gerekir ki, asli kurucu iktidarı sınırlayan anayasal düzenin kapsamının belirlenmesinin şartları ile, anayasayı ihlal suçunun maddi konusunu oluşturan anayasal düzenin kapsamının belirlenmesinin şartları arasında önemli farklar bulunmaktadır. İlk olarak, asli kurucu iktidarın olağanüstü dönemlerde yeni bir anayasa yapması esnasında yürürlükte bulunan şekli anlamda bir anayasa yoktur. Ancak anayasayı ihlal suçunun işlenmesi esnasında yürürlükte olan şekli anlamda bir anayasa bulunmaktadır. Nitekim aynı şekilde, türev kurucu iktidarın da olağan dönemde yeni bir anayasa yapması halinde, yürürlükte bulunan şekli anlamda anayasa ile sınırlı olduğunu da ifade etmiştik.

İkinci olarak, kurucu iktidarın darbe veya ihtilal gibi bir suç işleyerek ortaya çıkması hususu bir kenara bırakılırsa; kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapması esnasında ceza hukuku ile muhatap olmamaktadır. Nitekim hukuka uygun bir şekilde anayasa yapmak suç teşkil etmez. Ayrıca kurucu iktidarın darbe ya da ihtilal suçu işleyerek meydana gelmesi sebebiyle, yaptığı yeni anayasanın bir ihtimal meşruiyetten yoksun olması da suç oluşturmaz. Bu durumda suç teşkil eden tek fiil, darbe ya da ihtilal olup; bu durum da anayasayı ihlal suçunun kapsamına girmektedir.

Anayasayı ihlal suçunun maddi konusu olan anayasal düzenin belirlenmesinde ise; kanunilik ilkesi başta olmak üzere, ceza hukukun temel ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim TCK m.2'ye göre idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz; suç ve ceza içeren hükümler kıyasa varacak derecede geniş yorumlanamaz. Bu açıdan bakıldığında, “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*” ifadesinin

²⁶³ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 169; **KARCILIOĞLU**, s. 111; **SOYASLAN**, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 68; **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 801; **YAŞAR**, s. 199. Bu görüşteki yazarlardan *Karcilioğlu*'nun, başlangıç kısmındaki ilkelerin çok geniş anlam ihtiva etmelerinden dolayı gerekçeyi eleştirmesine karşılık; anayasal düzenden anlaşılması gerekenin maddi anlamda anayasanın öngördüğü düzen olduğunu ifade etmesi kanaatimizce çelişkilidir. Zira maddi anlamda anayasanın, başlangıç kısmındaki kapsamı belirsiz olan ilkeleri ve bu ilkelerle birlikte yazılı ve yazısız tüm anayasal kuralları kapsayan; gerekçede belirtilen ilkelerden çok daha geniş ve belirsiz olan bir kapsamı vardır. Yazarın bu sorunun giderilmesi için yalnızca, fiilin cebri nitelik taşıması ve anayasayı ihlal kastına yönelik olması şartlarının aranması gerektiğini ifade ettiği görülmektedir. (Bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 112). Ancak bu sayılanlar suçun maddi ve manevi unsurları olup, suçun maddi konusu ne olursa olsun zaten her durumda suçun oluşumu için aranması gereken unsurlardır. Kanaatimizce, fiil ve kasta ilişkin olan bu unsurların, suçun maddi konusu olan anayasal düzeni oluşturduğu ifade edilen maddi anlamda anayasayı sınırlayabilmesi mümkün görünmemektedir.

maddi anlamda anayasayı ifade ettiğinin kabul edilmesi; anayasal düzen kavramının, kıyasa varacak kadar geniş yorumlanması kapsamına girecektir. Aynı zamanda bu durumda, idarenin yaptığı yeni düzenleyici işlemler ile anayasal düzenin kapsamı ve dolayısıyla da anayasayı ihlal suçunun kapsamı genişleyecektir. Bu durumun kanunilik ilkesine aykırı olması bir yana; sırf devletin temel düzenine ilişkin hükümler içerdiği için; değil anayasa, kanun düzeyinde bile olmayan yönetmelik, genelge veya tebliğ gibi düzenlemelerin cebir ve şiddetle kaldırılması, değiştirilmesi ya da uygulanmasının önlenmesi halinde, anayasayı ihlal suçunun oluşacağı ve faillerin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağına kabulü açıkça hakkaniyete aykırılık oluşturmaktadır.

Netice itibarıyla “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*” kavramından şekli anlamda anayasa, yani 1982 Anayasası anlaşılmalıdır. Bu durumda ise anayasal düzen, 1982 Anayasası’nın öngördüğü düzen olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki şekli anlamda anayasanın öngördüğü düzenden anlaşılması gereken, anayasanın her bir maddesinin öngördüğü düzen değildir. Zira şekli anlamda anayasanın içerisinde; yalnızca anayasal düzene dair, yani devletin temel işleyişine dair olan kurallar bulunmamaktadır. Bu hususta şekli anlamda anayasa içerisinde olan, ancak anayasal düzene ilişkin olmayan anayasa normlarının; TCK m.309 kapsamında anayasal düzene dahil olmadığını ifade etmek gerekir²⁶⁴. Kanaatimizce devletin temel işleyişi ile alakalı olmayan maddeler dışında, başlangıçtaki temel ilkeler de dahil olmak üzere şekli anlamda anayasa içinde olan tüm maddeler anayasal düzeni oluşturmaktadır.

6.2. Fail

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren, yani suçu işleyen kişidir. Yalnızca gerçek kişiler fail olabilir; tüzel kişiler suçun faili olamaz²⁶⁵. Ancak tüzel kişilerin yararına suç işlenmesi halinde, TCK m.60’a göre tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir. Nitekim anayasayı ihlal suçunun düzenlendiği TCK m.309/3’te de bu konu ile ilgili bir düzenleme olduğu için, anayasayı ihlal suçu ile yarar sağlanan tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir.

²⁶⁴ Ayrıntılı açıklama ve örnekler için bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 117-118

²⁶⁵ **GERÇEKER**, s. 99; **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 190

5237 sayılı TCK m.309'da düzenlenen anayasayı ihlal suçunun faili ise, herkes olabilir²⁶⁶. Bu açıdan hem kamu gücünü kullanan yöneticiler hem de yönetilenler suçun faili olabilir²⁶⁷. Nitekim 765 sayılı TCK m.146'nın da failinin herkes olabileceği kabul edilmekteydi. Öğretide bu suçun tek faille işlenebileceği, suçun oluşması için bir örgüt ya da çeteye gerek olmadığı; ancak genel olarak örgütsel bir faaliyetle işlendiği ifade edilmektedir²⁶⁸. Ancak kanaatimizce anayasayı ihlal suçunun tek kişiyle işlenmesi mümkün değildir. Zira elverişlilik açısından bakıldığında, anayasal düzene zarar verebilecek nitelikte bir fiilin tek bir kişi tarafından işlenebilmesi mümkün değildir²⁶⁹.

Tek kişinin anayasayı ihlal suçu işleyebilmesi, örneğin monarşi ile yönetilen bir devletin başkanını öldürmesi ve devlet başkanının yerine geçerek anayasal düzeni değiştirmesi şeklinde gerçekleşebilir. Ancak hukukumuzda tek kişinin TBMM binasını veya bakanlıkları yıkması, bombalaması ya da cumhurbaşkanına suikast yaparak öldürmesi ve dolayısıyla TCK m.310-312'deki suçları işlemesi mümkün olsa bile; bu kişinin devletin diğer bütün erklerini ve hatta silahlı kuvvetlerini yok sayarak, otoriter bir şekilde kendisinin monark olarak cumhurbaşkanının yerine geçtiğini ilan etmesi ve anayasal düzeni değiştirmesi veya kaldırıp yerine yenisini getirmesi mümkün görünmemektedir. Ancak teorik olarak, anayasayı ihlal suçunun tek kişiyle işlenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmaması sebebiyle; günümüz açısından geçerli olan bu fiili engelin sonradan ortadan kalkması ve bir kişinin anayasal düzen üzerinde hakimiyet kurabilmesine yetecek şartların oluşması halinde, anayasayı ihlal suçunun da tek kişiyle elverişli olarak işlenebileceğinin kabulü gerekir.

²⁶⁶ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1693; **BALTACI**, s. 140; **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 691; **BODUR/ÖZKUL**, s. 271; **DİNLER**, s. 1567; **GERÇEKER**, s. 2727; **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1529; **HAFIZOĞULLARI**, s. 489; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 369; **MALKOÇ**, s. 4804; **ÖZGENÇ**, s. 280; **SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK**, s. 122; **SOYASLAN**, Ceza Özel, 816; **TANERİ**, s. 2011; **TURINAY**, s. 296; **YAŞAR**, s. 218; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8805. Ayrıca bkz. Y16CD, T. 21.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

²⁶⁷ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1694; **BALTACI**, s. 141; **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 691; **BODUR/ÖZKUL**, s. 271; **DİNLER**, s. 1567; **HAFIZOĞULLARI**, s. 490; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 369; **SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK**, s. 122; **SOYASLAN**, Ceza Özel, 816; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8805

²⁶⁸ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1694; **BALTACI**, s. 142; **GERÇEKER**, s. 2730; **HAFIZOĞULLARI**, s. 489; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 369; **YAŞAR**, s. 218

²⁶⁹ **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1529; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 168; **ŞEN/ERYILDIZ**, s. 371. Suçun tek kişiyle işlenmesinin elverişlilik açısından mümkün olmadığını, ancak teorik olarak mümkün olduğunu ifade eden görüş için bkz. **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 685,708

Netice itibarıyla günümüzde anayasayı ihlal suçunun işlenebilmesi için suç örgütü ya da suç örgütü gibi fail çokluğunun olduğu bir iştirak gereklidir²⁷⁰. Bununla birlikte kamu gücünü kullanan yöneticilerin, bu gücü kötüye kullanarak anayasayı ihlal suçunu işlemeleri daha kolay olacağı için²⁷¹; bu kişilerin anayasayı ihlal suçunun faili olmaları halinde, suç örgütü derecesine varacak çoklukta olmalarının gerekmediğini de belirtmek gerekir. Örneğin askeri darbe şeklinde anayasayı ihlal suçunun işlenebilmesi için; üst düzey rütbeye sahip birkaç kişinin, emri altındaki askeri birlikleri suç işlemekte araç olarak kullanmaları halinde; birlikteki askerler, iştirak iradeleri olmadığı ve yalnızca emri ifa ettikleri için kusurlu olmayacaklar²⁷², ancak anayasayı ihlal suçunun işlenmesi için elverişli kişi sayısına da ulaşılmış olacaktır. Neticede ise suçun faili olarak sorumlu olan, yalnızca emri veren birkaç kişi olacaktır.

6.3. Mağdur

Mağdur, suçun hukuki konusuna yani suçun koruduğu hakka veya menfaate sahip olan gerçek kişidir²⁷³. Bu açıdan bakıldığında anayasayı ihlal suçunun hukuki konusunda var olan çeşitli görüşler, anayasayı ihlal suçunun mağduru hakkında da çeşitli görüşler oluşmasını sağlamıştır.

Öğretide anayasayı ihlal suçunun mağdurunun, TBMM²⁷⁴ olduğunu; toplumu oluşturan bireyler²⁷⁵ olduğunu; toplum²⁷⁶ olduğunu; devlet²⁷⁷ olduğunu ifade eden çeşitli görüşler bulunmaktadır. Yargıtay'ın görüşü de, mağdurun demokratik toplumu oluşturan bireyler olduğu yönündedir²⁷⁸. Kanaatimizce de suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerdir. Zira suçun hukuki konusu olan kurucu iktidar olma hakkının asıl sahibi millettir. Ancak

²⁷⁰ Aynı yönde görüş için bkz. **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 692. Suçun yalnızca suç örgütü vasıtasıyla işlenebileceğine, hiyerarşik yapılanmaya sahip olmayan iştirakler tarafından bu suçun işlenemeyeceğine dair görüş için bkz. **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1529; **ŞEN/ERYILDIZ**, s. 372

²⁷¹ **BALTACI**, s. 141

²⁷² Bkz. **Bölüm 8.3.1**

²⁷³ **KARCILIOĞLU**, s. 125; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 213; **YAŞAR**, s. 219

²⁷⁴ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1695; **HAFIZOĞULLARI**, s. 491; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 371

²⁷⁵ **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 692; **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1529; **KARCILIOĞLU**, s. 126; **ÖZGENÇ**, s.281; **YAŞAR**, s. 219; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8805

²⁷⁶ **BODUR/ÖZKUL**, s. 271

²⁷⁷ **TANERİ**, s. 2011

²⁷⁸ Bkz. Y16CD, T. 21.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

belirtmek gerekir ki, toplumu oluşturan bireylerin her biri tek tek suçun mağduru değildir. Zira anayasayı ihlal suçunun mağduru belirli bir kişi veya kişiler değildir²⁷⁹.

Mağdur, aynı zamanda suçtan zarar gören kişi olmakta; ancak suçtan zarar gören, mağdurdan daha geniş bir kavram olduğu için; her suçtan zarar gören, aynı zamanda mağdur olmamaktadır²⁸⁰. Örneğin mağdur yalnızca gerçek kişi olabilirken, suçtan zarar gören kişinin tüzel kişi olması da mümkündür²⁸¹. Ya da örneğin kasten yaralama suçunda mağdur ve suçtan zarar gören aynı kişi, yani yaralanan kişi olmakta; ancak kasten öldürme suçunda mağdur ölen kişi iken, suçtan zarar gören ölen kişinin yakınları olmaktadır²⁸².

Anayasayı ihlal suçu açısından bakıldığında ise, öğretide suçtan zarar görenin devlet²⁸³ olduğunu; TBMM²⁸⁴ olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır. Bununla birlikte öğretide, anayasayı ihlal suçunda suçtan zarar görenin olmadığı görüşü de bulunmaktadır²⁸⁵. Bu görüşe göre belirli bir kişinin bu suçun mağduru olmamasına rağmen; anayasayı ihlal suçunun mağdurunun toplumdaki tüm bireyler olması sebebiyle, toplumdaki tüm bireylerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde toplumdaki tüm bireylere CMK m.237'ye göre davaya katılma hakkı tanınmış olacaktır. Nitekim bu görüş, tüm toplumun davaya katılmasının mümkün olmadığını ve bu durumun muhakeme hukuku ilkelerine aykırı olacağını ifade etmektedir.

Kanaatimizce anayasayı ihlal suçunda suçtan zarar gören TBMM'dir. Devlet tüzel kişiliği içerisinde yer alan TBMM, suçun mağduru olamaz. Ancak TBMM'nin suçtan zarar gören olmasında bir engel yoktur. Nitekim TBMM, anayasayı ihlal suçu düzenlemesiyle korunan hukuki değer olan kurucu iktidar olma hakkını; bu hakkın sahibi olan milletten aldığı yetkiyle kullanan ve suçun maddi konusu olan anayasal

²⁷⁹ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1529; KARCILIOĞLU, s. 125

²⁸⁰ GERÇEKER, s. 99; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2022, 15. Baskı, s. 117

²⁸¹ GERÇEKER, s. 99; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 117

²⁸² GÖKCAN/ARTUÇ, s. 454; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 116

²⁸³ BEYOĞLU/KANTARCI, s. 692; BODUR/ÖZKUL, s. 271; MALKOÇ, s. 4804; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8805

²⁸⁴ HAFIZOĞULLARI, s. 491; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 371

²⁸⁵ KARCILIOĞLU, s. 127

düzene hukuki yollarla müdahale edebilen devlet organıdır. Bu sebeple anayasayı ihlal suçuyla, TBMM'nin yetki alanına da cebir ve şiddetle müdahale edilmekte ve TBMM suçtan zarar gören olmaktadır.

Mağdurun ve suçtan zarar gören TBMM'nin CMK m.237 uyarınca kamu davasına katılması konusunda ise, TBMM'nin katılan sıfatı alabileceği kabul edilmekle birlikte; mağdurun belirli bir kişi veya kişiler olmaması sebebiyle, toplumdaki tüm bireylerin davaya katılmasının mümkün olmadığı kabulü gerekir. Ancak anayasayı ihlal suçunun işlenmesi sırasında kullanılan cebir ve şiddet neticesinde işlenen ve TCK m.309/2 gereğince ayrıca cezalandırılacak suçlardan dolayı mağdur olan veya suçtan zarar gören kişiler, bu suçların kovuşturulmasında davaya katılabileceklerdir²⁸⁶.

6.4. Fiil

Anayasayı ihlal suçunda fiil, cebir ve şiddet kullanarak; anayasal düzeni ortadan kaldırmak, anayasal düzen yerine başka bir düzen getirmek veya anayasal düzenin uygulanmasını önlemektir. Aynı zamanda 309. maddede anayasayı ihlal suçuna teşebbüs edenlerin cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Bu açıdan öncelikle “cebir ve şiddet” ifadesinin kapsamı incelenerek, ne tür fiillerin bu kapsama gireceğinin tespiti yapılacaktır. Sonrasında ise, teşebbüs edenlerin cezalandırılacağına dair ifadeden anlaşılması gerekenin ne olduğuna değinilecektir. Son olarak ise, anayasayı ihlal suçunun ihmali davranışlarla işlenip işlenemeyeceği konusuna değinilecektir.

6.4.1. Cebir ve Şiddet

Anayasayı ihlal suçunun düzenlendiği TCK m.309'da suçun cebir ve şiddetle işleneceği öngörülmüştür. Aynı şekilde 765 sayılı TCK m.146'da da suçun cebren işlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

765 sayılı TCK döneminde öğretide, 146. maddedeki cebir ifadesinden anlaşılması gerekenin hem maddi cebir hem de manevi cebir olduğu yönünde görüşler bulunmaktaydı. Aynı zamanda bu görüşlerden bazıları, maddi veya manevi cebrin fiilde

²⁸⁶ GERÇEKER, s. 2733; KARCILIOĞLU, s. 128

aranması gerekmediğini; anayasanın hukuka aykırı olarak değiştirilmesiyle, yani fiilin ve neticenin hukuka aykırı olmasının cebri oluşturacağını da ifade etmektedir²⁸⁷.

Günümüzde 5237 sayılı TCK m.309'daki cebir ve şiddet ifadesinin manevi cebri kapsayıp kapsamadığı hakkında öğretide tartışma bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında bir tarafta anayasayı ihlal suçunun yalnızca maddi cebirle işlenebileceğine dair görüşler bulunmaktadır²⁸⁸. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir²⁸⁹. Diğer tarafta ise, genellikle madde gerekçesine dayanarak, anayasayı ihlal suçunun hem maddi cebirle hem de manevi cebirle işlenebileceğini ifade eden görüşler bulunmaktadır²⁹⁰. Bu yöndeki görüşlerden bazıları ise, 765 sayılı TCK dönemi öğretisindeki görüşlerle aynı doğrultuda olup; manevi cebirden anlaşılmaması gerekenin, 5237 sayılı TCK m.106'daki gibi cebir tehdidi olmadığını; hukuka aykırı herhangi bir fiille, görevi kötüye kullanma, yetki gaspı, hile, desise veya keyfi işlemlerle anayasayı ihlal suçu işlenebileceğini kabul etmektedir²⁹¹.

Anayasayı ihlal suçunun manevi cebirle yani tehditle işlenemeyeceğini ifade eden görüşler, kanunun hazırlanma aşamasında anayasayı ihlal suçu ile ilgili madde teklifinde ve bu teklifin gerekçesinde 'cebir veya tehdit' ifadesi bulunurken; maddenin kabul edildiği halinde tehdit ifadesinin çıkartılmış olmasının, tehditle anayasayı ihlal suçunun işlenmesinin mümkün olmadığı anlamına geldiğini belirtmektedirler. Bu

²⁸⁷ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 171; **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 145; **SOYASLAN**, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 72. Aksi yönde fiil hukuka aykırı olsa bile, maddi veya manevi cebir içermemesi halinde anayasayı ihlal suçu oluşmayacağına dair görüş için bkz. **TOROSLU**, Anayasayı İhlal, s. 600

²⁸⁸ **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 696; **MALKOÇ**, s. 4804; **ŞEN/ERYILDIZ**, s. 390; **TOROSLU**, Ceza Özel, s. 346; **YAŞAR**, s. 204

²⁸⁹ Bkz. Y16CD, T. 22.03.2019 , E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

²⁹⁰ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1697; **BALTACI**, s. 142; **BODUR/ÖZKUL**, s. 272; **GERÇEKER**, s. 2727; **HAFIZOĞULLARI**, s. 494; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 372; **ÖZGENÇ**, s. 269; **SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK**, s. 122; **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 810; **TANERİ**, s. 2012; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8806. Öğretide bu yöndeki başka bir görüşe göre, bu sonuca kanunilik ilkesine aykırı olarak madde gerekçesinden ulaşmak mümkün değildir. Nitekim bu görüşe göre, anayasayı ihlal suçu maddesinin amaca uygun olarak yorumlanmasıyla bu sonuca ulaşılmaktadır. Zira bu görüş, cebrin zaten şiddet kavramını da kapsadığını; 'cebir' ve 'şiddet' kavramlarının birlikte kullanılmasındaki amacın, cebrin şiddetten ayrılan kısmı olan manevi cebirle yani tehditle de bu suçun işlenebileceğini ifade etmek olduğunu belirtmektedir. **KARCILIOĞLU**, s. 190-191, dipnot 254. Ancak kanaatimizce bu yorum, suçu kıyasa varan derecede genişleten bir yorum olup; bu yorum da kanunilik ilkesine aykırıdır.

²⁹¹ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1702; **BALTACI**, s. 142; **GERÇEKER**, s. 2729; **HAFIZOĞULLARI**, s. 493; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 372; **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 810

açından bakıldığında, anayasayı ihlal suçunun tehditle işlenemeyeceğini ifade eden görüşlere katılmak gerekir.

Kanaatimizce bu suçun tehditle de işlenebileceğinin ifade edilmesi; 5237 sayılı TCK m.309'un, 765 sayılı TCK m.146 ile özdeşleştirilmesinden kaynaklanmaktadır²⁹². Ancak cebrin kapsamı konusunda iki kanun arasında büyük bir farklılık bulunması, bu özdeşleştirmenin hatalı olmasına sebebiyet vermektedir. Zira 765 sayılı TCK m.188/1'de cebir suçu, hem maddi hem de manevi cebri kapsayarak şu şekilde düzenlenmekteydi: *“Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.”* Ancak 5237 sayılı TCK'da, cebir ve tehdit suçlarının açıkça birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Cebir suçunun yer aldığı 5237 sayılı TCK m.108 şu şekilde: *“Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.”*; tehdit suçunun yer aldığı TCK m.106/1'in birinci cümlesi ise şu şekildedir: *“Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*. Madde düzenlemelerine bakıldığında, 765 sayılı TCK m.146'daki cebir ifadesinden hem cebrin hem de tehdidin anlaşılması mümkün olmakla birlikte; 5237 sayılı TCK m.309'da bulunan cebir ifadesinin tehdidi kapsamadığı görülmektedir.

Aynı zamanda 5237 sayılı TCK'nın sistematığına bakıldığında da 'cebir ve şiddet' kalıbının tehdidi kapsamayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. 'Cebir ve şiddet' kalıbı, 5237 sayılı TCK'da 6 farklı maddede kullanılmaktadır. Anayasayı ihlal suçu, yasama organına karşı suç ve hükümete karşı suçun düzenlendiği TCK m.309,311,312 haricindeki düzenlemelere bakıldığında; bu kalıp yalnızca TCK m.28,102/5,103/5'te yer almaktadır. TCK m.102/5,103/5'te cebir ve şiddetin kasten yaralamanın ağır

²⁹² Bu yöndeki bazı görüşler tarafından 765 sayılı TCK m.146 dönemi öğretisine ve yargı kararlarına yapılan atıflar için bkz. **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1697, dipnot 21; **HAFIZOĞULLARI**, s. 494, dipnot 32; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 372, dipnot 28; **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 810, dipnot 11

neticelerine sebep olması halleri düzenlenmekte olup; tehdidin, yaralamaya sebep olamayacağı aşıkardır. Zira TCK m.106'da düzenlenen tehdit suçu; kişinin vücut bütünlüğüne zarar verileceğinden bahsetmekle, yaralamayı bildirmekle tamamlanmaktadır²⁹³. Tehdit suçuyla birlikte, tehdit amacıyla kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde ise; tek fiille iki farklı suç oluşmuş olacak ve TCK m.106/3'e göre gerçek içtima uygulanacaktır.

Tehdidin, 'cebir ve şiddet' kalıbından dışlandığının en belirgin hali ise, madde başlığı "*Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit*" olan TCK m.28'de görülmektedir. Nitekim TCK m.28'de "*cebir ve şiddet*" bir kalıp olarak, "*korkutma ve tehdit*" ise başka bir kalıp olarak kullanılmıştır. Bu maddede tehdidin, 'cebir ve şiddet' kalıbı içerisinde yer almadığı açıkça görülmektedir²⁹⁴. Ayrıca 5237 sayılı TCK'da cebir veya tehdit ile işlenebilecek olan suçların düzenlendiği maddelerde hem cebir hem de tehdit ayrıca ve açıkça belirtilmektedir²⁹⁵. Nitekim 'cebir' kavramı TCK m.108 hariç, kanunun hiçbir yerinde tek başına kullanılmamakta; ya 'şiddet' kavramıyla ya 'tehdit' kavramıyla ya da her ikisiyle birlikte kullanılmaktadır. Netice itibarıyla hem 5237 sayılı TCK'nın sistematüğinden hem de 309. maddenin yapımı aşamasında suçun tehditle işlenebileceğine dair ifadenin çıkarılmasından anlaşılması gereken; anayasayı ihlal suçunun yalnızca cebirle işlenebileceği, tehditle işlenemeyeceğidir.

Ayrıca 309. maddenin kabulü esnasında uğradığı değışikliğin gerekçesinde de belirtildiği gibi; anayasayı ihlal suçunun tehditle işlenebileceğinin kabul edilmesi, anayasanın değıştirilmesi yönünde olan ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken fiillerin de anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilmesine yol açacaktır. Örneğin TBMM binası önünde gösteri yürüyüşü

²⁹³ GERÇEKER, s. 1138

²⁹⁴ Aynı yönde bkz. BEYOĞLU/KANTARCI, s. 696

²⁹⁵ 5237 sayılı TCK'daki bu türdeki suçlar için bkz. insan ticareti (m.80), intihara yönlendirme (m.84/4), çocukların cinsel istismarı (m.103/1-b,4), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m.109/2), eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi (m.112), kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi (m.113), siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (m.114), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (m.115), konut dokunulmazlığının ihlali (m.116/4), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m.117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m.118), yağma (m.148), ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m.223), kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali (m.224), fuhuş (m.227/4), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m.234/2), ihaleye fesat karıştırma (m.235/2-c), ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (m.239/4), görevi yaptırmamak için direnme (m.265), hükümlü veya tutuklunun kaçması (m.292/2), kaçmaya imkan sağlama (m.294/3)

yapmak için silahsız bir şekilde toplanan bir grupta, sayıca milletvekillerinin gözünü korkutacak kadar çok kişinin bulunması; anayasayla güvence altına alınmış bir temel hakkı hukuka uygun bir şekilde kullanan bu kişilerin, anayasayı ihlal suçu işlediği izlenimini oluşturabilecektir. Anayasanın değiştirilmesine dair hukuka uygun olarak yapılan bu gibi düşünce açıklamalarının anayasayı ihlal suçu kapsamına sokulması ise, bir noktada sayıca diğer milletvekillerinin gözlerini korkutacak kadar çok olan milletvekillerince yapılan anayasanın değiştirilmesi tekliflerinin dahi suç oluşturduğunu; Anayasa m.175'e uygun olarak yapılmış olsa bile, bu şekilde yapılan anayasa değişikliklerinin aslında suç işlenerek yapıldığını; anayasayı değiştirmenin, darbe veya ihtilal suçu işlemekle aynı şey olduğunu kabul etmek olur. Bu durum ise, yukarıda²⁹⁶ kabul edilemeyeceği açıklanan, milletvekillerinin anayasaya aykırı kanun yapmasının anayasayı ihlal suçunu oluşturduğu düşüncesinden bile daha vahim sonuçları olan bir kabuldür. Zira bu kabulün sonucunda tamamen anayasaya uygun bir şekilde bile yapılsa; değil anayasayı değiştirmek, milletvekilleri bu değişikliği teklif dahi etseler anayasayı ihlal suçu ile cezalandırılacaklardır. Nitekim böyle bir kabul, anayasanın kendisinde dahi anayasanın değişebileceğine dair hüküm bulunurken, anayasanın değiştirilemez ve hatta değiştirilmesi teklif dahi edilemez olması sonucunu doğuracak; anayasayı ihlal suçu düzenlemesinin açıkça anayasaya aykırı olmasını sağlayacaktır. Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçu düzenlemesini anayasaya aykırı olacağı şekilde yorumlamak ve suçun tehditle de işlenebileceğini kabul etmek mümkün değildir.

Anayasayı ihlal suçunun yalnızca cebirle işlenebileceği, tehditle işlenemeyeceği belirtildikten sonra; bu hususta ayrıca değinilmesi gereken iki özel durum vardır. Bunlardan ilki silahlı kuvvetlerin, yasama ve yürütmeye emir ve talimat vermesi ve demokratik işleyişe müdahale etmesi şeklinde gerçekleşen askeri muhtıralar, nam-ı diğer postmodern darbelerdir²⁹⁷. İkincisi ise anayasayı değiştirme yetkisine sahip milletvekillerinin, anayasaya esastan aykırı anayasa değişikliği yapması halidir. Bu iki durum başlıklar halinde ayrı ayrı incelenecektir.

²⁹⁶ Bkz. **Bölüm 2.5.1**

²⁹⁷ ŞEN/ERYILDIZ, s. 646

6.4.1.1. Askeri muhtıralar

Askeri muhtıraların, yönetilen halkın veya asker kişiler dışında kalan yönetenlerin yapacakları tehditten farklı olması; asker kişilerin devletin cebir gücünü kullanma yetkisine doğrudan sahip olmalarından kaynaklanmaktadır. Askeri muhtıralar, açıkça veya örtülü bir şekilde darbe yapılacağına dair tehdit içermektedir. Örneğin 12 Mart 1971 Muhtırası'nda *"Bu husus süratle tahakkuk ettirilemediği takdirde, Türk Silahlı Kuvvetleri, kanunların kendisine vermiş olduğu Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamak görevini yerine getirerek idareyi doğrudan doğruya üzerine almaya kararlıdır."* ifadesi bulunmaktaydı²⁹⁸. Tehdit içeren bu fiillere elverişlilik açısından bakıldığında, anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesini sağlayacak tüm şartların sağlandığı; tek eksiğin ise, faillerin cebir ve şiddet içeren fiillerle harekete geçmeleri olduğu görülmektedir. Nitekim elverişlilik açısından bakıldığında, devletin cebir gücünü elinde bulundurmeyen kimselerin ifade özgürlüğü kapsamına girebilecek nitelikteki tehdit içeren fiilleri ile askeri muhtıralar arasında; tehdidin gerçekleştirilmesi halinde, anayasal düzene karşı ortaya çıkacak tehlikenin ağırlığı bakımından büyük bir fark bulunduğu görülecektir. Bu sebeple de askeri muhtıraların anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ne var ki, fiilin elverişli olması ile cebir ve şiddet içermesi farklı konulardır. Kanunda açıkça fiilin cebir ve şiddet içermesi gerektiği yazmasına karşılık; bu kanuni unsur yerine gelmeden, fiilin elverişli olması tek başına cezalandırılma için yeterli olmayacaktır²⁹⁹.

Bu açıdan bakıldığında öğretide suçun yalnızca cebir ile işlenebileceğini ifade eden bir görüş; askeri muhtıraların tehdit suçu (TCK m.106), görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257) ya da anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketi mahiyetindeki suçlar kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir³⁰⁰. Kanaatimizce ise askeri

²⁹⁸ GÜNDOĞAN, Barış, "Demokrasiye Vurulan İkinci Darbe: 12 Mart Muhtırası", Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/demokrasiye-vurulan-ikinci-darbe-12-mart-muhtirasi/2531506>, E.T.: 17.11.2022

²⁹⁹ ŞEN/ERYILDIZ, s. 675

³⁰⁰ ŞEN/ERYILDIZ, s. 649,675. Öğretide cebrin tehdidi de kapsadığını ve anayasayı suçunun tehditle de işlenebileceğini ifade eden bir görüşe göre, askeri muhtıralar cebri nitelikte olup, anayasayı ihlal suçunun oluşumuna sebebiyet verirler. Zira bu görüşe göre, failler devletin silahlı güçlerini kullanma potansiyeline sahip olup; faillerin iradesine itiraz edilmesi halinde, bu gücün cebir uygulamak için kullanılması mümkündür. KARCILIOĞLU, s. 192. Kanaatimizce askeri güçleri yönetme yetkisine sahip kişilerin yalnızca muhtıra yayınlamaları, sözlü tehditte bulunmaları cebri nitelikte değildir. Bu durumda tehdit tamamlanmakta, anayasayı ihlal suçu işlemeye yönelik elverişli vasıtalarla sahip olunduğu ve bu gücün

muhtıralar, anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketi mahiyetinde olan suçlar kapsamında değerlendirilmelidir. Zira anayasayı ihlal suçu işlemek için gerekli elverişliliğin azami ölçüde sağlandığı askeri muhtıraların, mahiyet itibarıyla anayasaya ihlal suçuna teşebbüs olarak adlandırılmaları gerekirken; anayasayı ihlal suçuna cebri hareketlerle teşebbüs edilmesi zaten cezalandırılmış olduğu ve teşebbüse teşebbüs de olamayacağı için, askeri muhtıralar anayasayı ihlal suçuna teşebbüs sayılmamaktadır. Ancak askeri muhtıraların, basit bir tehdit suçundan veya görevi kötüye kullanma suçundan çok daha ağır neticelerinin olduğu da tarihimize bakılınca anlaşılabacaktır. Nitekim hem 12 Mart 1971 Muhtırası ile hem de 28 Şubat 1997 Muhtırası ile hükümet istifaya zorlanmış, her iki muhtıranın sonucunda da failler istediklerini elde etmişlerdir³⁰¹. Bu açıdan askeri muhtıraların anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketi mahiyetinde olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim askeri muhtıraların anayasayı ihlal suçuna teşebbüs yani teşebbüse teşebbüs olduğunun kabul edilmesi halinde TCK m.35'e göre faillere verilecek cezanın alt sınırı 13 yıl olacakken; teşebbüse teşebbüs edilememesi sebebiyle, anayasayı ihlal suçu işlemeye son derece elverişli bu fiillerin tehdit veya görevi kötüye kullanma suçu oluşturduğunun ve faillerin en fazla 5 yıl hapis cezasıyla cezalandırılabilir olmalarının kabulü hakkaniyete açıkça aykırı olacaktır.

Nitekim tehdit (TCK m.106), görevi kötüye kullanma (TCK m.257) ve anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketleri (TCK m.314,316) arasında bir içtima söz konusu olduğunda; görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK m.257'de, bu suç düzenlemesinin *“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında”* bir durum

kullanılmasının muhtemel olduğu bildirilmektedir. Ancak yazarın da verdiği örneklerdeki gibi, önemli yerlere silahlı kuvvetler, tanklar ve benzeri silahların yerleştirilmesi halinde; bu fiillerin yalnızca tehdit içeren fiiller olmaktan çıkıp, cebri nitelikteki fiillerin icrasına başlama olarak sayılması gerekir. Zira yalnızca askeri muhtıra yayınlanması, cebri nitelikte fiillerin icrasına başlanacağı anlamına gelmez. Nitekim 27 Nisan 2007 E-Muhtırası sonrasında herhangi bir askeri darbe ya da bu yönde cebri bir fiil gerçekleşmemiştir. Ancak muhtıra sonrasında veya muhtıra olmaksızın, önemli yerlere silahlı kuvvetler yerleştirilmesi gibi bir durum sonrasında; muhtırada belirtilenlerin aksine bir davranış sergilenmesi halinde, hayatın olağan akışına göre bu kuvvetlerin kullanılması, ihtimal olmaktan çıkarak kesinlik kazanmaktadır.

³⁰¹ Esasında hükümete karşı suç vasfında olan bu fiillere uygulanacak olan 765 sayılı TCK ışığında bakıldığında, 765 sayılı TCK'da tehdidin de cebrin kapsamında olması ve 147. maddenin, 146. maddede olduğu gibi tehditle de işlenebilmesi karşısında; 765 sayılı TCK döneminde askeri muhtıraların, yöneldiği amaca göre 146 ve 147. maddelerde düzenlenen anayasayı ihlal suçu, TBMM'ye karşı suç veya hükümete karşı suç kapsamına gireceği aşıkardır. ŞEN/ERYILDIZ, s. 669

olması halinde uygulanabileceğinin belirtilmesi ve bu sebeple de tali norm niteliğinde olması³⁰²; bu suçların içtimaı neticesinde TCK m.257'nin uygulanmasını engellemektedir. Tehdit suçu ile anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketlerinin içtimasında ise, TCK m.44'teki fikri içtima hükmü uygulanacak olup; neticede cezalandırma, cezası daha ağır olan anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketlerini oluşturan suçlardan yapılacaktır. Kanaatimizce devletin askeri güçlerinin suç örgütü olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı için, askeri muhtıralar TCK m.316'daki suç için anlaşma suçu kapsamına girebilecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki, anayasayı ihlal suçu işlemek için elverişliliğin azami ölçüde sağlandığı askeri muhtıraların, kanunilik ilkesi gereğince anayasayı ihlal suçu kapsamına giremiyor olması bir eksikliktir. Bu açıdan kanaatimizce, ifade özgürlüğü kapsamında kalan fiillerin anayasayı ihlal suçu kapsamına girmeyeceği, ancak askeri muhtıraların bu suça dahil edileceği bir şekilde; örneğin suçun tehditle işlenmesinin, yalnızca suçun neticeye erişmesi halinde cezalandırılabilmesi yönünde bir düzenlemenin eklenmesi gerekmektedir.

6.4.1.2. Anayasaya esastan aykırı anayasa değişiklikleri

İkinci durum olan milletvekillerinin anayasaya esastan aykırı anayasa değişikliği yapması halinde ise, anayasal düzen üzerine yapacağı etki bakımından, kanunların anayasaya aykırı olması durumundan daha ağır sonuçlar doğacaktır. Bununla birlikte anayasaya esastan aykırı anayasa değişikliği yapılması hali hakkında, anayasa hukuku bağlamında herhangi bir yaptırım da öngörülmemiştir. Nitekim kanunların anayasaya aykırı olması halinde, anayasa hukuku içerisinde bu kanunların iptal edilmesi şeklinde bir çözüm bulunmaktadır. Yine anayasaya aykırı kanun yapılmasından dolayı milletvekillerinin yasama sorumsuzluğundan faydalanamayacağına dair bir istisna öngörülmediği ve milletvekillerinin bu konuda cezai sorumluluklarının doğmayacağına dair anayasada kasıtlı bir susma olduğu yukarıda ifade edilmiştir³⁰³. Ancak kanaatimizce Anayasa m.4'te, anayasa değişikliklerinin esasına ilişkin bir yasaklama öngörülmesine rağmen, bu konuda herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olması; bu

³⁰² GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1342. Ayrıca bkz. TCK m.257'nin gerekçesi

³⁰³ Bkz. **Bölüm 2.5.1**

konuda kasıtlı bir susmanın değil, unutmanın varlığını göstermektedir. Netice itibarıyla *ultima ratio* (ceza hukukunun son çare olması) ilkesi gereğince, bu konu hakkında başka herhangi bir yaptırımın olmaması, ceza hukukunun uygulanmasının önünü açmaktadır. Bu sebeple anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırı olması konusunda bazı hususlara, milletvekillerinin anayasaya aykırı kanun yapmaktan dolayı cezalandırılmasındaki hukuki ve fiili imkansızlıklardan ayrı olarak değinilmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki anayasa değişikliklerinin tamamı, doğası gereği anayasanın değişmeden önceki haline esastan aykırı olacaktır. Ancak anayasayı ihlal suçu düzenlemesi, anayasanın değiştirilemez olmasını sağlamak amacıyla yapılmamıştır. Anayasa m.175'te belirtilen usule uygun olarak kabul edilen anayasa değişiklikleri, her ne kadar esastan anayasaya aykırı olsalar da; şeklen hukuka uygun olmaları, milletvekillerinin bu konudan dolayı cezalandırılmalarını engelleyecektir³⁰⁴. Bu sebeple anayasa değişikliklerinin esastan denetimi konusunda değinildiği üzere; anayasa değişikliklerinden, yalnızca değiştirilemez hükümlerde düzenlenen devletin temel ilkelerini doğrudan ihlal edecek derecede aykırı olanlar incelenecektir. Zira kanaatimizce anayasaya aykırı olan kanun ya da anayasa değişiklikleri arasında, anayasayı ihlal suçu oluşturma ihtimalini düşündürecek kadar ağır olan tek aykırılığı; değiştirilemez hükümlerde düzenlenen devletin temel ilkelerini doğrudan ihlal edecek derecede anayasaya aykırı olan anayasa değişiklikleri oluşturabilir. Nitekim suçun maddi konusu düşünüldüğünde, kanunların şekli anlamda anayasanın öngördüğü düzene doğrudan bir etkisi olamayacağı açıktır. Suçun hukuki konusu açısından bakıldığında ise, anayasa yapan iktidar evleviyetle kanun yapmaya da yetkili olmakla birlikte; kanun yapmak münhasıran kurucu iktidar olma hakkı ve yetkisinin içeriğine dahil değildir. Yine şekli anlamda anayasa içerisinde olmakla birlikte anayasal düzene ilişkin olmayan hükümlere aykırı olacak şekilde yapılan bir anayasaya değişikliği de bu suçun maddi konusuna zarar verebilecek nitelikte değildir.

Anayasada değiştirilemez hükümlerde düzenlenen devletin temel ilkelerinin içini boşaltacak şekilde, anayasaya esastan aykırı olan bir anayasa değişikliği yapılması fiili ise; askeri muhtıralar gibi, suçun TCK m.106 anlamında tehdit ile işlenmesi kapsamına

³⁰⁴ EREM/TOROSLU, s. 64; GÖZÜBÜYÜK, s. 169; MALKOÇ, s. 4803; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1497; TOROSLU, Anayasayı İhlal Suçu, s. 591; TOROSLU, Ceza Özel, s. 340; TURİNAY, s.291; YAŞAR, s. 197,216

girmemektedir. Öğretide anayasayı ihlal suçunun hukuka aykırı herhangi bir fiille işlenebileceğini savunan görüşler tarafından, hukuka aykırı fiile örnek olarak devletin temel ilkelerine aykırı olan anayasa değişikliklerini verilmektedirler³⁰⁵.

Bu açıdan bakıldığında ilk olarak ifade edilmesi gereken husus, devletin temel ilkelerine aykırı olan bir anayasa değişikliğini kabul ya da teklif etme fiillerinin, cebir içermemesi sebebiyle anayasayı ihlal suçunu oluşturmayacağıdır³⁰⁶. Ayrıca bu fiillerin cebir içermemesi hususu bir kenara bırakılsa bile, bir anayasa değişikliğinin değiştirilemez hükümlerdeki devletin temel ilkelerine aykırı olduğunun ispatlanabilmesi için gerekli olan yegâne yöntem, anayasa değişikliklerinin esastan denetimi yolu, halihazırda anayasamızda bulunmamaktadır. Netice itibarıyla yapılacak bir anayasa değişikliği, değiştirilemez hükümlerdeki devletin temel ilkelerine aykırı olsa dahi; esastan denetim yapılarak anayasaya aykırılık hiçbir surette tespit edilemeyecek ve hangi suçla suçlanıyor olursa olsun, şüpheden sanık yararlanacaktır³⁰⁷.

Ancak anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesi yukarıdaki ifade ettiğimiz şekilde³⁰⁸ mümkün olursa, ispat sorunu ortadan kalkacaktır. Bu durumda bir anayasa değişikliğinin anayasaya esastan aykırı olduğunun tespiti halinde, kanaatimce milletvekillerinin anayasa aykırılık kastının olduğu da kabul edilmelidir. Zira esastan

³⁰⁵ Bkz. **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1699-1700,1702; **HAFIZOĞULLARI**, s. 493-494; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 372

³⁰⁶ Aynı yönde bkz. **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 700

³⁰⁷ Bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin 05.06.2008 tarihli E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararını örnek göstererek; anayasa değişikliklerinin devletin temel ilkelerine aykırı olması halinde, bu değişikliklerin "teklif edilemez" olmaları sebebiyle şekil bakımından "yok hükmünde" olduklarını; bir hukuki işlemin yokluğunun, anayasada veya herhangi bir kanunda yazmasa dahi her mahkemece denetlenebileceğini; bu sebeple de Anayasa Mahkemesi'nin anayasada kendisine verilen böyle bir yetkisi olmasa dahi devletin temel ilkelerine aykırı bir anayasa değişikliğinin yokluğunu tespit edebileceğini ifade eden görüş bulunmaktadır. **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1708-1712. Bu konuda ilk olarak belirtilmesi gereken husus, milletvekillerinin teklif edilemez anayasa değişikliklerini teklif edip, kabul etmeleri "yok hükmünde" olmadığıdır. Zira bu durumda konu bakımından sakatlık bulunmakta olup, idare hukuku açısından bakıldığında bu durumda "iptal edilebilirlik" söz konusu olacaktır. Bununla birlikte devletin temel ilkelerine aykırı bir anayasa değişikliğinin yok hükmünde kabul edilmesi halinde bile, yokluğun açık bir yetkilendirme olmaksızın herhangi bir mahkemece tespit edilebilmesi ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin de evleviyetle yetkili olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira Anayasa m.152 gereğince, Anayasa Mahkemesi dışındaki bir mahkeme, kanunların anayasaya aykırılığını düşünerek somut norm denetimi yoluna başvurduğunda; Anayasa Mahkemesi bu konuda bir karar verinceye kadar anayasaya aykırı olduğu düşünülen kanunla bağlıdır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer mahkemelerin anayasa değişikliğinin yokluğunu tespit etmeye, evleviyetle yetkili olmadıklarını söylemek gerekecektir. Bu konuda yetkili olması muhtemel tek mahkeme Anayasa Mahkemesi'dir. Ancak söz konusu anayasa değişikliklerindeki sakatlık, açıkça değişikliğin konusuna ve içeriğine yani esasa ilişkin olup; Anayasa Mahkemesi'nin de bu konuda yetkili olmadığı anayasadan açıkça anlaşılmaktadır.

³⁰⁸ Bkz. **Bölüm 2.4.2**

denetim, devletin temel ilkelerinin yoruma gerek kalmayacak şekilde en dar anlamlarına göre yapılacağı için; milletvekillerinin yorum gerektirmeyecek bu anlamları bildikleri kabul edilecektir. Milletvekillerinin bu sınırları bilmelerine rağmen anayasaya esastan aykırı olan bir anayasa değişikliğinin kabulüne karar vermeleri halinde ise, kastın var olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu durumda dahi milletvekilleri anayasayı ihlal suçundan sorumlu tutulamayacaklardır. Zira yapılan anayasa değişikliğinin anayasaya esastan aykırı olduğunun tespit edilmiş olması, aynı zamanda değişikliğin iptal edilmiş olduğu anlamına da gelecektir. Netice itibarıyla sorun başka yöntemlerle giderilebildiği için, *ultima ratio* ilkesi gereğince TCK m.309'daki anayasayı ihlal suçu düzenlemesinin uygulanmasına da gerek kalmayacaktır.

Buna rağmen bu durumda yalnızca neticenin ortadan kaldırıldığı, neticeyi oluşturan fiile herhangi bir yaptırım uygulanmadığı ve fiilin anayasayı ihlal suçuna teşebbüs niteliğinde olması sebebiyle cezalandırılması gerektiği düşünülebilir. Ancak bu noktada yasama sorumsuzluğunun düzenlendiği hükümde, bu konu ile ilgili herhangi bir istisnanın öngörülmemiş olması halinde; yine anayasa koyucunun kasıtlı bir susmasının var olduğu ve bu durumu bilerek yaptırım altına almadığı düşünülmelidir.

Aynı zamanda bu durumda, milletvekilleri kurucu iktidar olma yetkisini ihlal etmemekte, yalnızca var olan yetkilerini kötüye kullanmaktadır. Anayasayı ihlal suçunda, failer sahip olmadıkları kurucu iktidar olma hak veya yetkisini cebir ve şiddetle ele geçirerek kullanmaktadır. Halihazırda sahip olunan yetkinin kötüye kullanılarak bu suçun işlenebilmesi için ise, yetkinin cebir ve şiddet kullanılması yetkisini de içermesi gerekir. Bu açıdan yine aynı noktaya varılmakta, milletvekillerinin yetkileri arasında, cebir ve şiddet kullanma yetkisi olmadığı ve kurucu iktidar olma yetkisinin kötüye kullanılması da cebri niteliğe haiz olmadığı için; devletin temel ilkelerine aykırı olan bir anayasa değişikliği yapılması halinde, anayasayı ihlal suçu oluşturmayacaktır.

Öğretide suçun tehditle de işlenebileceğini ifade eden bir görüşe göre, siyasi iktidarın cebri nitelik içermeyen fiillerle, devletin temel niteliklerine aykırı bir şekilde anayasa değişikliği yapması halinde anayasayı ihlal suçu oluşmayacaktır. Ancak bu görüşe göre bu fiilden önce siyasi iktidarın, anayasaya aykırılığın giderilebilmesi için gerekli olan yolları, yani Anayasa Mahkemesi'ni kaldırması veya işlemez hale getirmesi halinde; fiil

elverişli olacak ve anayasayı ihlal suçu oluşacaktır. Zira bu görüşe göre bu durumda, siyasi iktidar devletin cebri gücünü de elinde bulundurduğu için, siyasi iktidarın yapmış olduğu bu fiillere karşı konulması çok zor olacaktır³⁰⁹. Anayasayı ihlal suçunun tehditle işlenmesi kanaatimizce mümkün olmamakla birlikte; devletin temel niteliklerine aykırı anayasa değişikliği yapmadan önce, bu değişikliğin yapılmasını engelleyebilecek veya değişiklik yapıldıktan sonra ortadan kaldıracabilecek olan denetleme yönteminin, yani Anayasa Mahkemesi'nin ortadan kaldırılması halinde; TCK m.108'in ifadesiyle *“bir şeyi kendisinin yapmasına müsaade etmesi için”* cebir kullanma hali düşünülebilecektir. Ancak bu durumda fiil, değil cebir; görüşün kabul ettiği şekilde suçun işlenebilmesine olanak tanıyacak şekilde, tehdidi dahi içermemektedir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin kendisi ve anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi anayasada düzenlenmekte olup; Anayasa Mahkemesi'nin kaldırılması veya anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin elinden alınabilmesi için, yine bir anayasa değişikliği yapılması gerekecek ve bu değişiklik devletin temel niteliklerinden olan hukuk devleti ilkesine doğrudan aykırı olacaktır³¹⁰. Dolayısıyla görüşün ifade ettiği ikinci durum, esasında; farklı zamanlarda iki defa devletin temel ilkelerine aykırı anayasa değişikliği yapılmasının, anayasayı ihlal suçu oluşturacağının kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Tek fiilin cebir ya da tehdit içermemesi sebebiyle anayasayı ihlal suçu teşkil etmeyeceğinin ifade edilmesine karşılık; yine aynı niteliklere haiz iki fiilin birleşmesi halinde, anayasayı ihlal suçu oluşturduğunun kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Elverişlilik açısından bakıldığında da tek fiilin, iki fiilden daha az elverişli olacağını söylemek mümkün değildir. Örneğin tüm milletvekillerinin katıldığı bir oturumda oybirliği ile kabul edilen ve devletin temel niteliklerine aykırı olan bir anayasa değişikliği yapılması ve bu değişikliğin cumhurbaşkanınca da halk oylamasına sunulmaması halinde; Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmadan ve Anayasa Mahkemesi'nin kaldırılmasına gerek kalmadan elverişlilik sağlanmış olacaktır. Uygulamaya bakıldığında ise, TBMM'de 600 milletvekilinin oybirliğiyle bir anayasa değişikliğini kabul etmesi ne kadar mümkünse; hukuk devleti ilkesine açıkça ve

³⁰⁹ KARCILIOĞLU, s. 195-197

³¹⁰ Aynı yönde bkz. AYGÜN EŞİTLİ, s. 1701

doğrudan aykırı olacak şekilde Anayasa Mahkemesi'nin kaldırılması veya anayasa değişikliklerinin denetlenmesi yetkisinin elinden alınması da o kadar mümkündür. İlk bakışta yalnızca ilk örnekte, 600 milletvekilinin ve cumhurbaşkanının aynı yönde irade sergilemelerinin fiilen imkansız olduğu; ancak ikinci örnekte herhangi bir imkansızlık bulunmadığı düşünülse de, esasında her iki durumda da aynı imkansızlık bulunmaktadır. Zira her iki örnekte de kabul edilen anayasa değişiklikleri, anayasadaki devletin temel ilkelerine doğrudan ve açıkça aykırı olacaktır. Devletin temel niteliklerini oluşturan toplumsal değerlerin değişmesi sonucunda, kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapması hali dışında; bu gibi değişikliklerin yapılmasının toplumda infial uyandırması kaçınılmazdır. Netice itibarıyla her iki örnekteki durumların gerçekleşmesi halinde hem anayasa hem de siyasal iktidar meşruiyetini kaybedecektir. Bu açıdan görüş tarafından verilen örneğin uygulamada gerçekleşmesi mümkün olmadığı gibi; fiillerin cebir ya da görüşün kabul ettiği şekliyle tehdit içermemesi, hukuken de bu fiillerin anayasayı ihlal suçunun kapsamına girmesini engellemektedir.

Netice itibarıyla milletvekillerinin yasama faaliyeti esnasında işledikleri fiillerinin anayasayı ihlal suçu kapsamına girebilmeleri, mutlak surette cebir ve şiddet içermelerine bağlıdır³¹¹. Nitekim cebir ve şiddet içeren bir fiilin yasama faonksiyonu içerisinde yeri olmadığı için, bu noktada yasama sorumsuzluğu hükmü de uygulanmayacaktır³¹². Ancak milletvekillerinin yasama faaliyeti kapsamındaki fiillerinin sonucunda kabul ettikleri anayasa değişiklikleri, kanunlar ya da diğer normlar anayasaya ne kadar aykırı olurlarsa olsunlar; anayasadaki yasama sorumsuzluğu hükmünde belirli bazı fiiler için kısıtlamaya gidilmediği sürece, herhangi bir suç düzenlemesi kapsamına girebilmeleri de mümkün değildir.

6.4.2. Teşebbüs Etme

Hem 765 sayılı TCK m.146'da hem de 5237 sayılı TCK m.309'da anayasayı ihlal suçu işlemeye "*teşebbüs edenler*"in cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu ifadeden 3 farklı konuya dair çıkarımda bulunulabilir. İlk olarak yukarıda da ifade edildiği üzere, bu ifadeden failin herhangi bir kişi olabileceği anlaşılmaktadır. İkinci olarak, anayasayı

³¹¹ ÖZGENÇ, s. 270

³¹² SOYSAL, s. 390

ihlal suçuna teşebbüs edilmesine, diğer suçlara teşebbüsten farklı bir yaptırım bağlandığı; failin anayasayı ihlal suçunun cezasıyla cezalandırılması için, suça teşebbüs edilmesinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Üçüncü olarak anlaşılan ise, suç ile esas olarak cezalandırılmak istenenin ne olduğudur. Bu konuda her iki kanun döneminde de tartışma bulunmakla birlikte, tartışmalar suçun neticeye erişmiş halinin cezalandırılmasına ilişkindir. Bu sebeple bu bölümde üçüncü hususa değinilmeyecek, bu konuya suçun neticesi ile ilgili bölümde yer verilecektir. Bu bölümde ise, ikinci çıkarımda belirtilen, failin cezalandırılabilmesi için gereken teşebbüs etme fiili incelenecektir.

Öncelikle belirtilmelidir ki anayasayı ihlal suçuna teşebbüs edilmesi durumunda cezalandırılan fiil, esasında TCK m.35'te belirtilen herhangi bir suça teşebbüs edilmesinden farklı değildir³¹³. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de aynı yöndedir³¹⁴. Bu açıdan failin anayasayı ihlal suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için gerekli olan teşebbüs etme durumunun oluşması hakkında da, TCK m.35 ile öngörülen suça teşebbüs ile ilgili şartların oluşup oluşmadığına bakılması gerekmektedir. Bu şartlar ise TCK m.35/1'de *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu tutulur.”* şeklinde gösterilmektedir. Bu açıdan teşebbüsün dört şartı bulunmaktadır: failde suç işlemek için kastın olması, elverişli hareketlerin bulunması, doğrudan doğruya suçun icrasına başlanılmış olması, failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamamış olması. Görüldüğü üzere teşebbüsün şartları içerisinde fiile ilişkin olan iki şart, doğrudan doğruya suçun icrasına başlanılmış olması ve fiilin elverişli olmasıdır.

Suçun icrasına doğrudan doğruya başlanılmış olması, fiilin anayasayı ihlal suçuna teşebbüs niteliğinde olmasıyla, anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketi olması ayırımının yapılabilmesini sağlamaktadır³¹⁵. TCK m.309'da anayasayı ihlal suçunun *“cebir ve şiddet kullanarak”* işlenebileceği ifade edilmektedir. Bu sebeple anayasayı ihlal suçuna teşebbüsün oluşması için gerekli olan, icrasına başlanan fiilin de cebir ve

³¹³ **BALTACI**, s. 142; **TOROSLU**, Anayasayı İhlal Suçu, s. 594; **TOROSLU**, Ceza Özel, s. 343. Aksi yönde bkz. **TURİNAY**, s. 305

³¹⁴ Bkz. Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

³¹⁵ **KARCILIOĞLU**, s. 200

şiddet içermesi gerekmektedir³¹⁶. Bununla birlikte cebir ve şiddet içeren her fiili, anayasayı ihlal suçuna teşebbüs olarak algılamak da yanlış olur. Nitekim kanunda münhasıran anayasayı ihlal suçu için belirli neticeler öngörülmüştür. Bu sebeple cebir ve şiddet içeren bir fiilin anayasayı ihlal suçuna teşebbüs sayılabilmesi için, fiilin aynı zamanda “*doğrudan doğruya*” anayasayı ihlal suçunun neticelerine yönelik olarak işlenmesi gerekmektedir³¹⁷. Bu sebeple doğrudan anayasayı ihlal suçunun neticesine yönelik olmayan fiiller, bu suça teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Ancak bu fiillerden anayasayı ihlal suçunu işlemek için yapılan hazırlıklara dahil olanların, anayasayı ihlal suçunun hazırlık suçları mahiyetindeki suçlar kapsamına girebilmeleri pek tabii mümkündür³¹⁸.

Fiilin elverişli olması hususunda ise, suçun icrasına doğrudan doğruya başlama hususundaki gibi her olaya uygulanacak belirli kıstaslar yoktur. Fiilin elverişliliğinin değerlendirilmesi her bir somut olay için, olay anındaki şartlar ve failin bildiği özel durumlar dikkate alınarak objektif olarak yapılır³¹⁹.

Bu açıdan ülkemizde anayasayı ihlal suçunun en yaygın şekilde ortaya çıktığı durumlar hakkında fiilin elverişliliği üzerine genel bir değerlendirme yapılabilir. Örneğin askeri darbeler ve terör örgütlerince işlenen anayasayı ihlal suçlarındaki fiillerin elverişliliğine bakılacak olursa; devletin askeri güçlerinin büyük ölçüde katıldığı askeri darbelerde kural olarak fiilin elverişli olduğu varsayılabilir³²⁰. Tam tersi terör örgütleri açısından anayasayı ihlal suçunu neticeye ereştirecek elverişliliğin olmadığı varsayılabilir³²¹. Zira terör örgütlerinin anayasal düzeni ortadan kaldırabilmesi, değiştirebilmesi ya da uygulanmasını engelleyebilmesi için öncelikle devletin askeri gücünü aşan insan ve silah gücüne sahip olmaları gerekir. Ancak bu varsayımlar olağan dönemler için geçerli olup, olağanüstü dönemlerde pek tabii geçerliliklerini yitirebilirler. Örneğin siyasi ya da başka sebeplerle askeri güçlerin içinde bölünmelerin olması halinde, terör örgütlerinin

³¹⁶ KARCILIOĞLU, s. 202

³¹⁷ HAFIZOĞULLARI, s. 496; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 373; KARCILIOĞLU, s. 207

³¹⁸ KARCILIOĞLU, s. 211

³¹⁹ BALTACI, s. 142; BEYOĞLU/KANTARCI, s. 693; KARCILIOĞLU, s. 212-213; ÖZGENÇ, s. 278; SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK, s. 122

³²⁰ Aynı yönde görüş için bkz. KARCILIOĞLU, s. 214

³²¹ Aynı yönde görüş için bkz. KARCILIOĞLU, s. 217

anayasayı ihlal suçunu neticeye ulaştırmaları daha kolay olacaktır. Ya da aynı durumda askeri güçlerin yeknesak bir şekilde darbe yapmaları mümkün olamayacağı ve hatta darbe için harekete geçen bir grup askeri gücün, diğeri askeri güçler tarafından engellenebilecek olması karşısında darbenin neticeye ulaşması ihtimali epey azalacaktır.

Ülkemizde askeri darbeler gibi çok görülmemekle birlikte, halk ihtilali şeklinde anayasayı ihlal suçu işlenmesi halinde ise; fiilin elverişliliğı, kanaatimizce halkın tamamının ya da büyük bir çoğunluğunun katılımı ile olabilir. Nitekim bu durumda egemenliğin asıl sahibi olan halkın, kurucu iktidar olma hakkını kullanması gündeme gelebileceğı gibi; halkın, terör örgütü gibi temelinde hukuka aykırı bir topluluk olmaması sebebiyle de askeri güçler tarafından terör örgütüne karşı gösterilecek direniş gibi, halk ihtilaline de yüksek bir direniş gösterilemeyecektir. Ancak bu durumda da ihtilale katılan halk kesiminin nispeten azınlıkta kalması halinde, askeri güçlerin direnişle karşılaşılması ihtimali, neticeye erişme açısından fiili elverişsiz kılabilir.

Anayasayı ihlal suçuna teşebbüsü oluşturan fiillerin mahiyeti hakkında öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre teşebbüs ile anayasayı ihlal suçu tamamlanmaktadır³²². Nitekim bu görüşte olan yazarların çoğunlukla anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilmesi halinde faillerin cezalandırılmayacağını ve bu sebeple de teşebbüsün cezalandırıldığını ifade ettikleri de görülmektedir. Diğer görüşe göre ise, teşebbüs suçun tamamlanmasını değil, oluşumunu sağlamaktadır³²³. Bu görüşe göre ise, TCK m.309'da teşebbüsün cezalandırılacağına yer verilmesi, yalnızca anayasayı ihlal suçu ile korunan maddi konu olan anayasal düzenin son derece önemli olması ve bu suçu oluşturan fiilin anayasal düzene verebileceğı zararın ağırlığı göz önünde bulundurulmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bu görüşe göre korunan maddi konunun son derece önemli ve zararın da son derece büyük olması sebebiyle, anayasayı ihlal suçuna teşebbüs edilmesi halinde TCK m.35'teki indirimin uygulanmasının önüne geçilmek için, teşebbüs ile tamamlanmış suçun yalnızca ceza bakımından bir tutulması söz konusudur.

³²² **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1697; **BALTACI**, s. 143; **BODUR/ÖZKUL**, s. 274; **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1531; **HAFIZOĞULLARI**, s. 496; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 373; **MALKOÇ**, s. 4805; **ÖZGENÇ**, s. 273; **SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK**, s. 122

³²³ **KARCILIOĞLU**, s. 146,152; **ŞEN/ERYILDIZ**, s. 380

Bu husustaki görüş ayrılıklarının esasında, anayasayı ihlal suçunun neticeli bir suç olup olmadığı yönündeki görüş ayrılıklarından kaynaklandığı görülmektedir. Bu sebeple bu konudaki ayrıntılı açıklama anayasayı ihlal suçunun neticesiyle ilgili bölümde yapılacaktır. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, kanaatimizce TCK m.309'daki anayasayı ihlal suçu düzenlemesi neticeli olarak yapılmakla birlikte; bu suç düzenlemesiyle cezalandırılan, neticeye teşebbüs edilmesi halidir³²⁴. Dolayısıyla kanaatimizce anayasayı ihlal suçu düzenlemesi somut tehlike suçu niteliğini haiz olup, teşebbüsle suç tamamlanmaktadır.

6.4.3. İcrai Hareket ve İhmali Hareket

Anayasayı ihlal suçunu oluşturan cebir ve şiddet içeren fiillerin icrai hareketlerle işlenebilmesi hususunda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamakla birlikte, bu suçun ihmali hareketlerle işlenebilmesi hususunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Anayasayı ihlal suçunun ihmali davranışla işlenmesi hakkındaki görüş ayrılıkları esasında, genel olarak TCK'da ihmali hareketle işlenmesi hakkında ayrıca düzenleme yapılmamış olan suçların ihmali hareketlerle işlenebilir olup olmaması konusu hakkındaki görüş ayrılıklarından kaynaklanmaktadır.

Öğretideki bir görüş, anayasayı ihlal suçunun ihmali davranışlarla da işlenebileceğini ifade etmektedir³²⁵. Nitekim Yargıtay da TCK'daki her suçun hem icrai hem de ihmali hareketlerle işlenebileceğini kabul etmektedir³²⁶. Diğer görüş ise, TCK'nın genel hükümlerinde suçların ihmali davranışlarla işlenebileceğine dair bir hükmün yer almadığını, özel hükümler içerisinde ihmali davranışlarla işlenebilecek icrai nitelikteki suçların ayrıca belirtilmiş olduğunu; ihmali davranışlarla işlenebileceği düzenlenmeyen diğer icrai suçların ve anayasayı ihlal suçunun, kıyas yapılarak kanunilik ilkesine aykırı şekilde ihmali davranışlarla işlenebileceğinin kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir³²⁷.

Ayrıca öğretide, anayasayı ihlal suçunun bağlı hareketli suç olduğunu, yani fiilin kanunen belirli bir şekilde cebir ve şiddetle işlenmesi gerektiğini; bu sebeple de doğası

³²⁴ ÖZEK, Anayasayı İhlal, s. 106

³²⁵ SOYASLAN, Ceza Özel, s. 804; ŞEN/ERYILDIZ, s. 634

³²⁶ Bkz. Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

³²⁷ BEYOĞLU/KANTARCI s. 686; HAFIZOĞULLARI, s. 494; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 372; KARCILIOĞLU, s. 141; ÖZGENÇ, s. 273; YAŞAR, s. 217

gereği cebir ve şiddet içermeyen ihmali davranışlarla bu suçun işlenemeyeceğini ifade eden görüşler bulunmaktadır³²⁸. Yine bu görüş tarafından icrai nitelikteki suçların ihmali hareketlerle işlenebilmesi için, ihmali hareketlerin icrai harekete eşdeğer olması gerekmekte; ancak ihmali davranışların, anayasayı ihlal suçunun işlenebilmesi için gerekli olan cebir ve şiddet içeren icrai fiillere eşdeğer olmasının mümkün olmadığı da ifade edilmektedir³²⁹.

Kanaatimizce de anayasayı ihlal suçunun icrai fiiller olmaksızın, yalnızca ihmali davranışlarla işlenmesi mümkün değildir. Ancak cebir ve şiddet içeren icrai fiillerle beraber, bu fiilleri engelleme görevi bulunan garantör sıfatına sahip kişilerin görevlerini yerine getirmekte ihmali davranışlar sergileyerek anayasayı ihlal suçuna iştirak etmeleri pek tabii mümkündür³³⁰. Örneğin darbeyi engelleme görevi olan devletin güvenlik güçlerinin, icrai fiillerle bu suça katılmamakla birlikte; darbeyi engellemek için hiçbir çaba sarf etmemeleri halinde, ihmali davranışlarla anayasayı ihlal suçuna iştirak edilmesinden söz edilebilir. Ancak aynı örnekte devletin güvenlik güçlerinin darbeyi engelleyebilecek yeterliliğe sahip olmadığının açıkça görüldüğü bir durumda, güvenlik güçlerinin gerçekten suça iştirak etme iradelerinin olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Zira bu durumda iştirak iradesinin varlığı halinde anayasayı ihlal suçu oluşabileceği gibi; iştirak iradesi olmaksızın, yalnızca yapılacak herhangi bir müdahalenin suçun oluşmasını engelleyemeyeceği düşüncesiyle oluşan ihmali davranış; anayasayı ihlal suçuna değil, TCK m.257/2’de düzenlenen ihmali surette görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir.

6.5. Netice

6.5.1. Genel Olarak

Bu bölümde öncelikle madde metninde neticeleri öngörülen anayasayı ihlal suçunun somut tehlike suçu olması niteliğine değinilecek; maddede öngörülen neticelerin gerçekleşmesi halinde cezalandırılanın ne olduğu belirlenecek; sonrasında anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilmesi halinde faillerin cezalandırılabilmesiyle ilgili öğretide

³²⁸ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1696; KARCILIOĞLU, s. 140.

³²⁹ KARCILIOĞLU, s. 139

³³⁰ Aynı yönde bkz. KARCILIOĞLU, s. 142; ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 154; ŞEN/ERYILDIZ, s. 636

yer alan tartışmalara değinilecek; son olarak ise, ayrı başlıklar halinde anayasayı ihlal suçu için TCK m.309’da öngörülen neticeler açıklanacaktır.

Öğretide, anayasayı ihlal suçunun niteliği hakkında görüş ayrılıkları bulunmakta; genel olarak bu konudaki görüşler doğrultusunda da, maddede öngörülen anayasal düzenin kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi ve fiilen uygulanmasının önlenmesi durumlarının niteliği hakkındaki görüşler de şekillenmektedir. Öğretide suçun niteliği hakkında soyut tehlike suçu olduğunu, somut tehlike suçu olduğunu ve zarar suçu olduğunu ifade eden üç farklı görüş bulunmaktadır. Bu husustaki ilk görüş, anayasayı ihlal suçunun oluşması için herhangi bir neticenin doğmasının aranmadığını, suça yönelik fiilin gerçekleştirilmesiyle suçun tamamlandığını ve tehlikenin gerçekleştiğini belirterek; anayasayı ihlal suçu, neticesiz bir soyut tehlike suçu niteliğinde olduğunu ifade etmektedir³³¹. Nitekim bu yöndeki görüşlerden birinin anayasal düzenin kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi ve fiilen uygulanmasının önlenmesi durumlarını; genel kasta dahil olan, faillerin taşıması gereken amaç olarak nitelendirdiği görülmektedir³³².

Öğretideki ikinci görüş ise, suçun somut tehlike suçu olduğunu ifade etmekte; kanun koyucunun zarar neticesinin ağırlığını göz önünde bulundurarak, anayasayı ihlal suçuna teşebbüs etme fiilinin doğurduğu zarar tehlikesini cezalandırdığını ifade etmektedir³³³. Nitekim bu görüşe göre, fiilin maddede belirtilen neticelere erişmek için elverişli olmasının gerekmesi, bu suçun somut tehlike suçu olduğunu göstermektedir. Bu açıdan bu yöndeki görüşlerin genellikle, maddede belirtilen anayasal düzenin kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi ve fiilen uygulanmasının önlenmesi durumlarını; anayasayı ihlal suçunun, cezalandırma yapılabilmesi için oluşması gerekmeyen zarar

³³¹ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1696,1697; **HAFIZOĞULLARI**, s. 495; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 373; **SOYASLAN**, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 69-70; **SOYASLAN**, Ceza Özel, s. 802-803

³³² Bkz. **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1718

³³³ **BALTACI**, s. 142; **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 684-685; **GERÇEKER**, s. 2728; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 170; **MALKOÇ**, s. 4804,4805; **ÖZGENÇ**, s. 278; **SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK**, s. 122; **TANERİ**, s. 2012; **YAŞAR**, s. 214; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8804. Suçun niteliğini soyut tehlike suçu olarak belirtmekle birlikte; maddede öngörülen anayasal düzenin kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi ve fiilen uygulanmasının önlenmesi durumlarının suçun zarar neticesi olduğunu; suçu oluşturan tehlikeli fiillerin de suçun tehlike neticesini oluşturduğunu ifade eden görüş için bkz. **BODUR/ÖZKUL**, s. 270,274

neticelerini oluşturduğunu ifade ettikleri görülmektedir. Yargıtay'ın son zamanlardaki görüşü de bu yöndedir³³⁴.

Son olarak üçüncü görüş ise, anayasayı ihlal suçunun somut tehlike suçu değil, zarar suçu olduğu; madde metninde açıkça neticelerin öngörülmesinin, bu suça zarar suçu vasfını kazandırdığını ifade etmektedirler³³⁵. Nitekim bu yöndeki görüşlerden bir tanesi, neticeye erişilmesi ve zararın gerçekleşmesi halinde suçun cezalandırılmayacak olması sebebiyle, kanun koyucunun zarar tehlikesinin cezasını, zararın oluşması halinin cezası ile bir tuttuğunu; ancak zarar tehlikesinin cezalandırılmasının suçun vasfını belirlemediğini, suçun zarar suçu olduğunu ifade etmektedir³³⁶. Diğer bir görüşün ise, suçun tehlike suçu olarak nitelendirilmesinin, zararın oluşması halinde cezalandırma yapılamayacağı düşüncelerinden kaynaklanmakla birlikte, bu durumun geçerli bir gerekçe teşkil etmediğini; zarar neticesinin ortaya çıkmasının mümkün olduğu bu suçun, neticenin gerçekleşmediği durumlarda tehlike suçu, neticenin gerçekleştiği durumlarda zarar suçu olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ifade ettiği görülmektedir³³⁷.

Bu hususta bir değerlendirme yapabilmek için, öncelikle zarar suçu, somut tehlike suçu ve soyut tehlike suçu ayrımlarına değinmek gerekir. Zarar suçları, fiilin işlenmesiyle netice olarak bir zararın doğduğu ve netice ile fiil arasında nedensellik bağının arandığı suçlardır³³⁸. Tehlike suçlarında ise, gerçek bir zararın doğmasına gerek olmayıp; zarar tehlikesinin meydana gelmesi suçun oluşumu için yeterlidir³³⁹. Meydana gelen zarar tehlikesinin yoğunluk bakımından azlığı veya çokluğu ise, suçun soyut tehlike suçu ya

³³⁴ **Y16CD, T. 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758:** “Suç, bir teşebbüs suçu ise de, gerek yargısal kararlarda gerekse, doktrinde duraksamasız biçimde kabul edildiği üzere fiilin, hazırlık hareketlerinden çıkıp icra aşamasına ulaşması gerekir. Korunan değerlere matuf tehlike oluşturmaya elverişli eylemlerin bu fiil kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle suçun bir somut tehlike suçu olduğunun kabulü gerekir.” Ayrıca bkz. Y16CD, T. 03.04.2018, E. 2017/3800, K. 2018/957; Y16CD, T. 31.10.2018, E. 2018/2012, K. 2018/4553; Y16CD, T. 21.01.2019, E. 2018/2519, K. 2019/323; Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953; Y16CD, T. 09.12.2019, E. 2019/6765, K. 2019/8453; Y16CD, T. 18.03.2020, E. 2019/9560, K. 2020/2034

³³⁵ **KARCILIOĞLU**, s. 142-148; **ÖZEK**, Anayasayı İhlal, s. 112; **ŞEN/ERYILDIZ**, s. 379

³³⁶ **ÖZEK**, Anayasayı İhlal, s. 112-113

³³⁷ **KARCILIOĞLU**, s. 146

³³⁸ **ERSOY, Uğur**, Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2020, C. 1, S. 41, s. 32; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 232

³³⁹ **ERSOY**, s. 32; **KARCILIOĞLU**, s. 143; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 232

da somut tehlike suçu olmasına etki etmektedir³⁴⁰. Bu açıdan somut tehlike suçlarında, gerçek bir zarar tehlikesinin doğması gerekmekte; bu zarar tehlikesi de suçun neticesi olarak kabul edilmektedir³⁴¹. Ayrıca somut tehlike suçlarında, tehlikenin varlığının bir varsayıma dayandırılması mümkün olmayıp; somut olayın şartlarının değerlendirilmesiyle, fiilin gerçekten zarar tehlikesi doğurup doğurmadığının araştırılması gerekmekte; fiil ile zarar tehlikesi arasında, nedensellik bağının varlığı gerekmektedir³⁴². Soyut tehlike suçlarında ise, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin gerçekleştirilmesiyle, tehlikenin de gerçekleştiği varsayılmakta; suç konusu üzerinde gerçek, somut bir tehlikenin meydana gelmesi aranmamakta; bu sebeple de fiil ile meydana gelen tehlike arasında nedensellik bağının varlığı da aranmamaktadır³⁴³.

Kanaatimizce maddede gösterilen anayasal düzenin kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi ve fiilen uygulanmasının önlenmesi durumlarını anayasayı ihlal suçunun zarar neticelerini oluşturmaktadır. Nitekim maddede sayılan bu neticelerin, faillerin amacı olduğunun kabul edilmesi halinde de aynı sonuç doğacaktır. Zira genel kasta dahil olan amaç, isteme unsuru olup; kastın isteme unsuru ise, neticeye yönelmektir³⁴⁴. Bu açıdan amaç, esasında neticenin istenmesi olup; anayasal düzenin kaldırılmasını, yerine başka bir düzen getirilmesini veya fiilen uygulanmasının önlenmesini amaçlamak, bu neticelerin istenmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla maddede öngörülen bu durumların, faillerin genel kastına dahil olan amacı olduğunun kabul edilmesi; bu durumların aynı zamanda suçun zarar neticesi olduğunun kabul edilmesi anlamına gelmektedir.

Madde metninde zarar neticelerini öngörmekle birlikte kanun koyucu, neticeye erişilmesi halinde doğacak zararın ağırlığını göz önünde bulundurarak, cezalandırma için zararın gerçekleşmesini aramamış; anayasayı ihlal suçunun neticelerini doğurmaya yönelik, anayasal düzene zarar verme tehlikesi doğuran teşebbüs fiillerini cezalandırmıştır³⁴⁵. Nitekim zararın gerçekleşmesinin aranmamış olması, anayasayı

³⁴⁰ **ERSOY**, s. 32

³⁴¹ **ERSOY**, s. 34-35; **KARCILIOĞU**, s. 143; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ**, s. 233

³⁴² **ERSOY**, s. 35; **KARCILIOĞU**, s. 143; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ**, s. 232

³⁴³ **ERSOY**, s. 44,46; **KARCILIOĞU**, s. 143-144; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ**, s. 233

³⁴⁴ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ**, s. 262

³⁴⁵ **ÖZEK**, Anayasayı İhlal, s. 106

ihlal suçunun tehlike suçu niteliğinde olduğunu göstermektedir. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere, anayasayı ihlal suçu düzenlemesinde “teşebbüs” ifadesine yer verilmesinin, TCK m.35’teki teşebbüsün şartlarının aranması gerekmekte; bu sebeple de fiilin, doğrudan doğruya anayasal düzene zarar vermeye yönelik olması ve buna elverişli olması gerekmektedir³⁴⁶. Elverişlilik ise, netice ile fiil arasında nedensellik bağının kurulması ve fiilin neticeye yönelik kastı göstermesi anlamına gelmektedir³⁴⁷. Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçunun oluşması için, cebir ve şiddet içeren fiilin anayasal düzene zarar verebilecek ciddi ve somut bir tehlike doğurmasının gerekmesi; fiil ile netice arasında bir nedensellik bağının bulunmasının gerekmesi ve hatta madde metninde zarar neticelerinin öngörülmüş olması; bu suçun soyut tehlike suçu değil, somut tehlike suçu niteliğini haiz olduğunu göstermektedir. Nitekim TCK m.309’un gerekçesinde yer verilen “... teşebbüste aranılacak elverişlilik, suçun işleniş biçimi ve özellikle suçun bir tehlike suçu olduğu dikkate alınarak, kullanılan cebir veya tehdidin neticeyi elde etmeye elverişli olup olmadığının hâkim tarafından takdir edilmesi gerekir.”³⁴⁸ ifadesi hem madde ile öngörülen anayasal düzenin kaldırılması, yerine başka bir düzen getirilmesi ve fiilen uygulanmasının önlenmesi durumlarının anayasayı ihlal suçunun zarar neticeleri olduğunu hem de anayasayı ihlal suçunun somut tehlike suçu olduğunu göstermektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, anayasayı ihlal suçunun soyut tehlike suçu niteliğinde olduğunu ifade eden görüşler de, kendileriyle çelişerek, suçun oluşması için elverişli hareketlerin gerekli olduğunu ifade ettikleri görülmektedir³⁴⁹.

Bu noktada zarar neticelerinin madde içerisinde açıkça öngörülmüş olmasının, anayasayı ihlal suçunun zarar suçu niteliğinde olduğunu göstermeyeceğini de belirtmek isteriz. Nitekim suçun oluşması için, suçun konusuna zarar verebilecek somut bir tehlikenin arandığı suçlarda; hayatın olağan akışı gereğince, zararın doğması da gayet muhtemel ve tabiidir. Bu açıdan anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilebilmesinin ve zararın oluşabilmesinin mümkün olması ve hatta tarihimizde de örneğinin görülmüş olması, anayasayı ihlal suçunun zarar suçu niteliğinde olduğu anlamına gelmeyecektir.

³⁴⁶ ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 123; BEYOĞLU/KANTARCI, s. 685

³⁴⁷ ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 123

³⁴⁸ ÖZGENÇ, s. 279

³⁴⁹ Bkz. AYGÜN EŞİTLİ, s. 1696; HAFIZOĞULLARI, s. 496

Nitekim kanundaki diğer somut tehlike suçu düzenlemelerine bakıldığında aynı durumun var olduğu görülecektir. Örneğin TCK m.170/1’de düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması, TCK m.172/3’te radyasyon yayma, TCK m.173/1’de atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme, TCK m.179’da trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarında kişilerin hayatı, sağlığı ya da malvarlığı üzerinde zarar neticesinin doğabileceğinin açıkça öngörüldüğü görülmektedir. Bununla birlikte bu suçların düzenlemelerinde zarar neticelerinin öngörölmüş olması, bu suçların zarar suçu niteliğinde olduklarını göstermemektedir. Nitekim bu yöndeki fiillerin, örneğin kişilerin hayatı açısından zarar neticesini meydana getirmeleri hali; zarar suçu olarak TCK m.81’de kasten öldürme, TCK m.82/1-c’de kasten öldürmenin nitelikli hali, TCK m.85’te taksirle öldürme suçları olarak düzenlenmiştir. Kişilerin sağlığı açısında bir zararın doğması hali de, TCK m.86’da kasten yaralama, TCK m.87’de kasten yaralamanın nitelikli hali, TCK m.89’da taksirle yaralama suçları olarak; malvarlığı açısından zarar neticesinin doğması hali TCK m.151’de mala zarar verme, TCK m.152’de mala zarar vermenin nitelikli halleri suçları olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan bir suçu oluşturan tehlikeli fiil sonucunda doğabilecek zararın madde metninde açıkça gösterilmiş olması, o suçun zarar suçu niteliğini haiz olduğu anlamına gelmemektedir.

Ayrıca kanunun sistematığıne bakıldığında, kanun koyucunun özel suç düzenlemeleri içerisindeki ‘teşebbüs’ ile ilgili ifadeleri kullanma amacının; yalnızca ilgili suçu oluşturan fiillerin teşebbüs aşamasında kalması halinde, TCK m.35’teki teşebbüs indiriminin uygulanmasını engelleme olduğu da kabul edilemez. Nitekim TCK m.35’in gerekçesinde, *“teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.”* ifadesine yer verilmiş ve hatta bu duruma örnek olarak anayasayı ihlal suçu gösterilmiştir³⁵⁰. Bununla birlikte içinde teşebbüse dair ifade geçen suç düzenlemeleri, yalnızca TCK m.309’daki anayasayı ihlal suçu ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar bölümündeki diğer suçlardan oluşmamaktadır. Örneğin TCK m.262’deki kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi; TCK m.277’deki yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs; TCK m.288’deki adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçları içerisinde de teşebbüse ilişkin ifadelerle açıkça yer verildiği görülmektedir. Ayrıca kanunda teşebbüs fiilinin cezasının, suçun

³⁵⁰ Bkz. GERÇEKER, s. 435

tamamlanmış halinin cezası ile aynı olarak belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı suçlar da bulunmaktadır. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği TCK m.79/1’de “Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.” ifadesine yer verilmiş; rüşvet suçunun düzenlendiği TCK m.252/3’te “Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.” ifadesine yer verilmiştir. Bu açıdan kanunda teşebbüs fiilinin cezasının, suçun tamamlanmış halinin cezası ile aynı olarak belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin açıkça yapılmalarına rağmen; anayasayı ihlal suçu düzenlemesinde bu anlamda açık bir belirtme yapılmadığı görülmektedir. Netice itibarıyla kanun koyucunun, anayasayı ihlal suçu düzenlemesinde teşebbüs ifadesine yer vermekteki amacının; teşebbüs fiillerinin cezasını, neticenin cezası ile eşit tutarak, cezanın indirilmesini engellemek olmadığı; aksine anayasayı ihlal suçunu teşebbüs suçu olarak, somut tehlike suçu niteliğinde düzenlemek olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasayı ihlal suçunun, somut tehlike suçu olması sebebiyle; zarar tehlikesinin oluşmasıyla, yani maddede gösterilen neticelere teşebbüs edilmesiyle suç tamamlanır. Nitekim elverişli hareketlerle suçun icrasına başlandığı zaman suç tamamlanmış olacaktır. Ancak bu şekilde yapılan ilk hareketle suç tamamlansa ve cezalandırma yapılabilmesi mümkün olsa da; suçun, neticeye erişilmesinin engellendiği ya da neticeye erişildiği zamana kadar yapılan bütün fiiller, hukuken tek fiil sayılacak ve son fiilin işlenmesiyle suç bitecektir. Bu açıdan anayasayı ihlal suçunu zarar suçu olarak kabul edip; neticeye erişilmesi halinde, neticenin cezalandırılacağı görüşüne de katılamamaktayız³⁵¹. Zira somut tehlike suçlarını oluşturan tehlikeli eylem, aynı zamanda bir zarara da sebep olursa; bir fiille birden fazla suç oluşacağı için, TCK m.44 gereğince cezası en ağır suçtan dolayı ceza verilecektir³⁵². Bu noktada, tehlike suçunun cezasının zarar suçunun cezasından ağır olması sebebiyle, tehlike suçundan dolayı ceza verilmesi halinde; ilgili tehlike suçu, zarar suçu niteliğini kazanmadığı gibi, cezalandırma da zarar neticesinden değil, zarar tehlikesi oluşturan fiilden dolayı

³⁵¹ KARCILIOĞLU, s. 146

³⁵² Bkz. TCK m.170’in gerekçesi: “Bu fiillerin işlenmesiyle bir zarar neticesinin meydana gelmesi hâlinde, meydana gelen zarara ve bu zararın meydana gelmesi açısından failin kast veya taksirine göre başka suçlar oluşacaktır. Örneğin, toplumda genel güvenliği tehlikeye sokan bir etki meydana getiren fiiller sonucunda bir veya birkaç kişi ölmüş veya yaralanmış ya da kişiler malvarlığı itibarıyla zarar görmüş olabilir. Bu gibi durumlarda, farklı neviden fıkri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir.” GERÇEKER, s. 1676

yapılmış olacaktır. Anayasayı ihlal suçunda ise, zarar neticelerine erişilebilmesinin mümkün olması ya da somut olayda zarar neticesinin doğması, anayasayı ihlal suçunun zarar suçu olmasını sağlamayacaktır. Maddede belirtilen zarar neticeleri, başka herhangi bir zarar suçunun kapsamına girmemesine rağmen; anayasayı ihlal suçu için zarar tehlikesi oluşturan fiillerin, bir zarar suçu kapsamına girebilmesi mümkündür. Ancak bu durumda TCK m.309/2 gereğince fikri içtima hükmü uygulanamayacağı için, failer hakkında hem zarar tehlikesinden dolayı anayasayı ihlal suçundan hem de zarardan dolayı ilgili zarar suçundan cezalandırma yapılacaktır.

Anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesi, zararın doğması halinde; anayasal düzenin kaldırılması, değiştirilmesi veya fiilen uygulanmasının engellenmesi halinde; hem 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde hem de 5237 sayılı TCK dönemi öğretisinde suçun cezalandırılmayacağı görüşü hakimdir³⁵³. Ancak yine her iki kanun dönemi öğretisinde, azınlıkta da olsa; anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesi halinde, suçun cezalandırılabileceği görüşleri bulunmaktadır³⁵⁴. Nitekim Yargıtay'ın son zamanlardaki görüşü de cezalandırma yapılabilmesi yönündedir³⁵⁵.

Öğretide anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilmesi halinde failerin cezalandırılmayacağını ifade eden görüşlerden bir tanesi, anayasayı ihlal suçunun neticesinde ihtilal meydana geleceğini ve ihtilalin cezalandırılmayacağını; ihtilalcinin ancak başka bir ihtilalci tarafından yargılanabileceğini ifade etmektedir³⁵⁶. Anayasayı ihlal suçunun ihtilal şeklinde işlenmesi hali aşağıda işleneceği için, bu kısımda bu görüş üzerine değerlendirme yapılmayacaktır. Anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilmesi halinde failerin cezalandırılmayacağını ifade eden diğer bazı görüşler ise; suçun koruduğu hukuki değerın ortadan kalkmasını sebep olarak göstermektedir³⁵⁷. Bu görüşlerin ortadan kalkacağını ifade ettikleri hukuki değer ise, anayasal düzendir.

³⁵³ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1695; BALTACI, s. 143; BODUR/ÖZKUL, s. 271; DİNLER, s. 1568; HAFIZOĞULLARI, s. 495; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 372; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1498; SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 69; SOYASLAN, Ceza Özel, s. 802; ŞEN/ERYILDIZ, s. 380; TURİNAY, s. 290

³⁵⁴ BEYOĞLU/KANTARCI s. 690; EREM/TOROSLU, s. 66; KARCILIOĞLU, s. 239; MALKOÇ, s. 4805; ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 126; TOROSLU, Anayasayı İhlal Suçu, s. 593; TOROSLU, Ceza Özel, s. 342-343

³⁵⁵ Bkz. Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

³⁵⁶ HAFIZOĞULLARI, s. 494

³⁵⁷ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1694; SOYASLAN, Ceza Özel, s. 802

Nitekim suç oluşturan bir fiilde cezalandırılan, hukuki değerin ihlali olup; suç oluşturan fiil ile maddi konunun ortadan kalkması mümkün olsa bile, hukuki değerin ortadan kalkması halinde, suç da ortadan kalkacak ve cezalandırma yapılamayacaktır³⁵⁸. Bununla birlikte; anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesi halinde, suçla korunan hukuki değerin ortadan kalktığı ifadesine katılamamaktayız. Zira kanaatimizce ortadan kalktığı ifade edilen anayasal düzen suçun maddi konusu olup; suçun hukuki konusu olan kurucu iktidar olma hak ve yetkisinin, millet egemenliğinin ortadan kalkması; değil anayasayı ihlal suçuyla, savaş neticesinde devletin yıkılması halinde dahi mümkün değildir. Nitekim asli kurucu iktidarın ortaya çıktığı hallerden birinin de devletin yıkılması ve yerine yeni bir devlet kurulması olduğu göz önünde bulundurulursa³⁵⁹; bu durumda dahi kurucu iktidar olma hakkının ortadan kalkmadığı ve milletin bu hakkı kullanarak, yeni bir anayasal düzenle birlikte yeni bir devlet kurabilme gücüne sahip olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, bu durumda cezalandırma yapılabilmesi için gerekli olan hukuk düzeninin ortadan kalktığını ifade eden görüşe de katılamamaktayız³⁶⁰. Zira hukukun kaynağı, toplumsal düzen olup; şekli anlamda anayasanın olmadığı durumlarda ortaya çıkan asli kurucu iktidarın bağlı olduğu hukuku da toplumsal düzen kuralları belirlemektedir. Bu sebeple anayasayı ihlal suçunun neticelerine erişilmesi halinde de toplumsal düzen kuralları ve onun oluşturduğu hukuk varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilmesi halinde cezalandırma yapılamayacağını ifade eden bazı görüşlere göre ise; bu durumun sebebi, cezalandırarak makamın ortadan kalkması ya da bu makamın yetkiyi kullanamamasıdır³⁶¹. Ancak suçu cezalandırabilecek olan makamın kullandığı yargı yetkisinin kaynağı, millet egemenliği olup; millet egemenliği ortadan kalkmadıkça, suçun cezalandırılabilmesi mümkündür. Bu noktada yetkinin kaynağı olan, millet egemenliği devam ediyor olsa bile; yargı makamlarının millettten aldığı yetkiyi, anayasa tarafından kendilerine verilmesi sonucunda kullandıkları; yargı makamlarının bu konuda yetkili olduğunu belirten yetki belgesinin, anayasal düzenin ve anayasanın ortadan kalkmasıyla yetkinin de kalkacağı

³⁵⁸ EREM, s. 27

³⁵⁹ Bkz. Bölüm 2.3.2.1

³⁶⁰ Bkz. AYGÜN EŞİTLİ, s. 1695

³⁶¹ BALTACI, s. 143; ŞEN/ERYILDIZ, s. 380

ifade edilebilir. Ancak yargı yetkisinin şekli anlamda anayasanın ve onun öngördüğü düzenin ortadan kalktığı durumda kullanılamayacağının kabul edilmesi; kanaatimizce hukuku ve maddi anlamda anayasayı oluşturan toplumsal düzen kurallarının ve bu kurallara dahil olan hukuk devleti olma ilkesinin yok sayılması halinde mümkündür.

Aynı şekilde anayasanın tüm kanunların ve ceza kanunların dayanağını oluşturduğu ve anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesiyle anayasa ortadan kalktığı için temelsiz kalan ceza kanunlarının uygulanamayacağı da söylenebilir. Ancak bu düşünce, örneğin darbe sonrası geçiş dönemlerinde olduğu gibi şekli anayasanın kaldırıldığı zamanlarda; yalnızca anayasayı ihlal suçunu hükmünün değil, tüm suçlarla ilgili hükümlerin, ceza kanununun ve diğer tüm kanunların uygulanamayacağı anlamına da gelecektir. Böyle bir sonucun kabul edilemeyecek olması bir yana, anayasayı ihlal suçunun da tüm kanunlara ve hukuk düzeninin tamamına karşı işlenmediği, yalnızca şekli anlamda anayasanın öngördüğü düzene karşı işlendiğinin düşünülmesi halinde, böyle bir sonucun doğmasının mümkün olmadığı da görülecektir.

Ayrıca şekli anlamda anayasa, kanunların kaynağı değil; yalnızca uygun olmaları gereken bir üst normdur³⁶². Bu açıdan şekli anlamda anayasa, anayasal düzen içinde oluşturulan ve bu düzeni temsil eden normlar bütünü olup; kanunların içinde oluşukları ve bağlı oldukları anayasal düzenin, maddi anlamda anayasanın ya da diğer bir ifadeyle toplumsal düzenin oluşturucusu değildir³⁶³. Nitekim kanunların varlığı ve uygulanabilirliği, oluşturuldukları dönemin anayasasına bağlı olsaydı; 1924 Anayasası döneminde kabul edilen 765 sayılı TCK'nın 27 Mayıs 1960 Darbesi sonucunda 1924 Anayasası'yla birlikte zımnen ilga edilmiş sayılması ve o tarihten sonra uygulanamıyor olması gerekirdi. Ancak bilindiği üzere 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde iki tane darbe olmuş ve bu kanun 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile ilga edilinceye kadar; 1924 Anayasası haricinde, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde de uygulanmaya devam etmiştir. Bu açıdan anayasayı ihlal suçu neticesinde şekli anayasanın kaldırılmış olması, maddi anlamda anayasal düzenin de ortadan kalktığı anlamına gelmeyecek; kanunlara ve yargı yetkisine temel oluşturan maddi anlamda anayasal düzen varlığını sürdürmeye devam edecektir.

³⁶² ÖZTÜRK, s. 24

³⁶³ ERDOĞAN, s. 126

Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçu neticeye erişse, şekli anayasa ve onun öngördüğü düzen kaldırılrsa dahi faillerin cezalandırılması mümkündür. Nitekim faillerin, sahip oldukları fiziki güç sebebiyle, suç işlenmesinin hemen arkasından cezalandırılmalarının fiilen mümkün olmamasıyla; hukuken anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmiş halinin cezalandırılmayacak olmasını birbirine karıştırmamak gerekir. Zira cezalandırmanın fiilen imkansız olduğu bu durumda dahi suç varlığını devam ettirmekte; fiilî imkansızlık ortadan kalktıktan sonra faillerin cezalandırılabilmesinin önünde hukuki anlamda hiçbir engel kalmamaktadır.

Bu noktada anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmiş halinin de cezalandırılabilir olduğu ifade edildikten sonra; oluşabilecek neticelerin, yani anayasal düzenin ortadan kaldırılması, anayasal düzen yerine başka bir düzen getirilmesi ve anayasal düzenin uygulanmasının engellenmesi durumlarını incelenecektir.

6.5.1.1. Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmak

765 sayılı TCK m.146'da ilga olarak ifade edilen anayasal düzenin ortadan kaldırılması neticesi, eski anayasal düzenin yerine yeni bir düzen getirilmeden bu suçun işlenmesi halidir³⁶⁴. Şekli anlamda anayasanın öngördüğü anayasal düzenin kaldırılması halinde, maddi anlamda anayasanın öngördüğü düzenin varlığını devam ettirdiğini ifade etmiştik. Ancak bu durum anayasal düzenin kaldırılamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira suçun maddi konusu, şekli anlamda anayasanın öngördüğü düzen olup; anayasal düzenin kaldırılmasından anlaşılması gereken de şekli anlamda anayasanın öngördüğü düzenin kaldırılması ve yerine şekli anlamda anayasayla yeni bir düzen öngörülmemesidir.

Anayasal düzenin ortadan kaldırılması, hukuki düzlemde bir işlemle ya da fiili olarak gerçekleşebilir³⁶⁵. Hukuki düzlemde kaldırma için yapılacak işlem, zorunlu olarak anayasal düzeni öngören ve onu hukuken temsil eden şekli anlamda anayasanın cebir ve şiddetle kaldırılması yoluyla gerçekleşecektir. Örneğin bu durum milletvekillerine cebir

³⁶⁴ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1704; **KARCILIOĞLU**, s. 235; **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 127. Öğretide anayasayı ihlal suçuyla, darbeyle veya ihtilalle anayasal düzenin kaldırılamayacağını; eski anayasanın, bu anayasayı resmen ilga eden bir yeni anayasa yapıncaya kadar yürürlükte kalmaya devam edeceğini ve eski anayasanın öngördüğü düzenin de uygulanmaya devam edeceğini ifade eden görüş de bulunmaktadır. Bkz. **ANAYURT**, s. 172

³⁶⁵ **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 128

ve şiddet uygulayarak, TBMM'ye anayasanın ilga edildiğini belirten bir karar ya da norm kabul ettirilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Bu noktada TBMM'ye kabul ettirilen normun niteliği veya ismi önem arz etmemektedir. Zira hukuka uygunluk açısından bakıldığında, cebir ve şiddetle TBMM'nin iradesi sakatlandığı için, her halde yok hükmünde olan bu normun isminin anayasa olması, onu hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi; bu normun, anayasa veya kanun ya da başka herhangi bir isimle yayınlanmış olması, önceki anayasaya etkisini de değiştirmeyecektir.

Anayasal düzeni öngören ve hukuken temsil eden şekli anlamda anayasaya hukuki düzlemde yapılacak doğrudan müdahaleler dışındaki tüm durumların ise, fiili müdahale sayılması gerekir. Örneğin cebir ve şiddetle TBMM'ye çıkarttırılan normun doğrudan etkisinin anayasaya yönelik olmaması, şekli anlamda anayasanın öngördüğü anayasal düzenin işleyişine ilişkin açıklayıcı hükümler içeren herhangi bir kanuna yönelik olması halinde; her ne kadar hukuk düzleminde bir işlem yapılmış olsa da, yapılan bu işlemin şekli anlamdan anayasanın öngördüğü anayasal düzene hukuki açıdan doğrudan bir etkisi olmayacaktır. Ancak bu durum, anayasal düzenin fiili işleyişinin durdurulması, değiştirilmesi gibi sonuçlar doğurabilecektir. Bu sonuçlar ise, anayasal düzene yapılan fiili müdahale kapsamına girecektir.

Anayasal düzenin, şekli anlamda anayasanın kısmen veya tamamen kaldırılması yoluyla ya da diğer şekillerde fiili müdahaleyle kısmen veya tamamen kaldırılması ilk bakışta mümkün görünmektedir. Ancak uygulamaya bakıldığında anayasanın ve anayasal düzenin tamamen kaldırılması halinde, yerine geç de olsa yeni bir anayasa ve anayasal düzen getirildiği görülmektedir. Yine tarihimizde işlenen anayasayı ihlal suçlarına bakıldığında, anayasanın ve anayasal düzenin yalnızca bir kısmının kaldırılması neticesi görülmemektedir.

Bununla birlikte anayasal düzenin, şekli anlamda anayasayla birlikte tamamen kaldırılması halinde, yerine yeni bir anayasal düzenin kurulmadığı varsayılsa bile; kaldırılan bu düzene dahil olan bazı kuralların, toplumsal düzenin yani maddi anlamda anayasanın ayrılmaz bir parçası haline gelmeleri sebebiyle, uygulanmaya devam edilmeleri söz konusu olacaktır. Örneğin Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde dahi monarşiden uzaklaşarak, daha demokratik bir işleyişe, meşrutiyete yönelen ve hatta Osmanlı Devleti'nin yıkılması sonrasında tamamen demokratik usullerle işleyen ve

millet egemenliğine dayalı bir devlet kuran Türk milletinin; şekli anlamda anayasa ve onun öngördüğü anayasal düzenin ortadan kaldırılması neticesinde, demokrasiden ve egemenliğinden vazgeçmesi mümkün değildir. Yine toplumun hukuk devleti olmaktan ve onunla bağlantılı olarak temel hak ve özgürlüklerinin büyük bir çoğunluğundan vazgeçmeleri de mümkün görünmemektedir. Anayasayı ihlal suçu işlenmesi esnasında uygulanan cebir ve şiddet sonucunda, toplumsal düzenin ayrılmaz parçası halinde gelmiş bu gibi anayasal ilkelerden geçici bir süreliğine vazgeçilmesi mümkün olsa da; bu toplumsal ilkelerin süresiz bir şekilde tamamen ihlal edilebilmesi, kaldırılması kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Anayasal düzenin kaldırıldığının ifade edilebilmesi için ise, kaldırmanın geri dönüşsüz olması gerekmektedir. Buna rağmen toplumsal düzenin ayrılmaz parçası haline gelen kuralların varlığı ise, anayasal düzenin bir parçasının hâlâ uygulanmaya devam ettiğini veya ileride tekrar uygulanacağını göstermektedir.

Netice itibarıyla şekli anlamda anayasanın öngördüğü anayasal düzenin tamamen kaldırılması mümkün olmayıp; bu ifade teorik olarak, anayasal düzenin kısmen ortadan kaldırılmasına tekabül etmektedir. Ayrıca her ne kadar uygulamada görülme de; anayasal düzenin, şekli anlamda anayasanın kısmen ilgası yoluyla veya fiili müdahaleyle kısmen ortadan kaldırılması da teorik olarak mümkündür.

6.5.1.2. Anayasal Düzen Yerine Başka Bir Düzen Getirmek

765 sayılı TCK m.146'da tebdil olarak ifade edilen anayasal düzen yerine başka bir düzen getirme neticesi; eski düzenin cebirle kaldırılmasından sonra, yerine farklı temel prensiplere dayanan yeni bir düzen öngörülmesi şeklinde gerçekleşir³⁶⁶. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, anayasayı ihlal suçunun bu neticesinde cezalandırılan, yeni düzenin eski düzene göre daha kötü olması ya da toplum yapısına aykırı olması olmadığı için; yeni düzenin eski düzenden daha iyi, zamanının toplumsal yapısına daha uygun olması halinde de suçun cezasız kalması mümkün değildir³⁶⁷.

Yukarıda anayasal düzenin kaldırılması konusunda da bahsedildiği üzere, kanaatimizce anayasal düzenin kısmen değiştirilebilmesi mümkün olmakla birlikte, tamamen

³⁶⁶ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1705; **KARCILIOĞLU**, s. 237; **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 127

³⁶⁷ **KARCILIOĞLU**, s. 238

değiştirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim 1960 Darbesi sonrasında hazırlanan 1961 Anayasasıyla da, 1980 Darbesi sonrasında hazırlanan 1982 Anayasasıyla da kendilerinden önceki anayasaların öngördüğü düzenden tamamen farklı ya da önceki düzene tamamen ters düzenler öngörülmemiştir. Örneğin hem 1924 Anayasası hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu ve egemenliğin de millete ait olduğunu öngörmüşlerdir. Aynı zamanda 1961 Anayasası'nda hükümet sistemi olarak öngörülen parlamenter sistem, 1982 Anayasası'nın ilk halinde de hükümet sistemi olarak öngörülmüştür³⁶⁸.

Anayasal düzenin değiştirilmesi için önce kaldırılması, sonrasında ise kısmen veya tamamen yeni bir şekli anlamda anayasayla yeni bir düzen getirilmesi gerekmektedir. Anayasal düzenin kaldırılmasının hukuki düzlemde bir işlemle ya da fiili müdahaleyle yapılabileceği yukarıda ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce öngörülecek yeni anayasal düzenin, hukuk düzlemi dışında fiili olarak öngörülmesi mümkün değildir. Fiili olarak oluşturulan yeni düzenin uygulanması mümkün olsa bile; oluşturulan bu düzenin TCK m.309 bağlamında anayasal düzen olarak adlandırılabilmesi için, şekli anlamda bir anayasayla öngörülmesi gerekmektedir. Zira anayasayı ihlal suçunu oluşturan fiilin değiştirme olarak adlandırılabilmesi için, oluşturulan yeni düzen ile eski anayasal düzenin hukuken aynı konumda olması gerekir. Bu sebeple fiilen oluşturulan yeni anayasal düzenin, kaldırılan eski anayasal düzen gibi şekli anlamda bir anayasayla öngörülmesi gerekir. Bu ise, ancak hukuk düzleminde bir işlemle sağlanabilir.

Fiilen oluşturulan yeni düzenin, yazılı olmayan maddi anlamda anayasa ile öngörüldüğünün; yazılı olan şekli anlamda anayasanın öngördüğü eski anayasal düzen ile aynı hukuki konumda olduğunun kabulü ise mümkün değildir. Zira fiilen uygulanan bu düzenin kurallarının, yazılı olmayan maddi anlamda anayasa olarak kabul edilebilmesi için; örf ve adetler gibi, toplum tarafından kabullenilerek uzun zamandan beri uygulanıyor olması ve toplumun bu kurallara uyulmasının zorunlu olduğuna inanıyor olması gerekmektedir. Ancak fiilen oluşturulan yeni düzenin kurallarının bu şartları taşımadığı açıkça görülmektedir. Netice itibarıyla anayasal düzenin değiştirildiğinin ifade edilebilmesi için, hukuki düzlemde yapılan bir işlemle veya fiili müdahaleyle kaldırılan eski anayasal düzenin yerine; mutlaka hukuki düzlemde

³⁶⁸ KARCILIOĞLU, s. 238

yapılacak bir işlemle kabul edilecek şekli anlamda anayasayla yeni bir anayasal düzen öngörülmesi gerekmektedir.

6.5.1.3. Anayasal Düzenin Fiilen Uygulanmasını Önlemek

765 sayılı TCK m.146’da tağyir olarak ifade edilen anayasal düzenin fiilen uygulanmasını önleme neticesi; anayasal düzenin hukuki varlığına herhangi bir zarar vermeden, uygulanmasını fiilen engellemek, ihmal etmek, geciktirmek veya savsaklamaktır³⁶⁹. Anayasal düzenin uygulanmasının önlenmesi neticesi, yalnızca uygulanmasını geciktirme şeklinde kısa süreli olarak ortaya çıkabileceği gibi; sürekli olarak uygulanmasını ihmal etme veya engelleme şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak anayasal düzenin uygulanmasının sürekli olarak engellenmesi hali, esasında anayasal düzenin kaldırılması halini teşkil etmektedir. Bu sebeple kanaatimizce anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi neticesi kapsamına, yalnızca anayasal düzenin geçici bir süre uygulanmasının engellenmesi, geciktirilmesi halleri girmektedir.

Ayrıca anayasal düzenin uygulanmasının önlenmesi neticesine, hukuki düzlemde yapılacak bir işlemle, örneğin TBMM’ye anayasanın tamamen veya kısmen yürürlüğünün durdurulmasına dair bir norm kabul ettirilmesi şeklinde erişilmesi halinde, kanunilik ilkesi gereğince suç oluşmayacaktır. Zira TCK m.309’un lafzına bakıldığında diğer neticelerden farklı olarak, anayasal düzenin uygulanmasının önlenmesi neticesine “*fiilen*” erişilebileceğinin ayrıca belirtildiği görülmektedir. Bununla birlikte hukukumuzda yürürlükteki herhangi bir normun yürürlüğünün durdurulabileceğine dair bir düzenleme bulunmadığı gibi; anayasaya aykırı kanunların yürürlüğünün durdurulabileceği düşüncesi de, Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarıyla oluşmuştur³⁷⁰. Bu sebeple kanaatimizce, hukuk düzleminde yapılacak bir işlemle şekli anlamda anayasanın yürürlüğünün durdurulabileceği ve anayasal düzenin bu şekilde uygulanmasının engellenebileceği kanun koyucu tarafından öngörülemediği için, bu konuda kanunda bir boşluk bulunmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, suçun teşebbüs aşamasında kalması ve bu aşamada faillerin kastının hangi neticeye yönelik olduğunun anlaşılamaması halinde; faillerin kastının

³⁶⁹ **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1714; **KARCILIOĞLU**, s. 238; **ÖZEK**, Siyasi İktidar, s. 127; **SOYSAL**, s. 388

³⁷⁰ **ANAYURT**, s. 836

kanunen suç olmayan anayasal düzenin hukuk düzleminde yapılacak bir işlemle uygulanmasının engellenmesi yönünde olması şüphesi doğacaktır. Bu noktada ise, şüpheden sanık yararlanacağı için, faillerin anayasayı ihlal suçuna teşebbüs etmesi çoğu zaman cezasız kalacaktır. Bu sonuç ise, suçun ağırlığını düşünerek anayasayı ihlal suçuna teşebbüs edilmesi halini de suçun tamamlanmış hali gibi cezalandırmak isteyen kanun koyucunun iradesine tam ters bir sonuç doğuracaktır. Aynı durumda faillerin, kastlarının tam olarak hangi neticeye yönelik olduğu anlaşılmamakla beraber; anayasal düzene karşı suç işleme kastlarının mutlak surette var olması gerekçesiyle, teşebbüsten cezalandırılmaları halinde ise; tamamlanmış, neticeye erişilmiş hali suç olmayan bir fiilin, evleviyetle suç olmaması gereken teşebbüs hali cezalandırılmış olacak ve yine kanuna aykırı bir sonuç doğacaktır.

6.5.2. Darbe ve İhtilal

Bu bölümde ilk olarak darbe ve ihtilalin ne olduklarına, birbirleri ile benzeyen ve farklı yönlerine, hangi durumlarda anayasayı ihlal suçu oluşturacaklarına değinilecektir. Sonrasında ise, ülkemizde işlenen ve neticeye erişmiş olan 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 darbelerine ve bu darbelerin getirdiği anayasalara değinilecektir.

Darbe, sözlükte *‘Ülkede bir grup tarafından örgütlü bir biçimde, silah zoruyla baskı kurularak veya seçim dışındaki demokratik usulleri kötüye kullanarak, mevcut hükûmeti istifa ettirme veya rejimi değiştirecek biçimde yönetimi devirme işi’*³⁷¹ olarak tanımlanmaktadır. İhtilal ise, *‘Bir ülkenin siyasal, sosyal ve ekonomik yapısını veya yönetim düzenini değiştirmek amacıyla, kanunlara uymaksızın cebir ve kuvvet kullanarak yapılan geniş halk hareketi, devrim’*³⁷² anlamına gelmektedir.

Tanımlarında da görüldüğü üzere darbe ile ihtilalin bazı hususlarda ortak özellikleri vardır. Örneğin her iki fiil de yönetimi devirme, değiştirme; anayasal düzeni değiştirme, geçersiz kılma, son verme amaçlarına yönelik olarak işlenmektedir³⁷³. Bununla birlikte darbe ile ihtilal; failleri, fiilleri ve neticeleri bakımından birbirlerinden ayrılmaktadırlar. İlk olarak, darbe herhangi bir grup tarafından gerçekleştirilebilirken; ihtilal, geniş halk

³⁷¹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

³⁷² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

³⁷³ **ANAYURT**, s. 173

kitlesi hareketi şeklinde gerçekleşmektedir³⁷⁴. Ancak teorik olarak anayasayı ihlal suçunun, failleri bakımından tüm işleniş şekillerinin darbe suçu olarak adlandırılması mümkündür. Zira anayasayı ihlal suçunun bir suç örgütü ya da suç örgütü gibi fail çokluğuna sahip bir iştirakle işlenmesi gerekmektedir. Darbe suçu için gereken de bir grup kişi olup, bu kişilerin örgütlü bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Bu noktada ise, kanaatimizce örgütlü hareket etmekten tek anlaşılması gereken, mutlaka TCK m.220 veya TCK m.314 kapsamına girecek şekilde bir suç örgütü olmasının gerektiği değildir. Aynı zamanda TCK m.37 ve devamındaki iştirak hükümleri kapsamında, faillerin suç işlemekte fikir ve eylem birliğinde olmaları hali de örgütlü hareket etmek olarak anlaşılmalıdır. Bu açıdan darbe suçunun tanımında ifade edilen “bir grup” ifadesi; hem ihtilal yapan geniş halk kitlesini hem suç örgütlerini hem de asker kişiler tarafından oluşturulan iştirakleri kapsamaktadır. Ancak genel kullanım itibarıyla tüm bu haller ayrı ayrı adlandırılmaktadır. Suçun adlandırılması, faillerin geniş halk kitlesi olması halinde, ihtilal olarak; faillerin askeri kişiler olması halinde, askeri darbe olarak; faillerin asker olmayan kişiler olması halinde ise, sivil darbe olarak yapılmaktadır.

İkinci olarak, darbenin seçim dışındaki demokratik usullerin kötüye kullanılarak işlenebilmesi de mümkünken; ihtilal, yalnızca cebir ve kuvvet kullanımı yoluyla gerçekleştirilebilir. Ancak darbenin, demokratik usullerin kötüye kullanılması şeklinde işlenmesi hali; cebir ve şiddet içermediği sürece, anayasayı ihlal suçu kapsamına girmemektedir. Bu açıdan darbe, anayasayı ihlal suçundan daha geniş kapsama sahiptir.

Son olarak ise, darbe genellikle anayasa düzen üzerinde kısmi değişikliklere sebep olurken; ihtilalin anayasal düzene etkisi, genelde anayasal düzende köklü bir değişiklik olması şeklinde gerçekleşmekte ve darbeye göre anayasal düzene daha fazla zarar vermektedir³⁷⁵. Ancak uygulamada genelde bu şekilde olması, tam tersinin mümkün olmadığı anlamına gelmez. Teorik olarak geniş halk kitlesinin, anayasal düzende kısmi değişiklikler yapmak ya da yönetimi değiştirmek için harekete geçmesi mümkün olduğu gibi; diğer askeri veya sivil darbeler sonrasında da anayasal düzende köklü değişiklikler

³⁷⁴ **ANAYURT**, s. 175; **ERDEM, Tevfik**, Türkiye’de Darbe ve Müdahalelerin Kısa Tarihi, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Yayın Tarihi: 15.07.2019, <https://www.sde.org.tr/tevfik-erdem/genel/turkiyede-darbe-ve-mudahalelerin-kisa-tarihi-kose-yazisi-10443>, E.T.: 23.02.2023

³⁷⁵ **ANAYURT**, s. 174; **ERDEM**, Türkiye’de Darbe ve Müdahalelerin Kısa Tarihi, Stratejik Düşünce Enstitüsü

yapılması mümkündür. Darbe ve ihtilalin neticelerinin daha hafif veya daha ağır olması ise, anayasayı ihlal suçunun oluşması açısından herhangi bir fark oluşturmamaktadır. Zira her iki durumda da doğrudan anayasal düzene karşı cebir ve şiddetle işlenen bir fiilin olması ve bu fiilin, anayasal düzenin bir kısmına ya da tamamına etki etmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Ayrıca anayasayı ihlal suçunun oluşumu için; anayasal düzende yapılan değişikliklerin, faillerin cebri güçlerini yitirmelerinden sonra da uygulanmaya devam etmesi, yeni düzenin sürdürülebilir olması da gerekmemektedir. Nitekim anayasayı ihlal suçu, anayasal düzende değişiklik yapılması ile bitmiş olacaktır.

6.5.2.1. 27 Mayıs 1960 Darbesi ve 1961 Anayasası

27 Mayıs 1960 Darbesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra anayasal düzene karşı gerçekleşen ilk darbedir³⁷⁶. Eylemin adlandırılması hususunda farklı görüşler bulunmakla birlikte³⁷⁷; geniş bir halk kitlesi tarafından gerçekleştirilmediği için, 27 Mayıs 1960 eyleminin ihtilal olarak adlandırılmasını teorik olarak mümkün değildir. Bu sebeple, 27 Mayıs 1960 eyleminin darbe olarak adlandırılması tercih edilmiştir.

a. Darbeden önceki durum ve darbenin nedenleri

27 Mayıs 1960 Darbesi öncesinde, darbeye zemin hazırlayan olaylar, Demokrat Parti'nin (DP) 14 Mayıs 1950 seçimleriyle iktidara gelmesinden öncesine dayanmakta; Cumhuriyet Halk Partisi'nin (CHP) iktidarda olduğu dönemde de, ordu içerisinde memnuniyetsizlikler bulunmaktaydı³⁷⁸. Nitekim bu memnuniyetsizliğin sebeplerini; 2. Dünya Savaşı sonrasında ordunun durumunun kötüleşmesi, ekonomik sıkıntılar, emekli olması gereken yaşlı komutanların emekli edilmemesi, genç subayların terfilerinin zorlaşması gibi durumlar oluşturmakta; bu sıkıntıları ise, iktidara gelmesi halinde

³⁷⁶ **AKGÜN, Seçil Karal**, Ellinci Yılına Yaklaşırken 27 Mayıs ve Getirdiği Anayasaya Kısa Bir Bakış, Atatürk Yolu Dergisi, Y. 2009, C. 11, S. 43, s. 407

³⁷⁷ Bkz. **Meclis Araştırması Komisyonu**, Ülkemizde Demokrasiye Müdahale Eden Tüm Darbe ve Muhtıralar ile Demokrasiyi İşlevsiz Kılan Diğer Bütün Girişim ve Süreçlerin Tüm Boyutları ile Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, TBMM, 2012, Sıra Sayı: 376, s. 199-202, <https://www.tbmm.gov.tr/MeclisArastirmasiKomisyonlari/DarbeMuhtira-Anasayfa>, E.T.: 12.02.2023

³⁷⁸ **EKİNCİKLİ, Mustafa/ ŞAHİN, Alpaslan**, 27 Mayıs 1960 Askeri Darbesi Öncesinde Kurulan “İhtilal Örgütleri” ve “Dokuz Subay Olayı”, Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2018, S. 70, s. 51, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abuhssbd/issue/42273/508648>, E.T.: 12.02.2023; **ÖZDAĞ, Ümit**, Menderes Döneminde Ordu-Siyaset İlişkileri ve 27 Mayıs İhtilali, Boyut Kitapları, 2004, 2. Baskı, s. 21

DP'nin gidereceği düşünölmekteydi³⁷⁹. Bununla birlikte DP'nin iktidara geldiğı 1950 sonrası dönemde, ordunun gençleştirilmesi ve ekonomik açıdan iyileştirilmesi beklenirken; siyasi amaçlı tasfiyeler yapıldığı, CHP ile yakın olan subaylar tasfiye edildiğı ve ekonomik iyileştirmeler de yapılmadığı için memnuniyetsizlik devam etmiştir³⁸⁰.

Ayrıca DP'nin iktidara geldiğı ilk dönemlerde barajlar kurulması, sanayiye, ticareti ve ziraatı geliştirici yatırımlar yapılması gibi ekonomiyi güçlendirmeye yönelik hareketlerinin, kısa dönem için planlanması; yapılan yatırımların uzun dönemde etkili olmaması ve aksine fazladan masraf çıkarması; örneğın ziraatın gelişimi için traktör ithal edilmesine rağmen, traktörlerin bakımı veya bozulması gibi durumlar için herhangi bir çözüm düşünölmemiş olması; DP'nin iktidarda olduğı zamanların başlarında halk tarafından iyi karşılanmasına, ancak son zamanlarında memnuniyetsizliğe yol açmıştır³⁸¹.

Yine 1950'de Kore Savaşı'na asker gönderilmesi kararının TBMM yerine, Bakanlar Kurulu tarafından alınması; 14 Aralık 1953'te, 1954 seçiminden hemen önce, CHP'nin mallarının Hazine'ye intikal ettirilmesi ve 1955'te başlayan Kıbrıs meselesi de siyasi gerilimi artırmıştır³⁸². 1957 seçiminden sonra halk arasında daha çok artan siyasi gerilim ise, basın ve üniversitelere baskı yapılarak giderilmeye çalışılmıştır³⁸³. Nitekim 1957 seçiminden sonra Dokuz Subay Olayı olarak bilinen vakıa da meydana gelmiş; Kurmay Binbaşı Samet Kuşcu, kendisinin de dahil olduğı dokuz subaydan oluşan bir grup askerin darbe yapacağını ihbar etmiş; ancak yapılan tahkikat neticesinde, darbeye ilişkin herhangi bir delil elde edilememiş; ihbarda adı geçen sekiz subay serbest

³⁷⁹ ÖZDAĞ, s. 21-22

³⁸⁰ EKİNCİKLİ/ŞAHİN, s. 40-41

³⁸¹ AKGÜN, s. 412-413; BAŞGİL, Ali Fuad, 27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri, Kubbealtı Neşriyatı, 2021, 5. Baskı, s. 82-90,104; Meclis Araştırma Komisyonu, s. 208; UYAR, Hakkı, Türkiye'de Askeri Darbeler ve Nedenleri Üzerine Bir Analiz Denemesi, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 20, S. 15 Temmuz, s. 85

³⁸² AKGÜN, s. 411,412; BAHÇİVAN, Fatih, 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalelerinin Türk Politik Hayatına Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 32,34; BAŞGİL, s. 78,106,107; Meclis Araştırma Komisyonu, s. 225,226; ÖZDAĞ, s. 34,57

³⁸³ BAŞGİL, s. 116; EMİROĞLU, Atiye, 27 Mayıs 1960 İhtilali ve Demokrat Parti'nin Tasfiyesi, Selçuk Üniversitesi Kadınhanı Faik İçil Meslek Yüksek Okulu Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi, Y. 2011, C. 1, S. 1, s. 14; UYAR, s. 85

bırakılmış; Samet Kuşcu ise, orduyu isyana teşvik suçundan dolayı iki yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır³⁸⁴.

Daha sonralarda ise, siyasi gerilim oluşturdıkları iddiasıyla CHP milletvekillerini denetlemek amacıyla, 18 Nisan 1960'ta alınan bir kararla Tahkikat Komisyonu kurulmuş ve bu komisyonun yetkilerinin belirlenmesi için, 27 Nisan 1960'ta kabul edilip 28.04.1960 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7468 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Tahkikat Encümenlerinin Vazife ve Salâhiyetleri Hakkında Kanun kabul edilmiştir³⁸⁵. Bununla birlikte çıkartılan Salahiyet Kanunu'nun 1924 Anayasası'na aykırı olduğu iddia edilmiş³⁸⁶ ve Tahkikat Komisyonu'nun bu doğrultuda aldığı kararlar daha çok tepki toplamış; 28 Nisan 1960'ta İstanbul'da, 29 Nisan 1960'ta da Ankara'da üniversite öğrencilerinin protesto amaçlı gösteri yapmaları sonucunu doğurmuştur³⁸⁷. Nitekim İstanbul'daki öğrenci gösterileri esnasında iki öğrencinin ölmesi ve bu açıdan polisin yetersiz kalması sebebiyle, polise destek için gelen askerlerin, öğrencilerle birlik oldukları da görülmüş; öğrenci gösterilerinden sonra da, 21 Mayıs 1960'ta Ankara Kızılay'da Harp Okulu öğrencileri yürüyüş yapmışlardır³⁸⁸. Tüm bu olayların baskıcı yönetim şekline karşı gerçekleşmesine rağmen, olayları yatıştırmak ve siyasi gerginliği azaltmak için, DP'nin baskıcı uygulamalarından geri adım atmaması, öğrenci gösterileri üzerine ilan edilen sıkıyönetimi kaldırmaması³⁸⁹, 27 Mayıs 1960'ta yapılan darbeye kapı aralamıştır. Nitekim 27 Mayıs 1960 Darbesi sonrasında yapılan açıklamada da darbe yapılmasının sebebi olarak, *"bir aydan beri memlekette cereyan eden ve milleti süratle korkunç buhranlara sürükleyen hadiseler"* gösterilmiştir³⁹⁰.

³⁸⁴ BAHÇIVAN, s. 38; BAŞGİL, s. 120; EKİNCİLİKLİ/ŞAHİN, s. 47-50; Meclis Araştırma Komisyonu, s. 238-239

³⁸⁵ BAŞGİL, s. 121-122

³⁸⁶ Salahiyet Kanunu m.2'de Tahkikat Komisyonu'na verilen yetkilerin, basın özgürlüğünü kısıtladığı için 1924 Anayasası m.77'ye; bunun sonucunda meclis müzakerelerinin gizliliği sonucunu da doğurduğu için, 1924 Anayasası m.20'ye aykırı olduğu ifade edilmiştir. Ancak yapılan bu eleştirilere DP iktidarı tarafından, anayasaya aykırılık denetiminin kanunların kabulünden önce TBMM'de komisyonlarca yapıldığı; dolayısıyla TBMM Genel Kurulu'nun kabul ettiği kanunların anayasaya uygun olduğu ifade edilerek; anayasaya aykırılık iddiası reddedilmiştir. BAŞGİL, s. 136

³⁸⁷ BAHÇIVAN, s. 40; Meclis Araştırma Komisyonu, s. 250

³⁸⁸ BAHÇIVAN, s. 41; EMİROĞLU, s. 15

³⁸⁹ BAHÇIVAN, s. 40; EMİROĞLU, s. 15

³⁹⁰ Bkz. 01.07.1960 tarih ve 10540 sayılı Resmi Gazete

b. Darbe süreci

27 Mayıs 1960 Darbesi, emir komuta zinciri dışında; çoğunluğunu düşük rütbeli askerlerin oluşturduğu bir grup tarafından ve bu grubu oluşturan kişilerin emri altındaki birliklerin kullanılmasıyla yapılmış olup; Genelkurmay Başkanı Orgeneral Cemal Gürsel'in darbeye dahil olması ise, sonradan gerçekleşmiştir³⁹¹. Darbenin fiilen yönetilmesi ise, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Lojistik Başkanı olan Tümgeneral Cemal Madanoğlu tarafından yapılmıştır³⁹².

26 Mayıs gecesi ilk olarak Ankara ve İstanbul'daki önemli noktalar ele geçirilmiş³⁹³; sonrasında ise, Cumhurbaşkanı Celal Bayar, Refik Koraltan, Namık Gedik, bakanlar ve diğer DP milletvekilleri gözaltına alınarak Harp Okulu'na getirilmiş; bu sırada Eskişehir'de bulunan Başbakan Adnan Menderes ise, 27 Mayıs sabahı Kütahya'dan uçakla Ankara'ya, Harp Okulu'na getirilmiştir³⁹⁴. 27 Mayıs sabahında Kurmay Albay Alparslan Türkeş, radyodan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK) yönetime el koyduğunu tüm ülkeye duyurmuş³⁹⁵; öğleden sonra ise, genelkurmay başkanı yine radyo aracılığıyla darbenin sebeplerini açıklamıştır³⁹⁶.

Faillerin, 27 Mayıs 1960 Darbesi sonrasında yapılacaklara ilişkin belirli bir planları bulunmadığı için, kendi aralarında ileri sürülen çeşitli görüşler arasından; yeni bir anayasa yapılncaya, yapısal reformlar gerçekleştirilinceye kadar yönetimde kalmalarının ve sonrasında yeni bir seçim yapılmasıyla yönetimi sivil iktidara devretmelerinin gerektiği yönünde karar alınmış³⁹⁷ ve alınan bu karar, Orgeneral Cemal Gürsel tarafından yapılan radyo yayınında da *“Bütün emelim süratle bu memlekette temiz ve dürüst bir demokratik nizamı kurmak ve Devletin idaresini milletin iradesine terk etmektir.”* olarak belirtilmiştir.

³⁹¹ **Meclis Araştırma Komisyonu**, s. 267. Ayrıca darbe için Ankara'da görevli askerlerin ve emirleri altındaki birliklerin listesiyle, görevleri için bkz. **ÖZDAĞ**, s 193-194

³⁹² **AKGÜN**, s. 420

³⁹³ Bkz. **ÖZDAĞ**, s 196,198

³⁹⁴ **BAHÇİVAN**, s. 42; **EMİROĞLU**, s. 18

³⁹⁵ **BAHÇİVAN**, s. 44

³⁹⁶ Yapılan açıklamanın tamamı için bkz. 01.07.1960 tarih ve 10540 sayılı Resmi Gazete

³⁹⁷ **BAHÇİVAN**, s. 45

Alınan bu karar doğrultusunda, sivil yönetime geçiş sürecini sağlamak amacıyla Milli Birlik Komitesi (MBK) kurulmuştur³⁹⁸. MBK ise, ilk iş olarak 28 Mayıs'ta hükümet atamış; 30 Mayıs'ta da yeni bir anayasanın ön tasarısını hazırlamaları için öğretim üyelerini görevlendirmiştir³⁹⁹. Ancak daha sonra anayasa tasarısının, halkı temsil etme kabiliyeti daha yüksek olan kurucu meclis tarafından hazırlanması kararı alınmış; bu meclisi hukuka uygun hale getirmek için ise, yeni anayasanın kabulüne kadar yürürlükte kalacak geçici bir anayasa kabul edilmiş; bu geçici anayasayla da yeni sivil iktidarın göreve gelmesine kadar, yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanılması usulü belirlenmiştir⁴⁰⁰.

Nitekim geçici anayasayla, eski Cumhurbaşkanı Celal Bayar, eski Başbakan Adnan Menderes ve DP milletvekillerinin yargılanması için, Yüksek Adalet Divanı da kurulmuştur⁴⁰¹. Yüksek Adalet Divanı'nda 19 dava görülmüşse de, DP milletvekilleri hakkında açılan esas dava; anayasaya aykırı kanun çıkarmaları sebebiyle anayasayı ihlal suçu isnat edilen davadır⁴⁰². Nitekim günümüzde dahi devam eden kavram karmaşasının, anayasayı ihlal suçu ile anayasaya aykırılık kavramlarının bir tutulmasının temel sebebi de bu dava ve bu davanın kararında etkili olan düşüncedir⁴⁰³. Ancak kanaatimizce, bu davaların konusunu oluşturan anayasaya aykırı kanun yapma fiilleri, teorik olarak 765 sayılı TCK m.146'nın dahi kapsamına girmeyecek fiillerdendir⁴⁰⁴. Zira 765 sayılı TCK m.146'daki cebir, her ne kadar 5237 sayılı TCK m.309'daki cebrin kapsamından daha geniş bir kapsama sahip olup, manevi cebri yani tehdidi de kapsıyor olsa bile; anayasaya aykırı kanun yapma fiili ne maddi cebir ne de manevi cebir içermektedir. Bu noktada, 1924 Anayasası'nda anayasaya aykırılık denetiminin öngörülmemiş olması sebebiyle, anayasa hukuku sınırları içerisinde anayasaya aykırılık sorununun giderilememesi; bu noktada ceza hukukunun son çare olması ilkesinin hükümsüz kaldığı ve 765 sayılı TCK m.146'nın uygulanabileceği

³⁹⁸ BAHÇİVAN, s. 47

³⁹⁹ BAHÇİVAN, s. 45,47

⁴⁰⁰ BAHÇİVAN, s. 47-48

⁴⁰¹ BAHÇİVAN, s. 49

⁴⁰² BAHÇİVAN, s. 51; Meclis Araştırma Komisyonu, s. 253

⁴⁰³ Bkz. Bölüm 2.5.1

⁴⁰⁴ Aynı yönde bkz. Meclis Araştırma Komisyonu, s. 253

düşüncesini doğurabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, ceza hukuku bazı fiillerin cezalandırılması için son çare olsa bile, cezalandırılacak fiillerin öncelikle kanunda belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim diğer hukuk dalları ile çözümlenmeyen sorunlara yol açan tüm fiillerin, ceza hukuku ile engellenmeye çalışılması fiilen mümkün olmadığı gibi; ceza hukukunun amacı, hukukun diğer dallarındaki boşlukların doldurulması da değildir.

27 Mayıs 1960 Darbesi'nin yapılış şekline bakılırsa, her ne kadar en tepeden en aşağıya kadar uzanan askeri hiyerarşik düzen içinde yapılmasa ya da TSK'nın tamamı darbeye katılmasa da, nitelik olarak askeri bir darbe olduğu görülmektedir. Bu açıdan emir komuta zinciri içinde yapılmayan bu darbenin, eylemde aktif rol alan asker kişiler arasında kurulan bir iştirakle gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Nitekim yüksek rütbeli asker kişilerin darbeye katılmaları da sonradan gerçekleşmiştir. Ayrıca askeri hiyerarşinin olması halinde astların, amirleriyle veya üstleriyle görüş ayrılığına düşmek bir yana; verilecek bir emir hakkında mutlak itaat yükümlülükleri olup⁴⁰⁵, herhangi bir görüş bildirmelerinin dahi mümkün olamayacaktır. Bu açıdan yüksek rütbeli asker kişilerin katılımı halinde dahi, darbeden sonra yapılacaklar hakkında görüş ayrılıklarının ortaya çıkması; bu kişilerin katılmasından sonra da askeri hiyerarşik düzene geçilmediğini göstermektedir.

Ancak bu iştirakin, asker olmayan sivil kişilerin iştirakinden önemli bir farkı bulunmaktadır. Zira sivil kişiler, eylemde aktif rol alan askerler ile aynı teçhizata sahip olsalar dahi; asker kişilerin, emri altında bulunan birliklere vereceği tek bir emirle, yüzlerce ve belki de binlerce kişiyi harekete geçirerek darbeye katılmalarını sağlamak gibi bir yetkisi de bulunmaktadır. Netice itibarıyla faillerin yalnızca bireysel olarak hareket etmemeleri, aynı zamanda amir ya da üst olarak da hareket etmeleri; askerlik görevini kullanarak, askeri hiyerarşiden kaynaklanan emir verme yetkisini kötüye kullanarak darbe suçu işlemeleri; kanaatimizce 27 Mayıs 1960 Darbesi'nin askeri bir darbe olduğunu göstermektedir.

⁴⁰⁵ Bkz. TSK İç Hizmet Kanunu m.14/1: “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.”

c. 1961 Anayasası

27 Mayıs 1960 Darbesi sonrasında yeni anayasaya yapması için seçilen, kurucu meclisin sivil kanadı niteliğindeki Temsilciler Meclisi'ne üye seçimine eski DP üyeleri ve anayasaya, insan haklarına aykırı hareket edenler dahil edilmemiş; bu açıdan halkı temsil etmede eksik kalan bir meclis olmuştur⁴⁰⁶. Temsilciler Meclisi, 25 Ekim 1962'de yeni TBMM seçilip göreve başlayıncaya kadar; MBK'yla birlikte yasama yetkisini kullanmıştır⁴⁰⁷.

9 Temmuz 1961'de yapılan halkoylamasıyla kabul edilen 1961 Anayasası ile, 1924 Anayasası'nın kanunların anayasaya uygunluğunu sağlama konusundaki eksikliği kapatılmış; bu konuda yetkili olan Anayasa Mahkemesi oluşturulmuş, 1961 Anayasası m.147/1'in ilk halinde Anayasa Mahkemesi'nin görevi "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler.*" olarak belirtilmiştir. 1971 değişikliği ile anayasa değişikliklerinin de şekli açıdan denetlenme yetkisi ilave edilmiştir.

1961 Anayasası'yla Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi'nden oluşan iki meclisli bir sistem getirilmiştir. 1961 Anayasası m.67'ye göre Millet Meclisi, 450 milletvekilinden oluşmakta ve üyelerinin tamamı genel oyla halk tarafından seçilmekteyken; 1961 Anayasası m.70/1'e göre Cumhuriyet Senatosu'nun 150 üyesi halk tarafından, 15 üyesi Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Ayrıca 1961 Anayasası m.70/2'ye göre MBK başkanı ve üyeleri, eski Cumhurbaşkanı'ları da Cumhuriyet Senatosu'nun tabii üyesi konumundadırlar.

1961 Anayasası ile genel olarak özgürlükçü düzenlemeler yapılmıştır. 1924 Anayasası'nda yer almayan sosyal haklar tanınmış; kişisel ve siyasal haklar da genişletilerek güçlendirilmiştir⁴⁰⁸. Nitekim özgürlükleri genişletme ve demokrasiyi güçlendirme yönünde ayrıntılı düzenlemeler yapılmasının arkasında, 1960 öncesinde yaşanan sorunların somut çözümlerinin anayasal düzenlemelerle giderilebileceği düşüncesi bulunduğu için, 1961 Anayasası tepki anayasası olarak adlandırılmıştır⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ BAHÇİVAN, s. 56

⁴⁰⁷ BAHÇİVAN, s. 56

⁴⁰⁸ ÖZBUDUN, s. 41

⁴⁰⁹ BAHÇİVAN, s. 59; UYAR, s. 85

Ancak 1961 Anayasası'nın bireylere geniş özgürlükler tanınması ve anayasayla liberal bir sistem öngörülmesi neticesinde olduğu düşünülen, siyasal şiddet ve terör eylemleri ortaya çıkmıştır⁴¹⁰. 1969 seçimlerinden sonra ise, anayasayla öngörülen çift meclisli sistemin, yasamayı; yüksek mahkemelerin siyasi iktidar üzerindeki denetim yetkisinin, yürütmeyi; kısaca anayasal düzenlemelerinin devlet yönetimini güçleştirdiği, engellediği yönünde tepkiler de doğmaya başlamıştır⁴¹¹. Netice itibarıyla en kapsamlıları, siyasal şiddet ve terörün bastırılmaması neticesinde TSK tarafından verilen 12 Mart 1971 Muhtırası'ndan sonra, partiler-üstü geçici yönetim döneminde yapılan 1971 ve 1973 değişiklikleri olmak üzere; 1961 Anayasası, 1969'dan 1974'e kadar yedi defa değişikliğe uğramıştır⁴¹².

6.5.2.2. 12 Eylül 1980 Darbesi ve 1982 Anayasası

a. Darbeden önceki siyasi durum

12 Mart 1971 Muhtırası'ndan sonra yapılan anayasa değişiklikleri ya da geçici olarak kurulan partiler-üstü yönetim de, yürütme ve yasama fonksiyonlarındaki aksamaları giderememiş; 1961 Anayasası, tıkanıklığın giderilmesi açısından yetersiz kalmıştır⁴¹³. Bununla birlikte siyasi düzendeki aksaklıkların tek sebebi anayasa olmayıp; hem 1973 hem de 1977 seçimleri sonucunda, hiçbir bir siyasi partinin, meclisten güven oyu alarak tek başına hükümeti kurabilmesi için gerekli olan oy oranı ve milletvekili sayısına sahip olamaması da siyasal sistemin aksamasına neden olmuştur⁴¹⁴.

Aynı zamanda 1978 ve 1979 yıllarında ülke genelinde sık sık siyasi amaçlı şiddet olayları ve terör olayları yaşanmış; 25 Aralık 1978'de sıkıyönetim ilan edilmesine rağmen, bu olaylara engel olunamamıştır⁴¹⁵. Yine bu dönemde, uzun zamandan beri

⁴¹⁰ ÖZBUDUN, s. 44

⁴¹¹ BAHÇİVAN, s. 66

⁴¹² BAHÇİVAN, s. 66; ÖZBUDUN, s. 45

⁴¹³ ÖZBUDUN, s. 45-46

⁴¹⁴ ÖZBUDUN, s. 46; UYAR, s. 87. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAHÇİVAN, s. 75-82

⁴¹⁵ BAHÇİVAN, s. 85,87; UYAR, s. 87

devam eden yüksek oranda işsizlik, enflasyon, döviz kaynaklarının tükenmesi gibi ekonomik sıkıntılar da giderilememiştir⁴¹⁶.

Tüm bu sıkıntıların neticesinde genelturmay başkanı ve kuvvet komutanları tarafından, 27 Aralık 1979'da cumhurbaşkanına muhtıra verilmiştir. Muhtırada, parlamentodaki siyasi partilerin davranışları sebebiyle Milli Güvenlik Kurulu tarafından alınan kararların istenilen sonuçları doğurmadığı, *“milli birlik ve beraberliğe en çok ihtiyaç duyduğumuz bu dönemde süratle bir sonuca ulaşabilmek için gerekli tedbirlerin müstereken tespiti amacı ile tüm anayasal kuruluşlar ve siyasi partilerin bir kere daha uyarılması”* için muhtıranın verildiği ifade edilmiştir⁴¹⁷. Ancak muhtıradan sonra da siyasi partiler arasında, 6 Nisan 1980'de görev süresi sona eren cumhurbaşkanının yerine yenisinin seçilmesi için yetecek kadar bile olsa uyum sağlanamamış; sistem işlemez hale gelmiştir⁴¹⁸. Netice itibarıyla, henüz yeni cumhurbaşkanı seçilememişken, 12 Eylül 1980'de darbe gerçekleştirilmiştir.

b. Darbe süreci

12 Eylül 1980 Darbesi, Türkiye tarihinde yaşanan en ağır askeri darbesi olup⁴¹⁹; askeri hiyerarşiyle emir-komuta zinciri içerisinde gerçekleşmiştir⁴²⁰. Darbeyi gerçekleştiren genelturmay başkanı ve kuvvet komutanları Milli Güvenlik Konseyi'ni oluşturmuş; konsey 1983 seçimlerine kadar TBMM'nin görevini, genelturmay başkanı ise cumhurbaşkanının görevini sürdürmüştür⁴²¹. 12 Eylül sabahında ilk olarak Milli Güvenlik Konseyi'nin 1 numaralı bildirisi radyolardan yayınlanmış; bildiride, TSK'nın yönetime el koyduğu, parlamento ve hükümetin feshedildiği, yurt genelinde sıkıyönetim ilan edildiği, yurtdışına çıkışların yasaklandığı, yurt genelinde akşam saat beşten sonra sokağa çıkma yasağı konulduğu ifade edilmiştir⁴²². Yine 12 Eylül günü, öğleden sonra genelturmay başkanı radyo yayınıyla yaptığı konuşmada, darbenin ve ülke yönetimine

⁴¹⁶ BAHÇİVAN, s. 87

⁴¹⁷ Muhtıranın tamamı için bkz. T24 Bağımsız İnternet Gazetesi, Kenan Evren'in Uyarı Mektubu, <https://t24.com.tr/haber/kenan-evrenin-uyari-mektubu,9617>, E.T.: 14.03.2023

⁴¹⁸ BAHÇİVAN, s. 90; UYAR, s. 88

⁴¹⁹ UYAR, s. 87

⁴²⁰ BAHÇİVAN, s. 92; UYAR, s. 88

⁴²¹ Meclis Araştırması Komisyonu, s. 723

⁴²² Bildirinin tamamı için bkz. 12.09.1980 tarihli, 17103 sayılı, mükerrer Resmi Gazete

el konulmasının sebeplerini “*Türk Silahlı Kuvvetleri; ülkenin ve milletin bütünlüğünü, milletin hak, hukuk ve hürriyetini korumak, can ve mal güvenliğini sağlayarak korkudan kurtarmak, refah ve mutluluğunu sağlamak, kanun ve nizam hakimiyetini, diğer bir deyimle devlet otoritesini tarafsız olarak yeniden tesis ve idame etmek gayesiyle devlet yönetimine el koymak zorunda kalmıştır.*” olarak açıklamıştır⁴²³.

Ayrıca Milli Güvenlik Konseyi’nin 7 numaralı bildirisiyle siyasi partilerin kapatılmış, siyasi faaliyetler yasaklanmış, sendikal faaliyetler durdurulmuş; Türk Hava Kurumu, Çocuk Esirgeme Kurumu ve Kızılay haricindeki derneklerin faaliyetleri durdurulmuş; banka faaliyetleri durdurulmuştur⁴²⁴.

Başbakan ise, 21 Eylül 1980’de seçilmiş; bakanlar kurulunun üyeleri ise, çoğunlukla sivil kişilerden seçilmiştir⁴²⁵. Yeni bir anayasa yapılması için ise, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun 29 Haziran 1981’de kabul edilmiş; kurucu meclisin Milli Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisi’nden oluşacağı kanunun 1. maddesi ile belirtilmiştir⁴²⁶. Kanunun 3. maddesine göre ise, “*Danışma Meclisi, aşağıdaki maddelerde belirtilen usul ve esaslara göre her ilin tespit ve teklif ettiği adaylar arasından Milli Güvenlik Konseyince seçilen 120 üye ile, Milli Güvenlik Konseyince doğrudan doğruya seçilen 40 üye olmak üzere 160 üyeden oluşur.*” Danışma Meclisi’ne üye seçilme şartlarının belirtildiği 4. maddede ise, normalden farklı olarak “*11 Eylül 1980 tarihinde herhangi bir siyasi partinin üyesi olmamak*” şartının getirildiği görülmektedir. Anayasanın yapılması ile ilgili 26. madde ise, “*(1) Danışma Meclisinin, Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan ve Genel Kurulca kabul edilen Anayasa metni, Milli Güvenlik Konseyince aynen veya değiştirilerek kabul edilir ve Resmî Gazete ile yayımlanır. (2) Milli Güvenlik Konseyince kabul edilen Anayasa, Halkoyuna Sunuluş Kanunu hükümlerine göre, halkoylamasına sunulur. (3) Halkoylaması sonucu kabul edilen Anayasa kesinleşir.*” şeklindedir.

⁴²³ Konuşmanın tamamı için bkz. 12.09.1980 tarihli, 17103 sayılı, mükerrer Resmi Gazete

⁴²⁴ Bildirinin tamamı için bkz. 12.09.1980 tarihli, 17103 sayılı, mükerrer Resmi Gazete

⁴²⁵ BAHÇİVAN, s. 97; ÖZBUDUN, s. 50

⁴²⁶ Kanunun tamamı için bkz. 30.06.1981 tarih ve 17386 sayılı mükerrer Resmi Gazete

c. 1982 Anayasası

1961 Anayasası gibi, 07.11.1982’de yapılan halkoylamasıyla kabul edilen 1982 Anayasası da, kendisinden önceki döneme ve anayasaya tepki olarak hazırlanmıştır⁴²⁷. Ancak her ne kadar ikisi de tam olarak halkı temsil etme konusunda eksik de olsa; 1961 Anayasası’nın kurucu meclisinin sivil kanadı olan Temsilciler Meclisi, 1982 Anayasası’nın kurucu meclisinin sivil kanadı olan Danışma Meclisi’ne göre halkı temsil etme açısından daha iyi durumdadır. Zira Temsilciler Meclisi’nde DP dışındaki siyasi partilerin ve çeşitli meslek kuruluşlarının kendilerini temsil edecek kişileri seçme hakkı bulunurken; Danışma Meclisi’ne katılacakların tamamı doğrudan ya da dolaylı olarak Milli Güvenlik Konseyi tarafından seçilmiştir⁴²⁸.

Ayrıca 1961 Anayasası’nın yapım aşamalarında sorun çıkması durumları için; Temsilciler Meclisi ile Milli Birlik Komitesi arasında çelişki olması halinde karma bir komisyon oluşturularak anayasanın kabul edileceği ya da halk oylaması neticesinde olumsuz bir sonuçla karşılaşılması halinde yeni bir Temsilciler Meclisi seçimi yapılarak, yeni bir anayasa hazırlanacağı gibi çözümler üretilmiştir⁴²⁹.

Ancak 1982 Anayasası’nın yapımı aşamalarında Milli Güvenlik Konseyi ile Danışma Meclisi’nin kararları arasında çelişki yaşanması halinde, çelişkiyi giderici farklı bir durum gösterilmemiş, doğrudan Milli Güvenlik Konseyi’nin kararının kabul edileceği ve Resmi Gazete’de yayımlanacağı öngörülmüştür. Bu durum ise, 1982 Anayasası’nın milletin iradesini yansıtmada son derecede yetersiz olduğunu, esasında doğrudan veya dolaylı olarak yalnızca Milli Güvenlik Konseyi’nin iradesini yansıttığını göstermektedir. Bununla birlikte 1982 Anayasası’nın halk oylaması neticesinde kabul edilmemesi halinde ne yapılacağına dair herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Nitekim bu belirsizlik, halk oylaması neticesinde olumsuz bir sonuç çıkması halinde, halkın aleyhine gelişebilecek durumları da içinde barındırır. Bu açıdan belirsizlik, içinde barındırdığı aleyhe durumlardan kaçınmak amacıyla, kabul oyu kullanan halkın iradesinin, sakat olarak doğmasına sebep olacaktır⁴³⁰.

⁴²⁷ ÖZBUDUN, s. 58

⁴²⁸ ÖZBUDUN, s. 53

⁴²⁹ ÖZBUDUN, s. 53

⁴³⁰ ŞAHİN, s. 268

Ayrıca 1982 Anayasası'nın yapım aşamalarına hiçbir parti katılmadığı gibi, anayasanın olumsuz propagandasını yapmak da yasaklanmış; anayasanın halka tanıtımını da anayasayı yapan Milli Güvenlik Konseyi'nin yapacağı belirtilmiştir⁴³¹. Tüm bu nedenlerden dolayı, 1982 Anayasası'nın kabulü için yapılan oylama, demokratik bir usulle yapılmış sayılamayacağı için⁴³²; 1982 Anayasası'nın kabulü için yapılan oylamanın plebisit olduğu kabul edilmelidir⁴³³. Netice itibarıyla kanaatimizce 1982 Anayasası'nın yapımı aşamasında etkili olan iradenin, millet iradesinin bir yansıması olmaması ya da kabulü için yapılan halk oylamasına yansıyan milletin iradesinin de sakat olması; milletin, anayasanın gerçekten hukuka uygun olduğunu düşünerek oy vermediğini; 1982 Anayasası'nın hukuka uygun olduğuna inanılmadığını ve nihayetinde meşruiyetten yoksun olarak yürürlüğe girdiğini gösterir⁴³⁴.

⁴³¹ ŞAHİN, s. 266

⁴³² ŞAHİN, s. 269

⁴³³ ERDOĞAN, s. 151; ŞAHİN, s. 265

⁴³⁴ Aynı yönde görüş için bkz. ŞAHİN, s. 269. Anayasaların meşruiyeti hakkında bkz. **Bölüm 2.3.2.5**

7. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Anayasayı ihlal suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kanunda ayrıca düzenlenmediği için, TCK m.22/1'e göre taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Anayasayı ihlal suçunu işlemek için gerekli olan kastın ne olduğu hususunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Cebir ve şiddet içeren fiilin, maddede gösterilen anayasal düzeni kaldırma, anayasal düzenin yerine başka bir düzen getirme ya da anayasal düzenin fiilen uygulanmasını önleme neticelerine yönelik olarak işlenmesi gerekmektedir; bu yönelme de suçun kastını oluşturmaktadır⁴³⁵.

Ancak öğretide ifade edilen bu kastın, niteliği hakkında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Öğretideki görüşlerin bazıları, fiilin anayasayı ihlal suçunun neticelerini gerçekleştirmeye yönelik olarak işlenmesinin; suçun genel kastını oluşturduğunu, suçun özel kast içermediğini ifade etmektedir⁴³⁶. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁴³⁷. Öğretideki diğer görüş ise, anayasayı ihlal suçunun neticelerine yönelmenin, suçun özel kastını oluşturduğunu; cebir ve şiddet fiilinin iradi olmasının, suçun genel kastını oluşturduğunu ifade etmektedir⁴³⁸.

Bu konuda bir ayırım yapılabilmesi için öncelikle genel kast ve özel kastın ayırımı yapılmalıdır. Genel kast, TCK m.21/1'de ifade edilen kast olup; tüm suçlarda var olan temel kasttır. Genel kastın iki unsuru, bilme ve isteme olup; bu unsurların hem harekete hem de neticeye yönelik olarak var olması gerekmektedir⁴³⁹. Bilme unsuru, suçun kanuni düzenlemesindeki tüm unsurların bilinmesidir⁴⁴⁰. İsteme unsuru ise, failin suç

⁴³⁵ BALTACI, s. 143; KARCILIOĞLU, s. 245; TURİNAY, s. 304

⁴³⁶ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1718; BALTACI, s. 143; BODUR/ÖZKUL, s. 274; GERÇEKER, s. 2732; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1531; HAFIZOĞULLARI, s. 498; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 375; ÖZEK, Siyasi İktidar, s. 163; SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK, s. 123; SOYASLAN, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması, s. 75; SOYASLAN, Ceza Özel, s. 814; ŞEN/ERYILDIZ, s. 389; TURİNAY, s. 304

⁴³⁷ Bkz. Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

⁴³⁸ BEYOĞLU/KANTARCI, s. 700; GÖZÜBÜYÜK, s. 172; KARCILIOĞLU, s. 246; ÖZGENÇ, s. 281; TOROSLU, Anayasayı İhlal Suçu, s. 600; TOROSLU, Ceza Özel, s. 347; YAŞAR, s. 219

⁴³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 267

⁴⁴⁰ GERÇEKER, s. 271; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 259

olduğunu bildiği fiili iradi olarak gerçekleştirmesi; öngördüğü, düşündüğü ve bildiği neticeyi gerçekleştirmesi isteme unsurunu oluşturmaktadır⁴⁴¹.

Kanunda suç düzenlemeleri içerisinde saik, maksat, amaç olarak geçen özel kast ise; failin, genel kastın ortaya çıkmasına temel hazırlayan düşüncesidir⁴⁴². Özel kast, örneğin TCK m.141'deki hırsızlık suçunda ya da TCK m.82/h,j,k fıkralarında kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinde olduğu gibi; suçun temel halinin veya nitelikli halinin oluşması için failin belirli bir amacı, maksadı ya da saikinin olması gerektiği şeklinde; kanuni düzenlemede ayrıca belirtilmemişse, suçun oluşumunda etkili değildir⁴⁴³. Bu durumda failin saiki TCK m.61/1-g'ye göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

Anayasayı ihlal suçu açısından bakıldığında ise, failin neticeye yönelik kastı genel kastın isteme unsurunu oluşturacaktır⁴⁴⁴. Nitekim TCK m.309'da faillerin özel bir kastının olması gerektiğine dair; örneğin, siyasi istikrarsızlık oluşturma, daha demokratik veya daha otoriter bir düzen kurma ya da ülkeyi yabancı devletlerin işgaline açık hale getirme gibi saiklerinin olması gerektiğine dair; müstakil bir ifadeyle herhangi belirlenme yapılmamıştır. Ayrıca anayasayı ihlal suçunun TMK m.3'te sayılan terör suçlarından olması; TMK m.1'de sayılan amaçların, anayasayı ihlal suçunun özel kastını oluşturduğunu da göstermez. Zira anayasayı ihlal suçunun sayıldığı TMK m.3'te, TMK m.4'te olduğu gibi, terör amacıyla işlenmesi gerektiğine dair bir ifade bulunmamaktadır. Anayasayı ihlal suçu hangi amaçla işlenirse işlensin, TMK m.3'e göre terör suçu olacaktır. Netice itibarıyla TCK veya TMK'da anayasayı ihlal suçu için öngörülmüş herhangi bir özel kast bulunmamakta; neticeye yönelik kast ise, anayasayı ihlal suçunun genel kastını oluşturmaktadır.

Anayasayı ihlal suçunun olası kastla işlenmesi hususunda ise, öğretide farklı gerekçelerle de olsa görüş birliği bulunmaktadır. İlk olarak özel kastla işlenebilen suçların olası kastla işlenmesi mümkün olmadığı için⁴⁴⁵; öğretideki, suçun özel kast ihtiva ettiğini ifade eden görüşler, anayasayı ihlal suçunun olası kastla işlenemeyeceğini

⁴⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 262

⁴⁴² GERÇEKER, s. 278; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 252; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 268

⁴⁴³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 253; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 268

⁴⁴⁴ KARCILIOĞLU, s. 245

⁴⁴⁵ GERÇEKER, s. 280

ifade etmektedir⁴⁴⁶. İkinci olarak ise, öğretideki anayasayı ihlal suçunun özel kast ihtiva etmediğini ifade eden görüşler; bu suçun teşebbüs suçu olduğunu, neticesiz bir suç olduğunu ve bu suçun olası kastla işlenemeyeceğini ifade etmektedirler⁴⁴⁷. Bu sebeple öğretide, anayasayı ihlal suçunun olası kastla işlenebileceğini ifade eden bir görüşe rastlanılmamıştır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu suçun doğrudan ve genel kastla işlenebileceğini yönündedir⁴⁴⁸.

Kanaatimizce anayasayı ihlal suçu, özel kast içermeyen ve madde metni içerisinde bu suça özgü zarar neticeleri de belirtilmiş bir somut tehlike suçudur. Yukarıdaki ikinci görüşün ifade ettiği şekilde, anayasayı ihlal suçunun teşebbüs suçu olması ise; suça teşebbüs halinde doğan bir neticenin olmayacağı ve bu sebeple de olası kastın varlığının tespit edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira madde metnindeki teşebbüs ifadesi, kanaatimizce zarar neticelerine teşebbüs edilerek, bu neticelerin oluşması bakımından somut bir tehlike doğurma şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim somut tehlike suçları da neticeli suçlardan olup; bu suçların oluşması için, somut tehlikenin yani zarar tehlikesinin varlığı gereklidir⁴⁴⁹. Ayrıca madde metninde öngörülen zarar neticelerinin oluşması halinde de anayasayı ihlal suçundan dolayı faillerin cezalandırılmalarının mümkün olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu açıdan anayasayı ihlal suçunun zarar neticelerinin ya da zarar tehlikesi neticesinin doğması halinde, olası kastın tespit edilebilmesi mümkündür. Netice itibarıyla kanaatimizce anayasayı ihlal suçu, teorik olarak olası kastla işlenmesi mümkün olan bir suçtur.

Örneğin faillerin cebir ve şiddet uygulamadaki esas amaçları TCK m.312 kapsamında hükümeti ortadan kaldırarak, yönetimi ele geçirmek olmakla birlikte; faillerin kastlarına dahil olan, yönetimi ele geçirdikten sonra yapacakları işlerin, anayasal düzene de etki edebileceğini öngörmeleri beklenir. Zira hükümete karşı suç, hükümetin ortadan kaldırılmasıyla tamamlanmakta; bu noktadan sonra yürütmenin nasıl işleyeceğine dair, hukuki veya hukuk dışı yollarla yapılacak herhangi bir düzenleme, siyasal düzene yani anayasal düzene etki edecektir. Ancak bu durumda faillerin doğrudan anayasal düzene

⁴⁴⁶ BEYOĞLU/KANTARCI, s. 700; KARCILIOĞLU, s. 248

⁴⁴⁷ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1718; BODUR/ÖZKUL, s. 275; HAFIZOĞULLARI, s. 497; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 374; ŞEN/ERYILDIZ, s. 389; TURİNAY, s. 304

⁴⁴⁸ Bkz. Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

⁴⁴⁹ ERSOY, s. 35

karşı herhangi bir fiil işlememeleri de mümkündür. Bununla birlikte faillerin yaptıkları işlemlerin, tek başlarına doğrudan anayasal düzene zarar verecek boyutta olmamakla birlikte; bir süreden sonra yapılan tüm işlemlerin anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi kapsamına girmesi halinde; faillerin hükümete karşı suç açısından doğrudan kastla ve anayasayı ihlal suçu açısından olası kastla hareket ettiklerinin kabul edilmesi gerekir. Aynı şekilde anayasayı ihlal suçu açısından doğrudan kastla hareket eden faillerin cebir ve şiddet içeren eylemlerine, anayasayı ihlal suçuna iştirak kastı olmadan, örneğin menfaat temini için yağma suçu işleyerek ya da şahsi husumeti sebebiyle kasten öldürme suçu işleyerek katılan bir kişinin; bu eylemlerinin anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesinde önemli bir yeri olması ve bu kişinin anayasayı ihlal suçunun neticelerinin ortaya çıkabileceğini öngörmüş olması halinde; bu kişi hakkında olası kast hükümleri uygulanabilecektir⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Örnek için bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 248. Yazar bu hususta, anayasayı ihlal suçunun özel kast ile işlenebileceği gerekçesiyle, olası kast hükmünün uygulanamayacağını ifade etmiştir.

8. CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER

8.1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK'da ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler olarak, fiilin hukuka aykırılığına ve failin kusurluluğa etki eden nedenler düzenlenmiştir. Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni ile çelişmesidir⁴⁵¹. Fiilin kanuni suç tipine uygun olması ise, hukuka aykırılık için adi bir karine teşkil eder⁴⁵². Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, fiil hukuka uygun hale gelmiş olacağı için, suç oluşmayacaktır.

Kusurluluk ise, gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiilden dolayı failin kınanmasına ve bu fiilin, faile isnat edilmesine ilişkindir⁴⁵³. Failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilmesi ya da bilebilecek durumda olması; haksızlık bilincine sahip olması, kusurluluğu oluşturur⁴⁵⁴. Bu açıdan failin kusurluluğunun tespit edilebilmesi için, öncelikle fiilin hukuka aykırı olduğunun tespiti gereklidir⁴⁵⁵.

Anayasayı ihlal suçu hakkında, hem 765 sayılı TCK dönemi hem de 5237 sayılı TCK dönemi öğretilerinde, hiçbir hukuka uygunluk nedeninin oluşamayacağı ve kusurluluğu kaldıran nedenlerin de uygulanamayacağı görüşü hakimdir⁴⁵⁶. Ancak kanaatimizce ve azınlıkta da kalsa bazı görüşlere göre, anayasayı ihlal suçunun işlenmesinde hukuka uygunluk oluşturan ya da kusurluluğa etki eden nedenlerin var olmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁵⁷. Zira teorik olarak anayasayı ihlal suçu da TCK'da düzenlenen bir suç türü olup, TCK'nın genel hükümlerinin bu suç açısından uygulanamayacağına dair kanunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

⁴⁵¹ KARCILIOĞLU, s. 252; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 265; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 281

⁴⁵² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 281

⁴⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 312; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 360

⁴⁵⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 361

⁴⁵⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 312; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 282

⁴⁵⁶ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1717,1718; DİNLER, s. 1567; HAFIZOĞULLARI, s. 497,498; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 374,375; SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK, s. 123; TURİNAY, s. 297

⁴⁵⁷ YAŞAR, s. 220-222. Hukuka uygunluk sebeplerinin oluşmayacağını, ancak kusurluluğa etki eden hallerden hata ve emrin ifası hükümlerinin uygulanabileceğini ifade eden görüş için bkz. BEYOĞLU/KANTARCI, s. 701,702,703

Örneğin 18 yaşını doldurmamış çocukların, 21 yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin ya da akıl hastalarının bu suça iştirak etmeleri mümkün olduğu gibi; TCK m.31,32,33'ün uygulanması da mümkündür. Nitekim TMK m.5'teki cezanın artırılmasına ilişkin hükmün, aynı maddenin 3. fıkrasına göre çocuklar hakkında uygulanmayacağı düzenlemesinden; anayasayı ihlal suçunun ve diğer terör suçlarının çocuklar tarafından da işlenebileceği anlaşılmalıdır. Yine bir kısım anayasayı ihlal suçu faillerinin, cebir ve şiddet uygulayarak veya alkol veya uyuşturucu madde kullanmaya zorlayarak, suça iştirak etmek zorunda bıraktıkları diğer kişiler hakkında da TCK m.28,34'ün uygulanması mümkündür. Ayrıca 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü failleri hakkında yapılan yargılamalar neticesinde, Yargıtay hem TCK m.24'teki amirin emrini ifa hem de TCK m.30'daki hata müesseselerinin uygulanabileceği yönünde kararlar vermiştir⁴⁵⁸. Bu açıdan anayasayı ihlal suçu failleri hakkında, hukuka uygunluk oluşturan veya kusurluluğa etki eden nedenlerin uygulanmasını engelleyen, kanuni hiçbir kısıtlama yokken; kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde, anayasayı ihlal suçu faillerinin ceza sorumluluğunu genişletecek şekilde yorum yapılması mümkün değildir.

Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçunun ağır neticeleri düşünüldüğünde, bu neticeleri doğurabilecek bir fiilin, hangi durumlarda hukuka uygunluk oluşturan veya kusurluluğa etki eden nedenleri bulundurabileceğinin tahayyül edilememesi; kanaatimizce, anayasayı ihlal suçunun hiçbir şekilde hukuka uygunluk oluşturan veya kusurluluğa etki eden nedenlerle birlikte işlenemeyeceği sonucunu doğurmaz. Nitekim anayasayı ihlal suçunun, elverişlilik için bir suç örgütü tarafından ya da iştirakle işlenmesinin gerekmesi ve zorunlu olarak bu sebeple de birden fazla failinin bulunması; faillerinin tamamının tek fail gibi değerlendirilmesinin de gerektiği anlamına gelmeyecektir. Zira hukuka uygunluk oluşturan veya kusurluluğa etki eden nedenlerin varlığının değerlendirilmesi, TCK m.40'a göre her fail hakkında ayrı ayrı yapılacaktır. Bu açıdan, teorik olarak, anayasayı ihlal suçunda hukuka uygunluk oluşturan veya kusurluluğa etki eden nedenlerin uygulanabileceğinin kabul edilebilmesi için; faillerin tamamının bu nedenlerle hareket etmelerine gerek olmayıp, bir ya da birkaçının bu nedenlerle hareket ediyor olmaları da yeterlidir.

⁴⁵⁸ Bkz. Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar

Bu bölümde öncelikle anayasayı ihlal suçu hakkında uygulanacak olan hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğa etki eden nedenler açıklanacaktır. Sonrasında ise, “İhtilal kendi hukukunu doğurur.” sözünün bu bağlamda değerlendirilmesi yapılacaktır.

8.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

8.2.1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi

TCK m.24/1’e göre, kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Görevin ifası olarak da adlandırılan kanun hükmünün yerine getirilmesi, kişiye kanunen verilmiş bir görev veya yetkinin varlığı halinde söz konusu olabilir⁴⁵⁹. Kanun ifadesinden ise, tüm yazılı hukuk kurallarının anlaşılması gerekir⁴⁶⁰. Nitekim kanunilik ilkesi gereğince suç ve cezalar dar yorumlansa dahi; suç ve cezaların alanını daraltan hukuka uygunluk sebeplerinin geniş yorumlanması mümkündür.

Anayasayı ihlal suçunun kanunen verilmiş bir görev veya yetkinin kullanılması yoluyla işlenebilmesi için ise, öncelikle suçun unsurlarının oluşması gerekeceği için; bu görev veya yetkinin cebir ve şiddet kullanımını da içermesi gerekmektedir. Bu açıdan zor kullanma yetkisine sahip olan kolluğun ve askerin, bu yetkilerini kullanırken anayasayı ihlal suçu işlemeleri hallerinin incelenmesi gerekir.

Anayasayı ihlal suçunun görevin ifası bağlamında askerler tarafından işlenmesi halinde, 12 Mart 1971 Muhtırası’nda ve 12 Eylül 1980 Darbesi sonrasında yayınlanan bildiride de atıf yapılan, 13.07.2013’te değişmeden önceki haliyle 211 sayılı TSK İç Hizmetleri Kanunu m.35, “*Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır.*” ilk olarak akla gelmektedir. Değişiklikten sonra ise, “*Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmaktır.*” şeklini alan maddenin; değişmeden önceki haliyle dahi, askerlere anayasayı ihlal suçu işleme veya yasama, yürütme yetkisine müdahale etme yetkisi vermediği

⁴⁵⁹ GERÇEKER, s. 333; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 276; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 287

⁴⁶⁰ GERÇEKER, s. 334; KARCILIOĞLU, s. 264; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 277; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 290

öğretideki bir görüş tarafından ifade edilmektedir⁴⁶¹. Nitekim Anayasa m.6'ya göre, hiç kimse kaynağını anayasadan almadığı bir yetkiyi kullanamayacağı için; bu görüşe göre, askerin de kaynağını anayasadan almadığı yetkiyle yasama veya yürütmeye müdahale etmesi ve anayasayı ihlal suçu işlemesi halinde, hukuka uygunluk sebebi oluşmayacaktır.

Bu konunun hukuka uygunluk sebebi oluşturmaması hususundaki tartışma maddenin değiştirilmesi ile sona ermiş olsa da, kısaca ifade etmek gerekir ki; maddenin eski halinin silahlı kuvvetlere, yasama ya da yürütmenin yerine geçme ve onların yetkilerini kullanabilme yetkisi vermediği açıktır. Bu sebeple maddenin lafzında anayasaya aykırı bir durum olmamakla birlikte; bu şekilde yapılan yorumun anayasaya aykırı olduğu görüşüne katılmak gerekir⁴⁶². Ayrıca ifade etmek gerekir ki, maddenin eski halinin silahlı kuvvetlere verdiği “*Türkiye Cumhuriyetini*” koruma yetkisini, cumhuriyete aykırı bir şekilde kullanma yetkisi vermediği de açıktır. “*Türkiye Cumhuriyetini korumak ve kollamak*” ifadesinden, silahlı kuvvetlere zaten yurdu koruma yetkisi verilmişken; gereksiz bir tekrar yapılarak, genel olarak devleti koruma yetkisinin de ayrıca belirtilmeye çalışıldığı anlaşılmamalıdır. Zira devletin varlığı anayasayla tayin edilmesine de bağlı değildir. Bu açıdan maddeden, silahlı kuvvetlere anayasayla tayin edilen cumhuriyeti koruma yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Silahlı kuvvetlere verilen bu yetkinin ise, cumhuriyetin temelini oluşturan millet egemenliğini koruma altına alan ve nihayetinde yine millet egemenliğinin ihlal edileceği anayasayı ihlal suçu işlenerek kullanılabileceğinin kabul edilmesi çelişkili olur. Netice itibarıyla TSK İç Hizmetleri Kanunu m.35'in eski haliyle silahlı kuvvetlere verilmiş olan yetki, anayasayı ihlal suçu bakımından hukuka uygunluk oluşturmamaktaydı.

Bunun dışında, askerin ve kolluğun zor kullanma ve silah kullanma yetkileri de bulunmaktadır. TSK İç Hizmetleri Kanunu m.87 ve devamında askerin silah kullanma yetkisi; 2556 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK) m.16'da, polisin ve polisin olmadığı yerlerde geçerli olmak kaydıyla, PVSK m.25'in yaptığı atfa göre, jandarmanın zor ve silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir. Ayrıca TSK İç Hizmetleri Kanunu m.86'ya göre silahlı kuvvetler, asayişin temin için kullanılmaları halinde,

⁴⁶¹ KARCILIOĞLU, s. 265

⁴⁶² KARCILIOĞLU, s. 266

kolluğun görev ve yetkilerine de sahip olacaktır. Bu yetkilerin hukuka uygun bir şekilde kullanımı sonucunda, anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesi ya da teşebbüs halinde kalması halinde; TCK m.24/1 gereğince görevi ifadan dolayı hukuka uygunluk oluşmasının önünde herhangi bir engel görünmemektedir.

8.2.2. Meşru Savunma

Meşru savunma, TCK m.25/1’de “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmektedir. Madde düzenlemesinden anlaşılan, meşru savunmanın saldırı şartları şunlardır: kişilere ait herhangi bir hakka yönelmiş bir saldırı olmalı; saldırı, devam ediyor veya gerçekleşmesi muhakkak ya da tekrarı muhakkak olmalı; saldırı, haksız olmalıdır⁴⁶³. Savunmaya ilişkin şartlar ise şunlardır: savunma, saldırı yapan kişiye yönelik olmalı; savunma hareketleri olmaksızın, saldırı başka yollarla engellenemiyor olmalı; savunma, saldırı ile orantılı olmalıdır⁴⁶⁴.

Öğretide bir görüş, anayasayı ihlal suçu hakkında meşru savunma hükmünün uygulanamayacağını ifade etmektedir⁴⁶⁵. Zira bu görüşe göre, meşru savunma saldıran kişiye yönelik olması gerekmekle birlikte; anayasal düzen ile anayasal düzeni elinde bulunduran siyasi iktidarın aynı kavram olmaması sebebiyle; siyasi iktidara karşı meşru savunmayla işlenen cebir ve şiddet, anayasal düzene karşı işlenmiş olmayacak ve meşru savunmanın şartı sağlanamamış olacaktır. Ayrıca bu görüşe göre meşru savunmanın, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir saldırıya karşı yapılması şartı da anayasayı ihlal suçu açısından sağlanamayacağı için; meşru savunma hükmünün anayasayı ihlal suçu açısından uygulanmasına imkan yoktur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anayasal düzen, fail olarak saldırıda bulunabilecek bir kişi olmadığı gibi; cebir ve şiddetin, doğrudan fiziki bir zarar verebileceği somut bir şey

⁴⁶³ GERÇEKER, s. 351-352; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 280-283; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 305-315

⁴⁶⁴ GERÇEKER, s. 352-353; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 283-287; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 315-318

⁴⁶⁵ KARCILIOĞLU, s. 268

de değildir. Anayasayı ihlal suçu işlenirken cebir ve şiddet doğrudan anayasal düzene yönelmediği, insanlara ya da diğer somut eşyaya yöneldiği için; anayasayı ihlal suçunun meşru savunma ile işlenmesi halinde de cebir ve şiddetin doğrudan anayasal düzene yönelmesi beklenemez. Bununla birlikte anayasayı ihlal suçunun mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olması sebebiyle, bu suçun meşru savunma ile işlenebilmesi için; öncelikle toplumu oluşturan bireylerden bir saldırı gelmesi, sonrasında da anayasayı ihlal suçunun savunma olarak toplumu oluşturan bireylere karşı işlenmesi gerekmektedir. Ancak bu husus, anayasayı ihlal suçunun mağduru olan toplumu oluşturan bireylerin belirsiz kişiler olmaları sebebiyle imkansız hale gelmektedir. Zira bir saldırının faili, kimliği tespit edilememiş olsa bile, mutlaka belirli bir kişi ya da kişiler olacaktır. Netice itibarıyla belirsiz kişiler tarafından herhangi bir saldırı yapılmasının ya da belirsiz kişilere karşı herhangi bir savunma yapılmasının mümkün olmaması, anayasayı ihlal suçunun meşru savunma ile işlenmesini engeller görünmektedir.

Bununla birlikte anayasayı ihlal suçunu oluşturacak cebir ve şiddet içeren fiillerin meşru savunma ile işlenmesi ve bunun sonucunda da anayasayı ihlal suçunun meşru savunma ile işlenmesi pek tabii mümkündür. Nitekim baskıcı bir rejimde, siyasi iktidarın devletin zor kullanma yetkisini kötüye kullanarak, devamlı olarak kişi haklarını ihlal ettiği ve sonrasında da bu ihlallerin devam edeceğinin muhakkak olduğu bir durumda; hakları ihlal edilen kişilerin, kendilerine ve başkalarına karşı zor kullanan devlet güçlerini orantılı bir savunmayla etkisiz hale getirmeleri, örneğin yalnızca silahlarını ellerinden alma ve bu süreçte kasten yaralamaya varacak kadar cebir kullanmaları; buna ilave olarak, hak ihlallerinin baskıcı rejim ve o rejimi yöneten siyasal iktidardan kaynaklanması sebebiyle, tekrarlanması muhakkak olan diğer saldırıları da engellemek için siyasi iktidarı ve anayasal düzeni değiştirmeleri halinde, anayasayı ihlal suçu meşru savunma ile işlenmiş olacaktır⁴⁶⁶. Zira bu durumda siyasi iktidarın yaptığı baskı,

⁴⁶⁶ Örnek için bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 268. Yazar bu örnekte, anayasal düzenin meşruiyetini kaybederek, hukuken anayasal düzen olmaktan çıktığını; dolayısıyla da bu örnekte meşru savunmanın değil, direnme hakkının kullanılmasının söz konusu olacağını ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, anayasal düzenin meşruiyetini kaybetmesi ile, hukuken anayasal düzen olmaktan çıkacağının kabul edilmesi halinde; fiilin işlenmesi esnasında suçun maddi konusu var olmayacağı için, fiil anayasayı ihlal suçunu oluşturamayacaktır. Bu noktada, suç oluşturmayan bir fiil için hukuka uygunluk araştırması yapılamayacağı için; fiilin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni içerisine girmesi de mümkün olmayacaktır. Ancak kanaatimizce anayasal düzenin hukuken var olması meşruiyetine bağlı değildir. Anayasal düzenin ya da anayasanın meşruiyeti, anayasanın yapılması

gerçekleşen veya tekrarı muhakkak olan saldırıyı oluşturacaktır. Anayasayı ihlal suçuna sebep olan cebir ve şiddet, yani savunma ise; saldırının kaynaklandığı siyasi iktidara karşı gerçekleştirilmiş olacaktır. Bu açıdan anayasayı ihlal suçunu oluşturan cebir ve şiddet eylemleri meşru savunma sebebiyle hukuka uygun olacağı için, anayasayı ihlal suçu da hukuka uygun fiillerle gerçekleştirilmiş olacaktır. Nitekim hukuka uygunluk nedenleri fiile ilişkin olup, anayasayı ihlal suçunu oluşturan cebir ve şiddet fiilinin hukuka uygun olması, anayasayı ihlal suçunun da hukuka uygun olması sonucunu doğuracaktır. Netice itibarıyla kanaatimizce, anayasayı ihlal suçunun meşru savunmayla işlenmesi de mümkündür.

8.2.3. Hakkın Kullanılması

TCK m.26/1'e göre, hakkını kullanan kişiye ceza verilmez. Hukuka uygunluk nedeni olacak şekilde bir hakkın kullanılmasının şartları ise şunlardır: hukuken tanınan bir hakkın varlığı, kişinin hakkını başvuruya veya izin almaya gerek olmadan doğrudan kullanabilir olması, hakkın kötüye kullanılmaması, hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunması⁴⁶⁷. Ayrıca hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk oluşturabilmesi için, failin hakka bizzat sahip olması gerekmekte; failin, kendisinde bulunmayan bir hakkı hakimiyeti altına alması, ihkak-ı hak olup; ihkak-ı hak halinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk teşkil etmez⁴⁶⁸.

esnasında aranması gereken bir husustur. Nitekim meşruiyete haiz olarak yapılan bir anayasanın ve onun öngördüğü anayasal düzenin varlığı; anayasanın yapım aşaması bittikten sonra, hukukiliğine bağlıdır. Anayasal düzenin varlığını sürdürmesi hususuna ceza hukuku ve kanunilik ilkesi açısından bakılırsa; şekli anlamda anayasayla öngörülmüş bir anayasal düzenin var olması, anayasayı ihlal suçunun oluşması için yeterlidir. Bu açıdan anayasal düzenin var olmadığının varsayılabilmesi için ya hukuken ya da fiilen kaldırılması gerekir. Dolayısıyla, halihazırda işlenmiş bir anayasayı ihlal suçuyla anayasal düzen kaldırılmadığı ya da hukuki bir işlemle anayasa ve anayasal düzen kaldırılmadığı sürece, anayasal düzen varlığını sürdürmeye devam edecektir. Nitekim bir norm hukuka aykırı ve meşruiyetini kaybetmiş olsa bile, hukuken iptal edilinceye kadar yürürlükte kalmaya ve hukuka uygun bir norm gibi uygulanmaya devam edilir. Netice itibarıyla meşruiyetini kaybetse de anayasal düzen var olduğu için; fiilin, anayasayı ihlal suçu oluşturması ve bununla birlikte birden fazla hukuka uygunluk nedeni içerisine girebilmesi mümkündür.

⁴⁶⁷ GERÇEKER, s. 358-360; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 288-289; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 322-323

⁴⁶⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 323

Anayasayı ihlal suçu açısından bakıldığında, suçun koruduğu hukuki değerin kurucu iktidar olma hakkı olup; bu hakkın sahibi de, egemenliğin sahibi olan millettir. Bu sebeple milletin kurucu iktidar olma hakkını kullanırken cebir ve şiddet uygulaması ve neticede yeni bir anayasal düzen kurulması halinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi oluşacaktır. Ancak bilindiği üzere ülkemizde millet egemenliğinin kullanılması yolu demokrasi olup; demokrasiyle yeni bir anayasa ve anayasal düzen kabul edilebilmesi için de çoğunluğun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce kurucu iktidar olma hakkının kullanıldığının varsayılabilmesi için de, milletin çoğunluğunun bu hakkı kullanma ve yeni bir anayasal düzen yapma yönünde irade sergilemesi gerekmektedir. Nitekim çoğunluğun iradesine dayanmadan, kurucu iktidar olma hakkının kullanıldığının ifade edilmesi halinde; çoğunluğun hakkı cebir ve şiddetle elinden alınmış olacak; ihkak-ı hak olacak ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni oluşmayacaktır.

Ayrıca bu konuda öğretilerdeki bir görüş tarafından, hukukumuzda bir hak olarak tanımlanmayan⁴⁶⁹, ancak 1961 Anayasası'nın başlangıç kısmında *“Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti”* şeklinde yerini alan, direnme hakkının varlığından bahsedilmektedir⁴⁷⁰. Ancak bu görüşe göre direnme hakkının kullanılabileceği durumlarda anayasal düzen de ortadan kalkacağı için, anayasayı ihlal suçu oluşmayacaktır. Netice itibarıyla bu görüşe göre, direnme hakkının kullanılması hukuka uygunluk teşkil etmemektedir.

Direnme hakkı, *“Hukukun dışına çıkarak veya hukuk dışı yollarla iktidara geçip hukuksuzluğunu devam ettiren ve bu suretle meşruiyetini kaybeden, gücünü baskı ve zulüm vasıtası haline getirmiş bir siyasal iktidara karşı hukuka itaati sağlamak, zulüm ve baskıdan kurtulmak amacıyla son çare olarak giriştiği toplumsal kabul gören bir*

⁴⁶⁹ Direnme hakkının yabancı ülke hukuklarındaki düzenlemeleri için bkz. **ANBARLI, Şeniz**, Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik (Türkiye Örneği), Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 48; **COŞKUN, Vahap**, Direnme Hakkı, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 5. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 69-73; **ÖMEROĞLU, Ömer**, “Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 13, S. 1-2, s. 107-109

⁴⁷⁰ Bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 255-259

aktif bir direnme” olarak tanımlanmaktadır⁴⁷¹. Direnme hakkı, aktif direnme ve pasif direnme olarak ikiye ayrılmaktadır. Sivil itaatsizlik olarak da adlandırılan pasif direnme, cebir ve şiddet içermemekte ve genellikle emre uymama, itaat etmeme şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁷². Ancak suçun unsurlarını taşıyamamaları sebebiyle, pasif direnme ya da sivil itaatsizlik eylemleri sonucunda anayasayı ihlal suçu oluşmayacaktır. Aktif direnme ise, saldırgan ve savunucu direnme olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁷³. Yalnızca yasa dışı ya da haksız olan eylem veya işlemin hedef alınması halinde, savunucu direnme; hukuk ve meşruluk zemininden ayrılmış hükümeti kuvvet kullanarak devirmeye çalışma, yasa dışı ya da haksız olan eylem veya işlemlerini geri almaya zorlama şeklinde olması halinde, saldırgan direnme olarak adlandırılmaktadır⁴⁷⁴. Bu açıdan aktif direnme eylemleri ile anayasayı ihlal suçunun oluşabilmesi mümkün görünmekle birlikte; her ne kadar cebir ve şiddet içerse de, yalnızca haksız bir eylem ya da işlemi hedef alan savunucu direnme, anayasayı ihlal suçuna vücut veremeyecektir. Netice itibarıyla kanaatimizce anayasayı ihlal suçunun oluşabilmesi, yalnızca saldırgan direnme eylemleri sonucunda mümkün görünmektedir.

Direnme hakkının kullanılabilmesi için gereken şartlar ise; hukuk dışına çıkan bir siyasal sistemin olması, siyasi iktidarın meşruiyetini kaybetmesi, hukuka aykırılığın baskı ve zulüm haline gelmesi, direnme hakkının hukukun üstünlüğünü tekrar sağlamak için kullanılması, direnme hakkına son çare olarak başvurulması ve direnme hakkının milletin ortak iradesine uygun olarak kullanılması olarak sayılmaktadır⁴⁷⁵. Bununla birlikte direnme hakkının, bir hakka karşı yapılan saldırıya, baskıya karşılık olarak; bu hakkı korumak için yapılan savunmaya, yani meşru savunmaya benzediği görülmektedir⁴⁷⁶. Nitekim direnme hakkı için, baskı ve zulmün olmasının gerekmesi; meşru savunma için gereken haksız saldırının varlığı koşuluna benzemektedir. Ayrıca direnme hakkına son çare olarak başvurulması şartı da, meşru savunma için gereken,

⁴⁷¹ TAŞKIN, Ahmet, Baskıya Karşı Direnme Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 52, s. 38

⁴⁷² ANBARLI, s. 4; NİŞANCI, Şükrü, Sivil İtaatsizliğin Teorik Temelleri ve Meşruiyeti Meselesi, Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s. 9

⁴⁷³ ANBARLI, s. 2

⁴⁷⁴ ÖMEROĞLU, s. 113; TAŞKIN, s. 38

⁴⁷⁵ Ayrıntı için bkz. ANBARLI, s. 54-55; TAŞKIN, s. 39-48

⁴⁷⁶ Aynı yönde bkz. NİŞANCI, s. 9

saldırının başka türlü engellenememesi şartına benzemektedir. Netice itibarıyla direnme hakkı, meşru savunma gibi, doğal bir haktır⁴⁷⁷. Ancak meşru savunmanın, hukuken tanınan doğal bir hak olmasının aksine; direnme hakkının hukuken tanınması mümkün değildir⁴⁷⁸.

Ancak direnme hakkının hukuken tanınmıyor oluşu, bu hakkın TCK m.26/1'e göre hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamına dahil edilmesini engellemektedir. Nitekim direnme hakkı kapsamında yapılan fiillerin meşru savunma için gereken şartları sağlamakla birlikte; bu fiillerin anayasal düzen üzerinde egemenliğe, söz söyleme hakkına sahip olan milletin ortak iradesini de içermesi, kurucu iktidar olma hakkının demokratik olarak kullanımı şartlarını da sağladığını göstermektedir. Bu açıdan kanaatimizce direnme hakkı kapsamında işlenen fiiller, anayasayı ihlal suçu bağlamında hem TCK m.25/1 hem de TCK m.26/1 açısından hukuka uygun olmaktadır.

8.2.4. İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası, TCK m.26/2'de *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* şeklinde düzenlenmiştir. İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin oluşabilmesi için gerekli şartlar şunlardır: mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkın olması, mağdurun rıza açıklama ehliyetinin olması, rızanın suçtan önce veya suçun icra hareketlerinin işlendiği sırada açıklanmış olması⁴⁷⁹.

Kanaatimizce, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin anayasayı ihlal suçu hakkında uygulanması mümkün değildir⁴⁸⁰. Zira anayasayı ihlal suçunun mağduru toplumu oluşturan bireyler olmakla birlikte, belirli bir kişi ya da kişiler değildir. Bu sebeple anayasayı ihlal suçu işlenmesi için rıza açıklamasında bulunabilecek kişi de belirlenmemektedir. Nitekim öğretilerde de ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin her suç için uygulanamayacağı; yalnızca kişisel hak ve menfaatlerin korunmasına ilişkin

⁴⁷⁷ COŞKUN, s. 76

⁴⁷⁸ COŞKUN, s. 77; ÖMEROĞLU, s. 114

⁴⁷⁹ GERÇEKER, s. 369-370; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 295-298; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 342-353

⁴⁸⁰ Aynı yönde bkz. YAŞAR, s. 220-221

suçlarda, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin uygulanabileceği ifade edilmektedir⁴⁸¹.

Buna rağmen, kurucu iktidar olma hakkının millete ait olduğu ve milletin de bu konuda rıza açıklama yetkisinin olduğu ifade edilebilir. Ancak egemenliğin kullanılmasını düzenleyen Anayasa m.6, “(1) Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. (2) Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. (3) Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” şeklinde olup; anayasal düzen üzerindeki millet egemenliğinin ve kurucu iktidar olma hakkının, bir kişi ya da gruba kullanılması için devredilmesi mümkün değildir.

Bu hususta hakkı kullanabilmek ile, hak üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olmak birbirine karıştırılmamalıdır. Zira Anayasa m.6’ya göre millet, anayasal düzen üzerindeki egemenliğini, kurucu iktidar olma hakkını anayasayla çizilen sınırlar çerçevesinde kullanabilir. Nitekim Anayasa m.175’te milletin kurucu iktidar olma hakkını doğrudan kullanmasına örnek olan, halk oylaması düzenlemesi bulunmaktadır. Ancak anayasada egemenliğin kullanım hakkının devredilemezliğine, anayasa ile belirtilen şekillerin dışına çıkabilecek şekilde istisna getiren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Netice itibarıyla milletin, kurucu iktidar olma hakkını doğrudan kullanabilmesi mümkün olmakla birlikte; bu hak üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisi bulunmadığı için, anayasayı ihlal suçunun ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeniyle işlenebilmesi de mümkün değildir.

8.3. Kusurluluğa Etki Eden Nedenler

8.3.1. Emrin İfası

Emrin ifası hakkında TCK m.24/2,3,4 fıkralarında yapılan düzenleme şöyledir: “(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka

⁴⁸¹ GERÇEKER, s. 370; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 295; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 341

uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”. Bu konu aynı zamanda “Kanunsuz Emir” başlıklı Anayasa m.137’de de “(1) Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. (2) Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. (3) Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” şeklinde düzenlenmektedir.

Emrin ifası, CMK m.223/3-b gereğince beraat verilmesini gerektiren, kusurluluğu kaldıran bir nedendir. Emrin ifası nedeninin uygulanabilmesi için, verilen emrin hukuka aykırı olması gerekir. Zira emrin hukuka uygun olması halinde, emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacak ve TCK m.24/1’deki kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni oluşacaktır⁴⁸². Ayrıca emri veren ile uygulayan arasında hiyerarşik bir astlık-üstlük ilişkisi olmalı; üst, emir vermeye yetkili olmalı; ast ise, görevi gereğince bu emri yerine getirmek zorunda olmalıdır⁴⁸³. Bununla birlikte Anayasa m.137/1 gereğince astın, emrin hukuka uygunluğunu denetleme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeden hukuka aykırı emri yerine getiren ast, sorumluluktan kurtulamaz⁴⁸⁴. Ast, denetim yükümlülüğünü yerine getirip, hukuka aykırılığı amirine bildirdikten sonra; hukuka aykırı emir yazılı olarak tekrarlanırsa, emri yerine getiren ast sorumlu olmaz. Ancak TCK m.24/3 ve Anayasa m.137/2’ye göre konusu suç olan emir yerine getirilemez. Nitekim madde metinlerinde konusu suç olan emrin “hiçbir surette” yerine getirilemeyeceği ifade edildiği için; bu emrin yazılı olarak tekrar edilmesi halinde dahi, emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz.

Bununla birlikte hem TCK m.24/4’te hem de Anayasa m.137/3 istisna öngörülmüştür. TCK m.24/4’te genel bir belirtme yapılmış; Anayasa m.137/3’te de astın denetim

⁴⁸² AKKURT, Ali, Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 1, S. 1, s. 67; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 343

⁴⁸³ AKKURT, s. 59; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 345; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 394

⁴⁸⁴ AKKURT, s. 69; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 345

yetkisinin olmadığı özel durumlar sayılmıştır. Ancak öngörülen bu istisnaların, emrin konusunun suç oluşturması hali için de geçerli olup olmadığı hakkında öğretilerde tartışma bulunmaktadır. Öğretilerdeki birçok görüşe göre, hem TCK hem de anayasada konusu suç olan emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, herhangi bir istisnaya yer vermeyecek şekilde belirtildiği için; emrin hukuka uygunluğunun denetlenemeyeceği durumlarla ilgili istisna, emrin konusunun suç oluşturması halini kapsamadan, yalnızca emrin hukuka aykırı olduğu durumlar için öngörülmüştür⁴⁸⁵. Nitekim aynı yönde olan başka bir görüşe göre, Anayasa m.137'nin 3. fıkrası, 2. fıkrası için öngörülmüş bir istisna olmakla birlikte; herhangi bir kanunda askere, anayasayı ihlal suçu işleme yetkisi verilmediği için, Anayasa m.137/3'ün anayasayı ihlal suçu açısından uygulanması mümkün değildir⁴⁸⁶. Diğer yönde olan görüşe göre ise, TCK m.24 ve Anayasa m.137'nin sistematığına bakıldığında; istisna öngören hükmün, konusu suç teşkil eden emirlerle ilgili hükümden sonra düzenlenmesi sebebiyle; konusu suç teşkil eden emirlerin hukuka uygunluğunun denetlenememesi halinde de, emri yerine getiren sorumlu olmayacağını ifade etmektedir⁴⁸⁷.

Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Nitekim 1982 Anayasası'nı yapan kurucu iktidarın, askerlerden ve bu asker kişilerin seçtiği diğer kişilerden oluştuğu düşünülerek de aynı sonuca ulaşılabilir. Bu açıdan kurucu iktidarın, kamu güvenliğini önceleyerek; askeri hizmetlerin gereksinimleri sebebiyle, diğer kamu hizmetlerinden ayırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ilk görüşün kabulü halinde TCK m.24/4'ün gereksiz olması sonucu doğacaktır. Zira TCK m.24/2 hükmünde astın, amirin emrinin hukuka uygunluğunu denetlemesi şartı gibi bir şart getirilmeden sorumsuz olacağı ifade edilmiştir. Bu açıdan TCK m.24/4'ün yalnızca TCK m.24/2 açısından istisna getirdiğinin kabulü halinde; emri yerine getiren astın herhalde sorumsuz olmakla birlikte, emrin hukuka uygunluğunu denetleyemediği hallerde de sorumsuz olduğu gibi gereksiz bir tekrar yapıldığı kabul edilmiş olacaktır. Bu açıdan TCK m.24/4 düzenlemesi ile esasen TCK m.24/3 düzenlemesine istisna tanındığı kabul edilmelidir.

⁴⁸⁵ AKKURT, s. 70; GERÇEKER, s. 343; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 399

⁴⁸⁶ ŞEN/ERYILDIZ, s. 396

⁴⁸⁷ BEYOĞLU/KANTARCI, s. 703-704. Ayrıca bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 399

Anayasa m.137/1'in ise, şartlı olarak öngörülmesi sebebiyle; Anayasa m.137/3 ile getirilen istisnanın, bu şartın geçerli olmadığı durumların belirtilmesi amacıyla öngörüldüğü ve konusu suç teşkil eden emirler açısından uygulanmayacağı düşünülebilir. Ancak hem Anayasa m.137/3 hem de TCK m.24/4 failin ceza sorumluluğunu daraltan, bu açıdan kanunilik ilkesi gereğince geniş yorumlanması gereken hükümlerdir. Netice itibarıyla Anayasa m.137/3 ve TCK m.24/4'te, bu hükümlerle öngörülen istisnanın konusu suç teşkil eden emirler açısından uygulanamayacağını ifade eden ve bu sebeple de cezalandırılma sınırını genişleten açık bir kanuni düzenlemenin olmaması; bu hükümlerin konusu suç teşkil eden emirler hakkında da uygulanabileceğinin kabulünü gerektirir.

Anayasayı ihlal suçu açısından bakıldığında ise, bu suçun cebir ve şiddetle işlenmesi gerektiği için; emrin yerine getirilmesi nedeninin oluşabilmesi için de cebir ve şiddet uygulanması gerekmektedir. Kanaatimizce emrin yerine getirilmesi nedeninin uygulanabilmesi için, görevin ifasında olduğu gibi, emri yerine getirenin de hukuken cebir ve şiddet uygulamaya yetkili olması gerekmektedir. Zira kanunen zor kullanma yetkisi olmayan astın, cebir ve şiddet uygulamasına dair emrin konusu açıkça suç olacağı için; astın emrin hukuka uygunluğunu denetleme görevi olmasa bile, TCK m.4'e göre kanunu bilmemek mazeret sayılamayacağı için, emri yerine getirenin suç işlediği bilincinde olduğu kabul edilecektir. Netice itibarıyla kanuni görev ve yetkileri arasında zor kullanma yetkisi olmayan kişiye, cebir ve şiddet uygulamasına ilişkin bir emir verilmesi ve bu emrin yerine getirilerek anayasayı ihlal suçu işlenmesi halinde; emri yerine getiren, kusurlu olarak ve kasten hareket etmiş olacaktır.

Zor kullanma yetkisine sahip olan kolluk ve asker açısından bakıldığında ise, cebir ve şiddet uygulamasına dair verilen emrin konusu her durumda suç olmayacaktır. Bu konuda hem asker hem de kolluk açısından TCK m.24 genel hükmünün uygulanması, ilgili özel kanunlarındaki düzenlemeler de benzer olduğu için, aynı olacaktır. Ancak asker için çoğunlukla TCK m.24/4 hükmü ve buna paralel bir düzenleme olan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (AsCK) m.41 hükmü uygulanacakken, kolluk için TCK m.24/2 çoğunlukla uygulama alanı bulacaktır. Zira PVSK m.2/2'ye göre kolluk için kural olan, emrin hukuka uygunluğunun sorgulanmasıyken; emrin hukuka uygunluğunun sorgulanamayacağı haller PVSK m.2/3'te sınırlı sayılmıştır.

Kolluğun, amirinden aldığı emrin hukuka uygunluğunu sorgulayamadığı istisnai hallere yer verilen PVSK m.2/3'ün ise, yalnızca emrin yazılı olarak tekrarlanması istenilmesine dair hükme istisna teşkil ettiği görülmektedir. Nitekim PVSK m.2/2'de yazılı olarak tekrarlanmasının isteneceği, yalnızca hukuka aykırı emirler olarak belirtilmiş; konusu suç teşkil eden emrin yazılı olarak tekrarlanmasının istenmesine dair, PVSK m.2/2'de herhangi bir belirtme yapılmamıştır. Netice itibarıyla konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hususunda kolluk görevlileri için herhangi bir istisna tanınmamış; bu emirlerin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Ancak kolluk görevlileri için istisna teşkil eden, emrin hukuka uygunluğunu denetleyememe durumu; askerler için kural olan durumdur. Nitekim TSK İç Hizmetleri Kanunu m.15'e göre amirin astına görevle alakalı olmayan emir verememesi; astın da TSK İç Hizmetleri Kanunu m.13,14'e göre emrin hukuka uygunluğunu sorgulanmadan, amirine mutlak surette itaat etmesi gerekmektedir. Amirin verdiği hukuka aykırı emrin uygulanmasından dolayı ise, TSK İç Hizmetleri Kanunu m.14/2'ye göre amirin sorumlu olması; amirin verdiği ve konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinden dolayı ise, AsCK m.41/2 gereğince yine amirin sorumlu olması asıldır. Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren astın sorumluluğu ise, AsCK m.41/3'te istisna şeklinde sınırlı sayılan durumlarda; emrin sınırlarını aşması veya emrin suç teşkil ettiğini bilmesi hallerinde söz konusu olmaktadır. Bu konuda astın cezai açıdan sorunlu olabilmesi için, emrin suç olduğunu kesin olarak bilmesi gerekmekte; astın, emrin suç olduğundan şüphelenmiş olması cezalandırılması için yeterli olmamaktadır⁴⁸⁸. Bu açıdan astın, emrin suç oluşturduğunu kesin olarak bilmesi hususunda şüphenin olması halinde de; şüpheden ast yararlandırılarak, emrin suç olduğunu kesin olarak bilmediği ve cezalandırılmayacağı sonucuna varılmalıdır. Bununla birlikte AsCK m.2'deki "Askeri şahısların askeri olmayan suçları için Türk Ceza Kanunu hükümleri tatbik olunur." hükmüne göre; AsCK'nın uygulanabilmesi için, söz konusu suçun askeri suç ya da sırf askeri suç olması gerekmektedir. Bu açıdan AsCK kapsamına giren askeri veya sırf askeri suçlardan biri olmayan anayasayı ihlal suçunu işleyen asker kişiler hakkında

⁴⁸⁸ **Y16CD, T. 09.12.2019, E. 2019/6765, K. 2019/8453:** "Ast kendisinden verilen emrin bir suç işlemek maksadı ile verildiğini biliyorsa ve buna rağmen emri yerine getirmişse kendisi de amirle birlikte ceza görecektir. Dikkat edileceği veçhile, astın bu hususta sadece bir şüpheye kapılması cezalandırılması için yeterli değildir, zira her asker, amiri tarafından verilen emrin kanuni olduğunu farz ve kabul etmek zorundadır ve bu konuda ast lehine bir karinenin varlığı kabul edilebilir."

TCK hükümleri uygulanacaktır. Bu açıdan asker kişilerin amirlerinden aldıkları emri yerine getirirken işledikleri anayasayı ihlal suçu bakımından, TSK İç Hizmetleri Kanunu ve TCK m.24 bağlamında değerlendirme yapılmalıdır.

Öğretide bu konuda, astın verilen emrin konusunun suç teşkil ettiğini bilmemesinin mümkün olmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır⁴⁸⁹. Nitekim bu görüşe göre, anayasal düzene karşı bir kalkışmanın varlığını bilen askerin, kendisine verilen emrin konusunun suç teşkil ettiğini de bilmesi gerekir. Ancak bu görüş tarafından, askerin anayasal düzene karşı bir eyleme girişildiğinden haberinin olmaması sebebiyle, hata halinde olması durumunda; kendisine verilen emrin suç teşkil ettiğini de bilemeyeceği ifade edilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da, 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü yargılamalarıyla ilgili kararlarında⁴⁹⁰; öncelikle astın, amirlerinin emirlerine mutlak olarak itaatle yükümlü olduğu ve emirlerin hukuka uygunluğunu sorgulayamayacağı belirtilerek; astın, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirmesi halindeki sorumluluğu AsCK m.41/2'den yola çıkılarak, *“Astın cezai sorumluluğu, ancak emrin hizmete müteallik olmaması, suç işlemek maksadıyla verilmesi ve bu maksadın ast tarafından bilinmesi halinde söz konusu olabilecektir.”* olarak tespit edilmektedir. Ancak kararların devamında, *“Sonuç olarak; gerek Anayasanın 137/2, gerek TCK'nun 24/3 ve gerekse 211 sayılı Kanunun 41/3. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz.”* şeklindeki ifadeyle; astın kendisine verilen emrin konusunun suç içerdiğini bilmesi halinin geçerli olduğu yönünde tespit yapılmaktadır. Bu tespitin sonrasında ise, askerin emrin suç olduğunu bilmekte hataya düşmesi durumu incelenerek, *“Astın konusu suç oluşturan emri, haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerek yerine getirmesi somut olay çerçevesinde bilgi düzeyi, olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alınarak TCK'nun 30/4. maddesi bağlamında değerlendirilmelidir. Keza astın emrin askeri hizmet alanında verildiği, amirin yetkili olduğu ve zorunluluk teşkil ettiği hususlarında yanılgiya düşerek konusu suç teşkil eden emri yerine getirmesi halinde yapılan değerlendirme neticesinde*

⁴⁸⁹ KARCILIOĞLU, s. 276

⁴⁹⁰ Bkz. Y16CD, T. 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758 sayılı karar; Y16CD, T. 31.10.2018, E. 2018/2012, K. 2018/4553 sayılı karar; Y16CD, T. 21.01.2019, E. 2018/2519, K. 2019/323 sayılı karar; Y16CD, T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953 sayılı karar; Y16CD, T. 09.12.2019, E. 2019/6765, K. 2019/8453 sayılı karar; Y16CD, T. 18.03.2020, E. 2019/9560, K. 2020/2034 sayılı karar.

TCK'nın 30/1. maddesi gereğince kasten hareket etmediği neticesine varılabilir.” ifadesine yer verilmektedir. Özetle bu kararlarında Yargıtay'ın, astın kendisine verilen emrin suç teşkil ettiğini bilmemesi halinde, TCK m.24/1 doğrultusunda görevini ifa ettiği yanlışlığında olduğunu ve TCK m.30/3'ün uygulanması gerektiğini; astın kendisine verilen emrin konusunun suç teşkil ettiğini bilmesi halinde ise, askeri işlerde konusu suç teşkil etse de emrin uygulanması gerektiği yanlışlığında olduğu ve bu durumda hukuka uygunluk nedeni ile ilgili TCK m.24'ün kapsamı hakkında yanlışlığa düşmüş olacağı için, TCK m.30/4'ün uygulanacağını ifade ettiği görülmektedir.

Kanaatimizce askerin, amirinden aldığı konusu suç teşkil eden emrin yerine getirmesinde kural olan; bu durumu bilmemesi ve kusursuz olmasıdır. Zira TSK İç Hizmetleri Kanunu m.15'e göre amirin astına görevle alakalı olmayan emir verememesi; astın da TSK İç Hizmetleri Kanunu m.13,14'e göre emrin hukuka uygunluğunu sorgulanmadan, amirine mutlak surette itaat etmesi gerekmektedir. Bu durumda, Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere; asker kişi, görevini ifa ettiği yanlışlığında olacağı için, TCK m.30/3 gereğince TCK m.24/1 hukuka uygunluk sebebi oluşacaktır. Aynı zamanda kanaatimizce bu durumda TCK m.24/4'ün uygulanması da mümkündür. Nitekim asker kişilerin kaçınılmaz hataya düşmesini ve TCK m.30/3'ün uygulanmasını sağlayan da askerin kendisine verilen emrin hukuka uygunluğunu denetleyememesidir.

Askerin amirinden aldığı emrin konusunun suç teşkil ettiğini bildiği durumda ise, TCK m.24/4'teki istisnanın uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda asker kişi, emrin askeri hizmetin görülmesi için verilmediğinin bilincinde olacak ve emrin hukuka uygunluğu halihazırda denetlenmiş olacaktır. Ancak bu durumda da Yargıtay kararlarında ifade edildiği üzere, asker kişinin konusu suç teşkil etse de askeri işlerde emrin uygulanması gerektiği yanlışlığında olması halinde; Anayasa m.137/3'ün ve hukuka uygunluk nedeni ile ilgili TCK m.24'ün kapsamı hakkında yanlışlığa düşülmesi mümkündür. Bu hususta ise, hukuka uygunluk nedeni öngören maddenin kapsamı hakkında hataya düşülmesi kaçınılmaz ise; TCK m.30/4'ün uygulanması gündeme gelebilecektir. Netice itibarıyla kanaatimizce, anayasayı ihlal suçu faileri hakkında da kusurluluğa etki eden emrin ifası nedeninin, TCK m.24/2,3,4'ün uygulanması mümkündür.

8.3.2. Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali, TCK m.25//2’de “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmektedir.

Zorunluluk halinin şartları ise, ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı, tehlikenin bir hakka yönelik olması, tehlikeye bilerek neden olunmaması; tehlikeden başka şekilde korunma imkanının olmaması, tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması olarak sayılmakta; orantı ise, tehlikenin yöneldiği hakkın, ihlal edilen haktan daha önemli ya da en azından eşit öneme sahip olması olarak açıklanmaktadır⁴⁹¹.

Anayasayı ihlal suçunun, zorunluluk hali altında ağır ve muhakkak bir tehlikeden kaçınmak için işlenmesi ise kanaatimizce mümkün değildir. Zira tehlikenin yöneldiği, korunmak istenenin kişisel bir hak olması halinde; bu hak ne kadar önemli olursa olsun, örneğin tehlike bir ya da birden çok kişinin yaşam hakkını tehdit ediyor olsa bile; cebir ve şiddet içeren fiillerle anayasayı ihlal suçu işleyerek bu tehlikeden kurtulmaya çalışmak, tehlikenin tehdit ettiğinden daha çok sayıdaki kişilerin, daha ağır haklarına zarar vereceği için; her halde ihlal edilen haklar, korunmak istenen haklardan daha üstün olacaktır. Ayrıca bu durumda, anayasayı ihlal suçunun koruduğu hukuki yararın tüm millete ait olduğu ve anayasayı ihlal suçunun maddi konusu olan anayasal düzene verilecek zarar neticesinde, tehlikeden korunmaya çalışılan kişisel hakların da anayasal güvenceden yoksun kalacağı düşünüldüğünde; zorunluluk hali ile anayasayı ihlal suçunun işlenmesinin, herhangi bir tehlikenin bir ya da birkaç kişinin kişisel hakkına vereceğinden daha ağır sonuçları olacağı görülecektir.

Tehlikeden korunmak istenen hakkın, anayasayı ihlal suçu ile korunan hukuki yararlar eşdeğer nitelikte ya da aynı olması halinde; örneğin milletin kurucu iktidar olma hakkını korumak amacıyla anayasayı ihlal suçu işlenmesi halinde de, korunmak istenen ile zarar verilen hakların çakışması söz konusu olacaktır. Bu noktada korunmak istenen hakka

⁴⁹¹ GERÇEKER, s. 354-355; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 350-354; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 408

zarar verilmesi halinde zorunluluk halinin bulunduğundan söz edilemeyecektir. Aynı zamanda bu durumda korunma istenen hak, kurucu iktidar olma hakkı da olsa, ona eşdeğer nitelikte başka bir hak da olsa; anayasayı ihlal suçu işlenmesi halinde yalnızca kurucu iktidar olma hakkının ihlal edilmeyeceği, cebir ve şiddet içeren fiillerle başka hakların da ihlal edileceği unutulmamalıdır. Netice itibarıyla, anayasayı ihlal suçu işlenirken ihlal edilecek hakların tamamından daha üstün ya da onlara eşdeğer nitelikte bir hakkın bulunması mümkün olmadığı için; kanaatimizce anayasayı ihlal suçunun zorunluluk hali ile işlenmesi ve TCK m.25/2'nin bu suç açısından uygulanması mümkün değildir.

8.3.3. Haksız Tahrik

Haksız tahrik, TCK m.29'da *“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar ise, haksız bir fiilin var olması, haksız fiilin hiddet veya şiddetli eleme neden olması, haksız fiil sonucunda oluşan hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi, suçun haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmesi olarak sayılmaktadır⁴⁹².

Ayrıca öğretide, her ne kadar madde metninde yer almasa da, haksız tahrikin uygulanabilmesi için; haksız fiil sonucunda oluşan hiddet veya şiddetli elem ile işlenen suç arasında bir orantı olmasının gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹³. Anayasayı ihlal suçu açısından bakıldığında ise, kanaatimizce haksız tahrikle bu suçun işlenmesi mümkündür. Örneğin bir terör örgütüne mensup kişilerin, bu terör örgütü faaliyeti

⁴⁹² GERÇEKER, s. 382-383; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 362; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 426-434

⁴⁹³ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 129; KANGAL, Zeynel T., Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 14, S. 3-4, s. 49. Öğetide orantının, haksız fiil ve işlenen suç arasında olması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. DEMREN DÖNMEZ, Burcu, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2013, C. 71, S. 1, s. 284; KANGAL, s. 49. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira haksız tahrik oluşturan fiilin suç olmaması, herhangi bir şekilde hukuka aykırı olması da mümkün ve yeterlidir. Bu açıdan haksızlık oluşturan fiilin suç olmaması ve bu fiile karşı suç işlenmesi halinde, haksız fiil ile işlenen suç arasında orantısızlık oluşması iştenden bile değildir.

çerçevesinde anayasayı ihlal suçu işleyerek, ülke yönetimine el koymaları ve anayasal düzeni de kendilerine göre değiştirmeleri halinde; bir grup kişinin, işlenen bu anayasayı ihlal suçundan dolayı duydukları hiddet ve şiddetli elemle harekete geçerek; bu terör örgütü mensuplarına karşı cebir ve şiddet uygulamaları ve anayasal düzeni tekrar eski haline getirmek için değiştirmeleri halinde; anayasayı ihlal suçu haksız tahrikle işlenmiş olacaktır.

8.3.4. Hata

Hata, TCK m.30'da *“(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Hata, failin düşüncesi, tasavvuru ile gerçek durumun uyumsuz olmasını ifade etmekte olup; failin iradesinin bozuk olarak oluşmasına sebep olmaktadır⁴⁹⁴. 30. maddenin 1. fıkrasında bahsedilen suçun maddi unsurlarında hata, 2. fıkrasında bahsedilen suçun nitelikli hallerinde hata ve 3. fıkrasında bahsedilen hukuka uygunluk nedenlerinde hata halleri; kastı kaldıran hata olarak ifade edilmektedir⁴⁹⁵. Ayrıca 3. fıkra kapsamına giren kusurluluğu kaldıran ve azaltan hallerde hata ve 4. fıkra da bahsedilen haksızlık yanılığı ise, kusurluluğa etki eden hata halleri olarak ifade edilmektedir⁴⁹⁶.

Belirtmek gerekir ki, anayasayı ihlal suçu hakkında uygulanabilecek herhangi bir nitelikli halin olmaması sebebiyle⁴⁹⁷; TCK m.30/2'nin bu suç açısından uygulanması da

⁴⁹⁴ DÜLGER, Murat Volkan/ ÖZKAN, Onur/ BAKDUR, Merve, Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2021, S. 45, s. 228; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 254; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 437; SARIGÜL, Ali Tanju, Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 2, s. 665

⁴⁹⁵ DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 230; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 138; KARCILIOĞLU, s. 249

⁴⁹⁶ DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 230

⁴⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bölüm 9**

mümkün değildir⁴⁹⁸. Bu durumun dışında anayasayı ihlal suçunu, hata hükmünün uygulanması açısından diğer suçlardan ayıran, herhangi bir engel yoktur. Zira herkesin anayasayı ihlal suçu faili olabilmesi mümkün olup; bu suç faillerinin hataya düşmeyecek derecede basiretli olması gibi bir şart da bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, TMK m.5/3'te terör suçlarının çocuklar tarafından da işlenebileceğinin kabul edilmesi karşısında; anayasayı ihlal suçunun failinin hataya düşmeyecek derecede basiretli olması gerektiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Netice itibarıyla kanaatimizce anayasayı ihlal suçu hakkında TCK m.30/2 haricindeki hata hükümlerinin uygulanması da mümkündür.

8.4. İhtilalin Hukuka Uygunluğu

Buraya kadar yapılan açıklamalarda, genel olarak anayasayı ihlal suçunun hukuka uygunluk nedenleri ya da kusurluluğa etki eden nedenlerle işlenmesinin teorik olarak mümkün olup olmadığı belirtilmiştir. Bu bölümde ise, özel olarak anayasayı ihlal suçunun ihtilal şeklinde işlenmesinin üzerinde durulacaktır. Bu konuda öğretide, başarıya ulaşmış bir ihtilalin cezalandırılmasının mümkün olmadığı; tarihte görülenlerden yola çıkılarak, bir ihtilalciyi ancak başka bir ihtilalcinin yargılayabileceği ifade edilmektedir⁴⁹⁹. Ancak bu bölümde üzerinde durulacak husus, anayasayı ihlal suçu faillerinin genellikle cezalandırılmaktan kaçınmak için ifade ettikleri, “*İhtilal kendi hukukunu doğurur.*” ifadesinin teorik olarak geçerli olup olmadığı; yani ihtilalin teorik olarak herhangi bir hukuka uygunluk nedeni içerip içermediği; içermekteyse de, bunun şartlarının ne olacağı hususudur.

Yukarıda bahsedildiği üzere, ihtilalin şartları; cebir ve şiddet kullanılması, geniş halk hareketi şeklinde yapılması ve ülkenin siyasal, sosyal ve ekonomik yapısını veya yönetim düzenini değiştirmek amacıyla yapılmasıdır. Bu noktada cebir ve şiddet kullanılarak yapılması ve ülkenin siyasal, sosyal ve ekonomik yapısını veya yönetim düzenini değiştirmek amacıyla yapılması şartları, anayasayı ihlal suçunun unsurlarını oluşturmaktadır.

⁴⁹⁸ Aynı yönde bkz. KARCILIOĞLU, s. 249

⁴⁹⁹ HAFIZOĞULLARI, s. 494; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 372

Ancak genel olarak anayasayı ihlal suçunun diğer işleniş şekillerinden, ihtilali ayıran; ihtilalin, geniş halk kitlesi tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır. Geniş halk kitlesinin, halkın çoğunluğunu temsil etmesi halinde ise; tek başına bu şartın varlığıyla, ihtilal hukuka uygun olacaktır. Zira anayasayı ihlal suçuyla korunan hukuki yararın, milletin kurucu iktidar olma hakkı olduğu ve demokratik bir düzende bu hakkın kullanılması da çoğunluğun onayıyla gerçekleştiği için; ihtilale katılan kişilerin, halkın çoğunluğunu oluşturması halinde, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin varlığı sebebiyle, ihtilal hukuka uygun olacaktır.

Bununla birlikte ihtilali hukuka uygun olması, ihtilal yapmak için işlenen cebir ve şiddet fiillerinin de her zaman hukuka uygun olacağı anlamına gelmeyecektir. Zira ihtilalde var olan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni, cebir ve şiddet içeren fiilin oluşturduğu suç açısından hukuka uygunluk oluşturmaz. Bu açıdan failerin kullandığı kurucu iktidar olma hakkının kullanılmasıyla, cebir ve şiddet içeren fiillerin oluşturduğu diğer suç arasında nedensellik bağının kurulması halinde; cebir ve şiddet içeren fiillerin oluşturduğu diğer suçun da hukuka uygunluk nedeni ile işlendiği kabul edilebilir. Aksi halde, nedensellik bağının olmadığı durumlarda cebir ve şiddet içeren fiillerin oluşturduğu diğer suç açısından hukuka uygunluk nedeni oluşmadığı ve failin bu suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, halkın çoğunluğunu oluşturan geniş halk kitlesinin fikir ve fiil birlikteliğiyle ihtilal yapması; gündelik hayatta kolaylıkla ve sıklıkla gerçekleşebilecek bir durum değildir. Nitekim kanaatimizce ihtilal, yeni bir anayasa yapma ihtiyacının doğduğu durumda; anayasanın, toplumun ihtiyaçlarına cevap veremediği ve değişmesiyle de fayda elde edilemediği bir durumda ya da direnme hakkının doğduğu şartlar altında; kısacası olağanüstü durumlarda gerçekleşebilir. Bu açıdan ihtilalde, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin yanında; yüksek ihtimalle meşru savunma, haksız tahrik gibi diğer nedenler de oluşacaktır. Buna rağmen, diğer hukuka uygunluk nedenlerinin veya kusurluluğa etki eden nedenlerin oluşmaması halinde dahi; çoğunluğu temsil eden geniş halk kitlesi tarafından işlenen ihtilal, hukuka uygun olup; kendi anayasasını, kendi anayasal düzenini ve hatta kendi hukukunu doğurur.

9. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HALLER

Anayasayı ihlal suçu için TCK'da öngörülen herhangi bir cezayı ağırlaştıran nitelikli hal bulunmamaktadır. Ancak anayasayı ihlal suçu 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.3'te sayılan terör suçlarından olduğu için, TMK'daki cezayı ağırlaştıran nitelikli haller anayasayı ihlal suçu için de uygulanacaktır. Bu açıdan TMK m.5/1 “3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.” hükmü gereğince anayasayı ihlal suçunun cezası yarı oranında artırılacaktır. TMK m.8/A “Bu Kanun kapsamına giren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.” hükmü gereğince de anayasayı ihlal suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak işlenilmesi halinde de ceza yarı oranında artırılacaktır. Öğretideki bazı görüşlere göre, bu maddeler anayasayı ihlal suçu için uygulanabilecek olup, anayasayı ihlal suçunun nitelikli halini teşkil etmektedir⁵⁰⁰. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması bu yöndedir⁵⁰¹. Ancak öğretide TMK m.5'in anayasayı ihlal suçu açısından uygulanamayacağı yönünde de görüş bulunmaktadır⁵⁰². Bu görüşe göre TMK m.5'te müebbet hapis cezasının, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çevrileceği belirtilmesine karşılık; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının artırım sonucunda nasıl bir hal alacağının belirtilmemesi ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının zaten en ağır ceza olması karşısında, anayasayı ihlal suçu açısından TMK m.5/1'in uygulanması mümkün değildir. Kanaatimizce de bu görüşe katılmak gerekir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TMK m.3'te sayılan suçların her halde ve şartta terör suçu sayılacak olmaları sebebiyle; terör suçu olmak, bu suçların bir özelliği, unsuru haline gelmektedir. Nitekim TMK m.1'de belirtilen terör amacına bakıldığında; genel olarak TMK m.3'te sayılan suçların işleniş amaçlarının, terör amacı olarak belirtildiği

⁵⁰⁰ ŞEN/ERYILDIZ, s. 401; TURİNAY, s. 304

⁵⁰¹ Bkz. Y16CD, T. 27.02.2018, E. 2017/4105, K. 2018/498: “Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan uygulama yapılırken 3713 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca artırım yapılmaması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış...”

⁵⁰² KARCILIOĞLU, s. 381

görülmektedir⁵⁰³. Örneğin “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak” amacı, TCK m.302’nin⁵⁰⁴; “Devletin iç ve dış güvenliğini... bozmak” amacı, TCK m.307’nin⁵⁰⁵; “Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek” amacı, TCK m.309’un kapsamına girmektedir. Bu sebeple TMK m.3’teki suçların, kendi unsurlarından dolayı TMK m.5/1’e göre cezalarının artırılıyor olması, tek suça tek ceza verilmesi ilkesine aykırıdır.

Bununla birlikte TMK m.4’te sayılan suçlar, terör amacıyla işlenmeleri halinde ilave vasıf kazanmaktadır. Örneğin anayasayı ihlal suçu işlenirken uygulanan cebir ve şiddet sonucunda, TCK m.81 kapsamına giren bir kasten öldürme suçunun işlenmesi halinde, TCK m.309/2 gereğince kasten öldürme suçundan dolayı da ayrıca cezalandırma yapılacaktır. Bu durumda ise kasten öldürme suçu, TMK m.1’de belirtilen terör amacıyla işlendiği ve TMK m.4’te sayılan suçlardan olduğu için, TMK m.5/1’deki artırım yapılarak müebbet hapis cezası yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. Ancak örneğin, anayasayı ihlal suçu işlenirken uygulanan cebir ve şiddet sonucunda TCK m.82 kapsamına girecek şekilde bir kasten öldürme suçunun işlenmesi halinde; yukarıda belirtilen görüşün de isabetle ifade ettiği üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının kanunen verilebilecek en ağır ceza olması ve daha fazla ağırlaştırılmasının mümkün olmaması sebebiyle; TCK m.82’ye de TMK m.5/1’deki artırımın uygulanması fiilen mümkün değildir.

Bunun gibi anayasayı ihlal suçu açısından da TMK m.5/1’deki cezayı ağırlaştıran nitelikli halin uygulanması hem fiilen hem de tek suça tek ceza verilmesi ilkesine aykırı olması sebebiyle teorik olarak mümkün değildir. Ancak TMK m.8/A’da belirtilen, anayasayı ihlal suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak işlenmesi nitelikli halinin uygulanması açısından, teorik herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte TMK m.8/A’nın anayasayı ihlal suçu hakkında uygulanması da fiilen mümkün değildir. Netice itibarıyla teorik ve fiili engellerin varlığı dolayısıyla, kanaatimizce anayasayı ihlal suçu hakkında uygulanabilecek herhangi bir cezayı ağırlaştıran nitelikli hal bulunmamaktadır.

⁵⁰³ TURİNAY, s. 300

⁵⁰⁴ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1507

⁵⁰⁵ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1522

10. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

10.1. Teşebbüs

Anayasayı ihlal suçuna TCK m.35'in uygulanacağı şekilde teşebbüs mümkün değildir⁵⁰⁶. Zira TCK m.309'da anayasayı ihlal suçuna teşebbüs edilmesi hali, genel hükümlerden ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan teşebbüse teşebbüs de olamayacağı için, anayasayı ihlal suçu için TCK m.35'in uygulanması mümkün değildir. Ancak teşebbüse teşebbüs niteliğindeki fiiller, suçun hazırlık hareketi mahiyetinde olabilir. Hazırlık hareketleri ise, ancak kanunda ayrıca suç olarak düzenlendiği takdirde cezalandırılabilirler⁵⁰⁷. Bu açıdan anayasayı ihlal suçuna hazırlık mahiyetindeki TCK m.314'te düzenlenen silahlı örgüt suçunun veya TCK m.316'da düzenlenen suç için anlaşma suçunun şartları oluşmuşsa, bu suçlardan cezalandırma yapılması mümkündür.

10.2. İştirak

Anayasayı ihlal suçunun failinin herkes olabileceği ve hatta suçun elverişli şekilde işlenebilmesi için ya bir suç örgütünün ya da suç örgütü gibi yeterli sayıda failin olduğu bir iştirakin bulunması gerektiği yukarıda belirtilmiştir⁵⁰⁸. Ancak bu ifadeden suç örgütünün varlığı halinde suça iştirakin mümkün olmadığı anlaşılmamalıdır. Nitekim anayasayı ihlal suçu işlemek amacıyla suç örgütü kurulması, yönetilmesi ve üye olunması hallerini düzenleyen TCK m.314'ün atıf yaptığı TCK m.220/6,7 fıkralarından; suç örgütünün hiyerarşik yapılanmasına dahil olmamakla birlikte, örgütle birlikte suç işlenmesinin ve suç işlenirken örgüte yardım edilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan suçun her halde iştirakle işlenmesi mümkün olup, iştirakin her türü ile suç işlenmesine katılmak da mümkündür⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ AYGÜN EŞİTLİ, s. 1718; BALTACI, s. 143; BEYOĞLU/KANTARCI, s. 704; BODUR/ÖZKUL, s. 275; GERÇEKER, s. 2732; GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1531; HAFIZOĞULLARI, s. 495; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 373; ÖZGENÇ, s. 282; SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK, s. 123; ŞEN/ERYILDIZ, s. 380; TANERİ, s. 2012; YAŞAR, s. 222; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8814

⁵⁰⁷ BEYOĞLU/KANTARCI, s. 705; ÖZGENÇ, s. 282; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8814

⁵⁰⁸ Bkz. Bölüm 6.1

⁵⁰⁹ Aynı yönde bkz. AYGÜN EŞİTLİ, s. 1719; BALTACI, s. 144; BEYOĞLU/KANTARCI, s. 708; BODUR/ÖZKUL, s. 276; HAFIZOĞULLARI, s. 496; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 374; SALİHOĞLU/PARLAR/ÖZTÜRK, s. 123; TANERİ, s. 2012; TURİNAY, s. 306; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8815

Bu konuda belirtmek gerekir ki, TCK m.38 kapsamında azmettiren ya da TCK m.39 kapsamında yardım edenin suçun icrai hareketlerine katılmasına gerek yoktur⁵¹⁰. Nitekim azmettiren ya da yardım eden, suçun işlenmesine katılması halinde fail sıfatını alacaktır. Dolayısıyla azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla anayasayı ihlal suçuna katılmak için, cebir ve şiddet içeren fiillerle katılmaya gerek yoktur.

Bu açıdan meclisten geçici çıkarma sonucunu doğuracak durumlardan birisi olarak sayılan, TBMM İçtüzüğü m.161/4'te, *“Görüşmeler sırasında halkı veya Devlet kuvvetlerini yahut kamu organ, kuruluş ve görevlilerini kanun dışı hareketlere, ayaklanmaya veya Anayasa hükümlerini bozmaya teşvik veya tahrik etmek”* şeklinde belirtilen, halkı anayasayı ihlal suçu işlemeye azmettirme fiilini işlemeleri halinde; milletvekillerinin anayasayı ihlal suçuna azmettirmekten dolayı cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu düşünülebilir. Nitekim bu şekilde yasama işlemleri esnasında işlenen bir azmettirme fiilinin, TBMM İçtüzüğü ile disiplin cezasını gerektirecek olan durumlardan sayılması; kanaatimizce bu fiilin, esasında yasama işlemi olmadığını ve bu sebeple de yasama sorumsuzluğu kapsamına girmediğini göstermektedir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, yasama sorumsuzluğu cezai sorumluluğun kapsamını daraltan bir kurumdur. Yasama sorumsuzluğunun kapsamının daraltılarak, milletvekillerinin cezai sorumluluğunun genişletilebilmesi ise; kanunilik ilkesi gereğince, kanunla veya normlar hiyerarşisinde kanundan daha üstte olan bir normla yapılabilir. Netice itibarıyla TBMM İçtüzüğü m.161/4 hükmüyle cezai sorumluluğun genişletilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacağı için; milletvekillerinin, yasama işlemleri esnasında sarf ettikleri anayasaya ihlal suçuna azmettirme niteliğindeki sözlerinden dolayı, cezai açıdan sorumlu tutulabilmeleri mümkün değildir⁵¹¹.

10.3. İçtima

Anayasayı ihlal suçunun diğer suçlarla birlikte işlenmesi halinde, TCK m.309/2 gereğince gerçek içtima uygulanacak ve kural olarak, failer hem anayasayı ihlal

⁵¹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 494,506

⁵¹¹ Aynı yönde bkz. KARCILIOĞLU, s. 339

suçundan hem de diğer suçtan cezalandırılacaktır⁵¹². Bununla birlikte TCK m.42, “Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.” hükmü gereğince anayasayı ihlal suçunun unsuru olan suçlardan dolayı ayrıca cezalandırma yapılamayacaktır. Örneğin öğretide, cebrin anayasayı ihlal suçunun bir unsuru olması sebebiyle; anayasayı ihlal suçu işlenirken yapılan cebri fiillerden dolayı, ayrıca TCK m.108’den cezalandırma yapılamayacağı ifade edilmektedir⁵¹³. Yine cebrin doğal sonucu olan kasten yaralamanın basit hallerinin de bu kapsama gireceği; TCK m.86 kapsamında kalan yaralama fiillerinden dolayı da ayrıca ceza verilemeyeceği ifade edilmektedir⁵¹⁴. Ancak cebri fiillerin, TCK m.87 kapsamına girecek şekilde bir yaralamaya sebebiyet vermesi halinde, faile TCK m.87’den ayrıca ceza verilmesi gerekmektedir⁵¹⁵.

Aynı şekilde cebri hareketlerin kişiye değil de eşyaya zarar verecek şekilde işlenmesi halinde, bu durumun doğal sonucu olarak ise mala zarar verme suçu oluşacaktır. Bu açıdan kanaatimizce anayasayı ihlal suçu işlenmesi esnasında, TCK m.151’deki şekliyle mala zarar verme suçunun basit halinin işlenmesi halinde; TCK m.42 gereğince TCK m.151’den dolayı ayrıca cezalandırma yapılamayacaktır. Ancak yine kasten yaralama suçunda olduğu gibi, mala zarar verme suçunun nitelikli hallerinin oluşması halinde, anayasayı ihlal suçuyla birlikte TCK m.152’den de cezalandırma yapılacaktır.

Anayasayı ihlal suçunun, TCK m.314 ve TCK m.316’da düzenlenen hazırlık hareketleriyle içtimai halinde ise, yalnızca amaç suç olan anayasayı ihlal suçundan cezalandırma yapılabileceği ifade edilmektedir⁵¹⁶. Bu konuda 765 sayılı TCK dönemi öğretisinde de aynı yönde görüşler bulunmaktaydı⁵¹⁷. Nitekim anayasayı ihlal suçunun icrai hareketlerine başlanması halinde, anayasayı ihlal suçu işlemek için anlaşılması ya

⁵¹² TCK m.309/2’nin tek fiile tek ceza verilmesi ilkesine aykırılık oluşturduğuna dair görüş için bkz. **AYGÜN EŞİTLİ**, s. 1719

⁵¹³ **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 711; **MALKOÇ**, s. 4806; **ÖZGENÇ**, s. 282; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8815

⁵¹⁴ **MALKOÇ**, s. 4806; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8814

⁵¹⁵ **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 711; **GERÇEKER**, s. 2732; **MALKOÇ**, s. 4806; **ÖZGENÇ**, s. 282; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8814. Ayrıca bkz. TCK m.311’in gerekçesi

⁵¹⁶ **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1531; **KARCILIOĞLU**, s. 293. Aksi yönde bkz. **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 712-713

⁵¹⁷ **ÖZEK**, Anayasayı İhlal Suçu, s. 110

da anayasayı ihlal suçu işlemek için suç örgütü kurulması fiilleri, icrai fiillerin bir parçası haline gelecektir⁵¹⁸. Nitekim kanaatimizce, anayasayı ihlal suçunun elverişli şekilde işlenebilmesi için gerekli olan suç örgütünün veya iştirakin oluşabilmesi için; anayasayı ihlal suçu işlenmeden önce mutlaka silahlı örgüt suçunun veya suç için anlaşma suçunun işlenmesi gerekir⁵¹⁹. Bu açıdan anayasayı ihlal suçu ile onun hazırlık hareketleri niteliğindeki suçlar arasında geçitli suç ilişkisi bulunmaktadır⁵²⁰. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁵²¹. Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçu ile TCK m.314 veya TCK m.316'nın içtimaı halinde, gerçek içtima uygulanmayacak, yalnızca anayasayı ihlal suçundan cezalandırma yapılacaktır.

Anayasayı ihlal suçunun, TCK m.311'de düzenlenen yasama organına karşı suç veya TCK m.312'de düzenlenen hükümete karşı suç ile içtimaı halinde ise; kastın hangi suçu işlemeye yönelik olduğuna bakılmalıdır⁵²². Yasama organına karşı ve hükümete karşı suçların kastı özel kast olup, anayasayı ihlal suçunun kastı bu suçlara göre genel nitelikte olup; faillerin kastının, TCK m.311,312'de aranan kastlara yönelik olduğu açıkça görülmemekle birlikte, anayasal düzene karşı bir kastın varlığı halinde anayasayı ihlal suçu oluşacaktır⁵²³. Örneğin kast özellikle yasama organını dağıtmaya yönelikse, yasama organına karşı suç oluşacak TCK m.311 uygulanacaktır. Ancak kast yasama organını dağıtarak, anayasal düzeni değiştirmeye yönelikse TCK m.309 uygulanacaktır.

⁵¹⁸ **KARCILIOĞLU**, s. 294

⁵¹⁹ Aksi yönde, suçun tek kişiyle de işlenebileceğini ve bu sebeple de anayasayı ihlal suçunu işlemek için öncesinde TCK m.314 veya TCK m.316'daki suçların işlenmesinin zorunlu olmadığını ifade eden görüş için bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 296

⁵²⁰ **ÖZEK**, Anayasayı İhlal Suçu, s. 109. Aksi yönde görüş için bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 295

⁵²¹ Bkz. **Y16CD, T. 31.10.2018, E. 2018/2012, K. 2018/4553**: "5237 sayılı Kanunun 314. maddesinde tanımlanan suç, devletin güvenliğine, toprak bütünlüğüne, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı örgütlerin kurucuları, yöneticileri ve üyelerini cezalandırmaya yönelik hazırlık hareketlerini suç sayan ve yaptırıma bağlayan özel bir suç tipi olup; amaç suç işlendiğinde, fail geçitli suçlardaki özellik nedeniyle amaç ve araç suçlardan ilgili hükümlere göre cezalandırılacak ancak örgütün kurucusu, yöneticisi ve üyesi olmaktan cezalandırılmayacaktır."

⁵²² **KARCILIOĞLU**, s. 298

⁵²³ **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 714; **KARCILIOĞLU**, s. 299. Ayrıca bkz. TCK m.311'in gerekçesi: "Anayasayı ihlal suçu, Anayasa düzenine hakim olan ve sistemleri koruma amacını güderken; bu madde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun oluşturduğu üç güçten birini ve yasama gücünü oluşturan Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Anayasa kurallarına uygun bir biçimde görevlerini yerine getirilebilmesi yeteneğini korumaktadır. Anayasa düzenini ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacını gerçekleştirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisine yönelen saldırılar, Anayasayı ihlal suçunu oluşturur. Bu madde kapsamında tanımlanan suç, bu amaçlar dışında Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasaya uygun bir şekilde görevlerini yerine getirmesini engelleme hallerinde oluşacaktır."

Nitekim Yargıtay'ın görüşü de anayasayı ihlal suçu ile yasama organına karşı suç ya da hükümete karşı suçun içtimasında, yalnızca anayasayı ihlal suçundan cezalandırma yapılabileceği yönündedir⁵²⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yasama organına ve hükümete karşı suçlarda, milletin anayasayla belirlenen şekilde egemenlik yetkisini devrettiği organlara ve onlara verilen egemenlikleri kullanma yetkilerine karşı suç işlenmektedir. Bu açıdan millet egemenliğinin yalnızca bir kısmına karşı işlenen yasama organına veya hükümete karşı suçlarla, millet egemenliğinin tamamına karşı işlenen anayasayı ihlal suçu arasında görünüşte içtima durumu olan tüketen-tüketilen norm ilişkisi de bulunmaktadır⁵²⁵. Nitekim anayasayı ihlal suçunun, diğer suçların koruduğu kısmı da kapsayacak şekilde, daha geniş bir koruma sağladığı görülmektedir. Netice itibarıyla, anayasayı ihlal suçu yasama organına karşı suç ve hükümete karşı suçu da kapsayan daha geniş kapsamlı bir suç olduğu için, anayasayı ihlal suçu ile bu suçların içtimai halinde de gerçek içtima hükmü uygulanmayacak ve yalnızca anayasayı ihlal suçundan cezalandırma yapılacaktır.

Anayasayı ihlal suçunun, TCK m.302'de düzenlenen devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu ile içtimai halinde ise; yine faillerin kastına göre ayırım yapılması gerekecektir. Örneğin faillerin kastının yalnızca üniter devlet ilkesini bozmaya yönelik olması halinde hem anayasayı ihlal suçu hem de devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu oluşacaktır. Ancak bu durumda devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu, anayasayı ihlal suçuna göre özel norm olduğu için, içtima hükümleri uygulanamayacaktır. Netice itibarıyla faillerin kastının yalnızca üniter devlet ilkesine zarar verecek eylemlere yönelik olması halinde yalnızca TCK m.302 hükmü uygulanabilecektir. Ancak faillerin kastının üniter devlet ilkesiyle birlikte, devletin diğer temel ilkelerine de zarar vermeye yönelik olduğu durumda; tüketen-tüketilen norm ilişkisi doğacak ve bu durumda, daha geniş bir kapsama sahip olan TCK m.309 hükmü uygulanacaktır.

⁵²⁴ Bkz. **Y16CD, T. 2018, E. 2018/7103, K. 2019/1953**: “Bu nedenle, aynı hukuki değerleri koruyan ve kapsamı itibarıyla eylemlerin haksızlık muhtevasını tamamen ortadan kaldıran Anayasayı ihlal suçunun tüm unsurlarıyla gerçekleştiği durumlarda sanıkların ayrıca, Türk Ceza Kanununun 311 ve 312. maddelerinde düzenlenen suçlardan cezalandırılmaları cihetine gidilemeyecektir.”

⁵²⁵ **BEYOĞLU/KANTARCI**, s. 714; **İÇEL, Kayıhan**, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2008, C. 7, S. 14, s. 35-49

11. KOVUŞTURMA – ZAMANAŞIMI – YAPTIRIM

11.1. Genel Olarak

Anayasayı ihlal suçunun cezası, TCK m.309'a göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. TCK m.309/3'e göre de bu suçun işlenmesi sebebiyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri de uygulanabilecektir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.11'e göre de ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülen suçlardan ve hatta 3713 sayılı TMK kapsamına giren suçlardan biri olan anayasayı ihlal suçunun yargılanması ağır ceza mahkemelerinde yapılacaktır.

Anayasayı ihlal suçunda dava zamanaşımı süresi, TCK m.66'ya göre 30 yıl; ceza zamanaşımı süresi ise, TCK m.68'e göre 40 yıldır. Ancak anayasayı ihlal suçunun yurt dışında işlenmesi halinde TCK m.66/7'ye göre dava zamanaşımı uygulanmaz. TCK m.68/3'e göre ise, bu suçun yurtdışında işlenmesi üzerine faile verilen sonuç cezanın ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası veya 10 yıldan fazla süreli hapis cezası olması halinde de ceza zamanaşımı uygulanmaz.

Ayrıca TMK m.17/4 gereğince, anayasayı ihlal suçundan dolayı verilen sonuç cezanın ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olması halinde; fail, koşullu salıverilme hükümlerinden yararlandırılmaz, cezası ölünceye kadar devam eder.

11.2. Darbe Suçunun Yargılanması

Neticeye erişmiş anayasayı ihlal suçlarının, yani darbe suçlarının yargılanmasının; anayasayı ihlal suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde, yani darbe teşebbüsü hallerinde yapılacak yargılamaya göre daha zor olduğu görülmektedir. Zira teşebbüs halinde fiilin tamamlanmasını engelleyebilecek bir dış unsur gerekmektedir. Anayasayı ihlal suçunun cebir ve şiddetle işlendiği düşünüldüğünde ise, anayasaya ihlal suçuna teşebbüs edilmesi halinde ortaya çıkan dış unsurun; nitelik ve nicelik olarak faillerin sahip olduğu cebir uygulama gücünden üstün bir güç olduğu ve bu sebeple de faillerin neticeye erişmesini engelleyebildiği anlaşılmalıdır. Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde, faillerin hukuken ve fiilen cezalandırılmasında, doğal olarak herhangi bir zorluk yaşanmamaktadır.

Ancak anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesi halinde, faillerin neticeye erişmesini engelleyebilecek yeterlilikte olan bir dış unsurun bulunmaması söz konusu olmaktadır. Örneğin silahlı kuvvetlerin, failleri engelleyebilecek nitelik ve nicelikte güce sahip olmaması; ülkede veya silahlı kuvvetlerin kendi içinde bölünmeler olması sebebiyle faillerin engellenmesi için yeterli etkinliğe ulaşamaması; anayasayı ihlal suçunun bizzat silahlı kuvvetler tarafından işlenmesi durumunda, ülkede silahlı kuvvetlerden nitelik ve nicelik olarak üstün cebir kuvvetine sahip olan başka bir organın olmaması gibi durumlarda faillerin anayasayı ihlal suçunda neticeye erişmelerinin engellenebilmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim faillerin, neticeye erişildikten sonra cezalandırılabilmesi için de; doğal olarak, faillerin sahip oldukları cebir gücünden nitelik ve nicelik olarak üstün olan bir gücün varlığı gerekmektedir. Ancak örneğin suçun işlenmesi esnasında, silahlı kuvvetlerin Anayasa m.92'ye göre TBMM kararıyla yabancı devletlere gönderildiği için ülkede olmaması gibi olağanüstü bir durumun olmadığı, olağan zamanlarda; suçun işlenmesi esnasında faillerin engellenmesi için yeterli olmayan güç, neticeye erişildikten sonra cezalandırma yapabilmek için de yeterli olamayacaktır.

Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçunda neticeye erişilmesi halinde, faillerin cezalandırılabilmesi için hukuki herhangi bir bulunmasa bile, fiili engeller söz konusu olmaktadır. Nitekim 27 Mayıs 1960 Darbesi'nden sonra faillerin yargıya da müdahale ettiği; Yargıtay ve Danıştay üyeleri da dahil olmak üzere, toplamda 614 hakim ve savcının re'sen emekli edildiği görülmüştür⁵²⁶. Bu açıdan suçun işlenmesi esnasında olağanüstü bir durum olması sebebiyle neticenin engellenememiş olması hali dışında; neticeye erişmiş anayasayı ihlal suçu faillerinin cezalandırılması için, faillerin sahip oldukları fiili gücü ve anayasayı ihlal suçu işleyerek elde ettikleri siyasi ve hukuki gücü kaybetmelerinin beklenmesi gerekmektedir. Nitekim yabancı devletlerde, örneğin Arjantin, İspanya, Portekiz ve Yunanistan'da askeri darbe faillerinin, yönetimden çekilmelerinin ardından yargılandıkları görülmüştür⁵²⁷.

⁵²⁶ **NASKALİ, Emine Gürsoy**, Yargı ve 27 Mayıs 1960 Darbesi, Dünyada ve Türkiye'de Darbe Yargılamaları içinde, Ömer Temel (Ed.), Lale Yayıncılık, 2017, s. 494

⁵²⁷ **BAŞ, Nimet**, Askeri Darbeler ve Normalleşme, Dünyada ve Türkiye'de Darbe Yargılamaları içinde, Ömer Temel (Ed.), Lale Yayıncılık, 2017, s. 525

Ancak ülkemizde hem 27 Mayıs 1960 Darbesi sonrasında hem de 12 Eylül 1980 Darbesi sonrasında seçilen cumhurbaşkanları darbe suçu faili olup; 27 Mayıs 1960 Darbesi faillerinin yargılanması da hiç gerçekleşmemiştir. Nitekim ülkemizde gerçekleşen askeri darbelerin faillerinin, darbeden sonra sivil yönetime geçilmesiyle hemen yargılanmalarını engelleyen birçok etken bulunmaktadır. Bunların en başında, Türk milletinin “*ordu millet*” ya da “*asker millet*” olması gelir⁵²⁸. Ülkemizde gerçekleşen askeri darbelerin, yabancı ülkelerdeki gibi yıldırıcı uzunlukta olmayışı da göz önünde bulundurulduğunda; ordunun milletin gözündeki yeri, darbe faillerini yargılayacak kadar sarsılmamakta ve faillerin hemen yargılanması da mümkün olmamaktadır⁵²⁹. Ayrıca ülkemizde darbeler sona erip, sivil yönetime geçilmesi halinde dahi; askerin, yürütme üzerinde vesayet niteliğindeki denetim yetkisine sahip olması ve yürütmenin bazı yetkilerini kullanmaya devam etmesi; askerin, siyasi gücünün uzun süre devam etmesini sağlamaktadır⁵³⁰.

Bununla birlikte darbe failleri tarafından konulan, 1961 Anayasası geçici madde 4 ve 1982 Anayasası geçici madde 15 hükümlerinin de, askerin cezai açıdan sorumlu tutulmasını engelleyici nitelikte olduğu öğretide ifade edilmektedir⁵³¹. Bu hususta değerlendirme yapılabilmesi için öncelikle bu hükümlerin hukuken geçerli olup olmadıkları üzerinde durulmalıdır. Nitekim hukuken geçerli olmayan bir hükmün hukuk düzeninde herhangi bir konuya etki etmesi mümkün olamaz. Bu açıdan 1961 Anayasası geçici madde 4 ile 1982 Anayasası geçici madde 15’in ayrı değerlendirilmeleri gerekmektedir. Zira her ne kadar iki anayasa da darbe suçu sonucunda ortaya çıkmış olsa da, bu anayasaların kabul edilme şartları arasında farklar bulunmaktadır⁵³².

1982 Anayasası’nın kabul edilme şartlarına bakıldığında, anayasanın demokratik bir halkoylamasıyla değil, plebisitle kabul edildiği görülmektedir. Nitekim plebisitin şartlarının; anayasanın hazırlanması aşamalarında halkın iradesine başvurulmamış olması, kurucu meclisin halkı temsil etmekte yetersiz olması, halkın yalnızca son

⁵²⁸ UYAR, s. 78

⁵²⁹ BAŞ, s. 526

⁵³⁰ BAŞ, s. 526-527

⁵³¹ BAŞ, s. 527; ŞEN, Ersan, 12 Eylül 1980’nin Yargılanması Mümkün Müdür?, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 2, s. 352

⁵³² Bkz. Bölüm 6.4.2.2.c

oylamaya katılması; hazırlanan anayasa tasarısı aleyhine görüş bildirilmesine izin verilmemesi, oylamanın muhalif kişi ya da görüşler olmaksızın yapılması; halkın iradesinin korku, coşku, hayranlık gibi duygularla fesada uğratılması; anayasa tasarısının bir bütün halinde oylanması, halkın beğenmediği kısımları da beğendikleriyle birlikte kabul etmek zorunda olması şeklinde olduğu görülmektedir⁵³³. 1982 Anayasası'nın kabul edilme sürecine bakıldığında da, yukarıda da ifade edildiği üzere; anayasayı yapan kurucu meclisin halkı değil, Milli Güvenlik Konseyi'ni temsil ettiği; halkın anayasanın yapım aşamasına katılmadığı görülmektedir⁵³⁴. Aynı şekilde 12 Eylül 1980 Darbesi'nden sonra ilan edilen sıkıyönetim ve sokağa çıkma yasağı ile halkın korkutulması; anayasanın tanıtılmasının Milli Güvenlik Konseyi'nin belirlediği şekillerde yapılabilmesi; tek aday olan cumhurbaşkanının, anayasa için yapılan oylamayla birlikte seçilmesi; anayasanın oylanması sonrasında kabul edilmemesi halinde ne olacağının belirsiz olmasına karşılık, halkın en kısa süre içinde sivil yönetime geçilmesini istemesi; 1982 Anayasası'nın kabulü için yapılan oylamanın demokratik bir halkoylaması değil, plebisit olduğunu göstermektedir⁵³⁵.

1982 Anayasası'yla kıyaslanması halinde, 1961 Anayasası'nın kabul edilmesi için yapılan oylama, daha demokratik olduğu için; 1961 Anayasası'nın kabulü için yapılan oylamanın plebisit olduğunun kabul edilmesi daha zor olmaktadır. Nitekim 1961 Anayasası'nın yapımı aşamasında sıkıyönetim ilan edilmediği gibi, 27 Mayıs 1960 günü ilk başta konulan sokağa çıkma yasağı da, aynı gün içinde kaldırılmıştır⁵³⁶. Ayrıca halkoylamasının nasıl yapılacağı 283 sayılı Kanun ile ayrıntılı olarak düzenlenmiş; anayasanın kabul edilmemesi halinde yapılacaklar da çıkartılan 157 sayılı Kanun ile önceden belirlenmiş; çıkartılan bu kanunlar, MBK'nın yönetimde uzun süre kalma niyetinin olmadığı izlenimi oluşturmuştur⁵³⁷. Nitekim 1982 Anayasası'nın kabulü aşamasında olan korku ortamının, 1961 Anayasası'nın kabulü aşamasında olmaması; halkın daha özgür bir iradeyle oy kullandığını göstermektedir⁵³⁸. Kanaatimizce de 1961

⁵³³ GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 88-90

⁵³⁴ Bkz. ŞAHİN, s. 233-237

⁵³⁵ Bkz. ŞAHİN, s. 265-269

⁵³⁶ BAHÇIVAN, s. 45

⁵³⁷ ŞAHİN, s. 222-223

⁵³⁸ ŞAHİN, s. 223

Anayasası'nın kabul edilme oranının, 1982 Anayasası'nın kabul edilme oranından düşük olmasının temel sebebi de, korku ortamının olmamasıdır.

Bununla birlikte 1961 Anayasası'nın kabulü esnasında halkın iradesinin korkutma suretiyle sakatlanmamış olması, bu anayasanın kabulü için yapılan oylamanın ve kabul sürecinin tamamen demokratik usullerle yürütüldüğü anlamına gelmemektedir. Nitekim 1961 Anayasası'nı hazırlayan kurucu meclis de halkı temsil etme hususunda yetersiz kalmaktadır. Yine 1961 Anayasası'nın kabul edilmesi sürecinde, hazırlanan anayasanın propagandasının yapılması da MBK'nın iznine bağlı olması sebebiyle; anayasanın, halka olumlu ve olumsuz yönleriyle tam olarak tanıtılması mümkün olmamıştır⁵³⁹. Aynı şekilde halkın anayasanın beğenmediği kısımları ayıramadan, tamamını tek seferde oylamak zorunda olması da, 1961 Anayasası'nın kabulü için yapılan oylamanın demokratik olmadığını, plebisit olduğunu göstermektedir⁵⁴⁰. Nitekim 1982 Anayasası'yla birlikte cumhurbaşkanlığı için, tek adayın oylanarak seçilmesine benzer şekilde; 1961 Anayasası'nın kabulünden sonra yapılan cumhurbaşkanlığı seçimi sonucunda, 24 Ekim 1961'de yapılan Çankaya Protokolü'nde belirlendiği şekilde, seçim için tek aday olan genelkurmay başkanının seçilmesi de; 1961 Anayasası sonrasında da demokratik olmayan usullerin devam ettiğini göstermektedir⁵⁴¹.

1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nın plebisit yöntemiyle kabul edilmiş olmaları, bu anayasaların millet iradesine uygun olmayan ve dolayısıyla da meşruiyetten yoksun bir şekilde oluştuklarını gösterir. Bu sebeple 1961 Anayasası geçici madde 4 ve 1982 Anayasası geçici madde 15 de meşruiyetten yoksun olarak kabul edilmişlerdir. Ancak başlangıçta meşruiyetten yoksun olan anayasaların, zaman içinde meşruiyetlerini kazanmaları da mümkündür⁵⁴². Nitekim kabul edildiğinde anayasa toplumsal düzen kurallarına aykırı da olsa, zaman içinde anayasa ile toplumsal düzen kurallarının birbirine uyumlu hale gelmesi neticesinde anayasanın meşruiyeti artabilir. Bunun sağlanması ise, anayasanın değişerek, toplumsal düzen kurallarına uygun hale gelerek, hukuki meşruiyetini kazanması şeklinde; toplumun anayasayı ve anayasanın getirdiği düzeni kabullenerek, anayasanın sosyolojik meşruiyetini kazanması şeklinde

⁵³⁹ ŞAHİN, s. 225

⁵⁴⁰ ŞAHİN, s. 224

⁵⁴¹ BAHÇİVAN, s. 69

⁵⁴² CAN, s. 108; GÖNENÇ, s. 138

gerçekleşebilir⁵⁴³. Bu hususta 1961 Anayasası'nın yürürlükten kaldırılncaya kadar meşruiyet kazanıp kazanmadığının değerlendirmesinin yapılabilmesi mümkün olmamakla birlikte; bu değerlendirmenin yapılmasının, günümüz açısından bir önemi de yoktur. Zira aşağıda açıklanacağı üzere, 1961 Anayasası'nın ve dolayısıyla geçici madde 4'ün meşruiyeti haiz olduğunun ya da olmadığının kabul edilmesi, günümüzde 27 Mayıs 1960 Darbesi failleri hakkında yargılama yapılabilmesine, dava zamanasını süresinin yeniden başlamasına olanak tanımayacaktır. Yine 1961 Anayasası'nın meşruiyetine dair bu şekilde herhangi bir kabul yapılması, 12 Eylül 1980 Darbesi ile işlenen anayasayı ihlal suçuna herhangi bir etki de etmeyecektir. Nitekim 1961 Anayasası'nın meşruiyeti haiz olduğunun kabul edilmesi halinde, 12 Eylül 1980 Darbesi ile kaldırılan, değiştirilen ya da uygulanması önlenen anayasal düzen 1961 Anayasası'nın öngördüğü düzen olacaktır.

1961 Anayasası'nı meşruiyete haiz olmadığının kabul edilmesi halinde ise, 27 Mayıs 1960 Darbesi ile 1924 Anayasası'nın yerine 765 sayılı TCK m.146'da ifade edilen *“Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu”* olacak şekilde yeni bir şekli anlamda anayasa getirilmemiş olacaktır. Bu sebeple 1961 Anayasası'nın öngördüğü düzen, 12 Eylül 1980 Darbesi ile işlenen anayasayı ihlal suçunun maddi konusunu oluşturamayacaktır. Bununla birlikte 27 Mayıs 1960 Darbesi ile 1924 Anayasası'nın hukuk düzleminde kaldırılması işlemi, hukuken geçerli bir kaldırma olmadığı için; bu darbe ile yapılan tüm iş ve işlemler, 1924 Anayasası'na değil, 1924 Anayasası'nın öngördüğü düzene etki edecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere⁵⁴⁴, 27 Mayıs 1960 Darbesi ile 1924 Anayasası'nın öngördüğü düzenin tamamen kaldırılması mümkün değildir. Bu sebeple 1961 Anayasası meşruiyeti haiz olmadan, 12 Eylül 1980 Darbesi'nin gerçekleştiğinin kabul edilmesi halinde; 12 Eylül 1980 Darbesi zamanındaki meşruiyeti haiz anayasa olan 1924 Anayasası'nın öngördüğü düzen, suçun maddi konusunu oluşturacaktır. Nihayetinde 12 Eylül 1980 Darbesi ile işlenen fiil, 1961 Anayasası'nın meşruiyeti haiz olup olmamasına bağlı olmaksızın, anayasayı ihlal suçunu oluşturacak; değişen tek husus ise, suçun maddi konusu olacaktır.

⁵⁴³ CAN, s. 108, dipnot 10; GÖNENÇ, s. 143. Ayrıca Alman Anayasası'nın meşruiyet kazanmasına ilişkin örnek için bkz. GÖNENÇ, s. 143-144

⁵⁴⁴ Bkz. **Bölüm 6.4.1.1**

1982 Anayasası'nın zamanla meşruiyetini kazandığının anlaşılabilmesi ise, kabul edilirken meşruiyetten yoksun olduğunun belirlenmesindeki gibi, kolay değildir⁵⁴⁵. Nitekim anayasanın meşruiyeti, toplumsal düzen kurallarına uygun olmasıyla birlikte; toplumun da, anayasanın toplumsal düzen kurallarına uygun olduğuna inanmasıyla sağlanabilir. Anayasanın, kabul edilmesinden sonra, uygulanma aşamasındaki meşruiyetinin tespiti ise; kamuoyu yoklamaları yapılarak ya da anayasanın değişmesine ilişkin siyasi partilerden, sivil toplum kuruluşlarından, bürokrasiden veya halktan gelen bir talebin olup olmadığına bakılarak yapılabileceği ifade edilmektedir⁵⁴⁶. Nitekim halkın özgür bir şekilde iradesini belirtebildiği demokratik bir ortamda, anayasanın değişmesi yönünde taleplerin olması; anayasanın, toplumsal düzen kurallarına tam olarak uygun olmadığını, meşruiyete tam olarak sahip olmadığını ve meşruiyeti haiz olabilmesi için değişmesi gerektiğini gösterir. Bu durumun tersi olarak ise, yine aynı demokratik ortamda, anayasanın değişmesi için herhangi bir irade açıklamasının, talebin olmaması; anayasanın sosyolojik meşruiyeti haiz olduğunu, halkın anayasanın toplumsal düzen kurallarına uygun olduğuna inandığını gösterecektir. Ayrıca siyasi partiler gibi kuruluşlardan ya da halktan gelen talepler doğrultusunda, demokratik usuller izlenerek; millet iradesine uygun bir şekilde değiştirilen anayasanın meşruiyeti artacaktır.

1982 Anayasası'nın meşruiyetinin değerlendirilmesi için de, anayasanın geçirdiği değişiklikler göz önünde bulundurulması gerekmektedir. 1982 Anayasası'nda, en son 2017'de yapılan değişiklikler de dahil olmak üzere, kabul edildiği tarihten itibaren 19 kere değişiklik geçirmiş, bu değişikliklerden 4 tanesi halkoylaması ile kabul edilmiştir. Anayasada yapılan bu değişikliklerden 2008 değişikliğinin tamamı, 2010 değişikliğinin bir kısmı hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmiş olup; anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesi için yetkili olmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi bu kararları verirken şekil denetimi görünümü altında esastan denetim yapmıştır⁵⁴⁷. Bunun dışında, anayasayla yapılan değişikliklerin millet iradesiyle seçilen, türev kurucu iktidar olan TBMM tarafından yapıldığı ve bazılarının da halkoylamasına sunulduğu göz önünde bulundurularak; kanaatimizce yapılan bu değişikliklerin,

⁵⁴⁵ GÖNENÇ, s. 138

⁵⁴⁶ GÖNENÇ, s. 138-139

⁵⁴⁷ Bkz. **Bölüm 2.4.2**

anayasanın millet iradesine uymasını ve meşruiyetinin artmasını sağladığı düşünülmelidir.

Nitekim 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle, tedricen 12 Eylül 1980 Darbesi ve sonrasında getirilen kısıtlamaların kaldırıldığı da görülmektedir. Örneğin 06.09.1987 tarihinde halkoylamasına sunularak yapılan ilk anayasa değişikliğiyle; darbe öncesinde siyasi partilere üye olan veya siyasi partilerde görev alan kişilerle, siyasi partilerle bağlantısı bulunmayan milletvekilleri ve senatörlerin siyasal haklarına ilişkin kısıtlamalar içeren geçici madde 4 kaldırılmıştır. Yine darbe sonrasında getirilen kısıtlamalara paralel olarak, radyo ve televizyon istasyonlarının yalnızca devlet tarafından kurulabileceğini belirterek basın özgürlüğünü kısıtlayan Anayasa m.133; radyo ve televizyon kurmanın kanunla belirlenen şartlar çerçevesinde serbest olduğu şeklinde TBMM tarafından 08.07.1993 tarihinde değiştirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, Anayasa m.133'ün ilk hali, basın özgürlüğünün sınırsız olduğunun belirtildiği Anayasa m.28 ile de çelişmekte; basın özgürlüğünü yalnızca basımevi kurmak ve basılı eser yayımlamakla sınırlandırmaktaydı.

Ayrıca 23.07.1995 tarihinde kabul edilen değişiklikle 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmından, 12 Eylül 1980 Darbesi'ne yapılan atıfların bulunduğu ilk iki fıkra çıkartılmıştır. Daha sonra ise, askeri makamların devlet yönetimine etkisini azaltacak şekilde değişiklikler yapıldığı da görülmektedir. Nitekim 07.05.2004 tarihindeki değişiklikle Anayasa m.143 ilga edilip, Devlet Güvenlik Mahkemeleri tamamen kaldırılmadan önce; 18.06.1999 tarihinde yapılan değişiklikle, askeri hakimlerin Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde görev almalarına ilişkin hüküm kaldırılmıştır. 03.10.2001 tarihli değişiklikle de, Milli Güvenlik Kurulu'nda yer alan sivil üyelerin sayısını artıran ve kurulun kararlarının, hükümet üzerindeki etkisini azaltan bir değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle, 12 Eylül 1980 Darbesi sürecinde Milli Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisi tarafından çıkartılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve alınan kararların anayasaya aykırılığının denetlenmesinin önünün açılması için, geçici madde 15'in 3. fıkrası yürürlükten kaldırılmış; 07.05.2004 tarihinde Anayasa m.131/2'de yapılan değişiklikle, Yükseköğretim Kurulu'na üye seçilmesi için Genelkurmay Başkanlığı'nın aday göstermesi hükmü kaldırılmış; 12.09.2010 tarihinde yapılan halkoylamasıyla geçici madde 15 tamamen yürürlükten kaldırılmış; yine 12.09.2010 değişikliğiyle Anayasa m.145 değiştirilerek, askeri yargının görev alanı

daraltılmış; 16.04.2017 tarihindeki halkoylamasıyla yapılan anayasa değişikliğiyle de 145. madde kaldırılarak, 142. maddeye eklenen fıkrayla askeri mahkemelerin, olağan zamanda yalnızca disiplin mahkemesi olarak kurulabileceği hükmü getirilmiştir.

Görüldüğü üzere başlangıçta anayasayla askeri makamlara tanınan, devlet erklerini kullanma yetkileri; 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle tedricen kaldırılmış ya da azaltılmıştır. Ancak 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikler, yalnızca askeri makamların yetkilerinin azaltılmasına ilişkin değildir. Nitekim temel hakları ve özgürlükleri genişleten ya da yasama, yürütme ve yargı erklerinin kullanımına ve diğer konulara ilişkin değişiklikler de yapılmıştır. Yapılan değişikliklerin tarihlerine bakıldığında ise, 2011 yılına kadar neredeyse her yıl anayasa değişikliği yapıldığı, hatta bazı yıllarda iki defa değişiklik yapıldığı; 2011 yılından 2016 yılına kadar 5 yıl boyunca hiçbir değişiklik yapılmadığı; 2016 ve 2017 yılındaki değişikliklerden sonra da günümüze kadar herhangi bir değişiklik yapılmadığı görülmektedir. Netice itibarıyla kanaatimizce, 2011 yılına kadar arka arkasına yapılan anayasa değişiklikleriyle 1982 Anayasası meşruiyet kazanmış; 2011 yılından sonra nispeten uzun bir süre anayasanın değiştirilmesi ihtiyacı duyulmamıştır. Ancak yapılan anayasa değişiklikleriyle, 12 Eylül 1980 Darbesi'ne ve askeri makamların bu darbe sonrasında kazandıkları yetkilere ilişkin hükümlerin istikrarlı bir şekilde, tedricen kaldırılmaları ya da değiştirilmeleri; kaldırılan veya değiştirilen bu hükümlerin hiçbir zaman meşruiyet kazanamadığını göstermektedir. Netice itibarıyla kanaatimizce 1982 Anayasası, meşruiyetini geçmişe de etkili olacak şekilde kazanmış; ancak 12 Eylül 1980 Darbesi faillerini koruduğu ifade edilen geçici madde 15, kabul edilmesinden kaldırılmasına kadar meşruiyetini kazanamamıştır.

Ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere, darbe suçu faillerinin yargılanabilmesi için, faillerin siyasi, hukuki ve cebri güçlerinin yitirmelerinin beklenmesi gerekmektedir. Nitekim 1982 Anayasası'ndan geçici madde 15'in tamamen kaldırılması dışındaki; 12 Eylül 1980 Darbesi neticesinde askeri makamların kazandıkları yetkilere ilişkin maddelerin kaldırılmaları ya da değiştirilmeleriyle ilgili anayasa değişikliklerinin hiçbiri, 12 Eylül 1980 Darbesi faillerini doğrudan etkilememektedir. Dolayısıyla diğer değişikliklerin neticesinde, siyasi bir tepkinin doğması ihtimali daha yüksekken; 12 Eylül 1980 Darbesi faillerini doğrudan etkileyen geçici madde 15'in kaldırılması neticesinde, siyasi değil, kişisel bir tepkinin doğması ihtimali daha yüksektir. Bu

sebeple geçici madde 15'in kaldırılabilmesi için, askeri makamların siyasi ve hukuki güçleriyle birlikte, yeni bir darbe yapacak cebri güçlerini yitirmelerinin de beklenmesi gerekmektedir. Nitekim 2007 E-Muhtırası'ndan sonra, muhtırada belirtilen taleplerin yerine getirilmemesine rağmen; askeri makamlar veya kişiler tarafından herhangi bir darbe girişiminde bulunulmaması, askeri makamların ve kişilerin yeni bir darbe yapacak cebri güçlerini de kaybettiklerini göstermektedir. Netice itibarıyla geçici madde 15'in, darbe faillerinin siyasi, hukuki ve cebri güçlerini kaybetmelerinin ardından kısa bir süre içinde kaldırılması; kanaatimizce, bu maddenin yok hükmünde olmasına rağmen, darbe faillerinin yargılanmasının önünde engel teşkil ettiği düşüncesinden doğan psikolojik engelden kurtulmak için yapılmış bir işlemdir. Nitekim 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin kaldırılmasına ilişkin anayasa komisyonu raporunda yer alan, "*Sembolik de olsa Geçici 15 inci maddenin kaldırılmasının olumlu olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir.*"⁵⁴⁸ ifadesinden de bu anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinden başka, 12 Eylül 1980 Darbesi faillerinin yargılanması konusunda önemli olan bir diğer husus ise; dava zamanaşımı ve geçici madde 15'in zamanaşımına etkisidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın kabulü ile neticeye erişilen anayasayı ihlal suçu, 7 Kasım 1982'de tamamlanmış olup; dava zamanaşımı süresi de 765 sayılı TCK m.102'ye göre 20 yıl sonra, yani 7 Kasım 2002'de dolmaktadır. Ayrıca kanaatimizce geçici madde 15'in dava zamanaşımına herhangi bir etkisi de olamaz. Zira yok hükmünde olan bir normun, hukuk düzeninde herhangi bir etki doğurabileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

Ancak bu hususta kişinin kendi haksız fiili sonucunda kazandığı hakkının, kazanılmış hak olarak hukuk düzenince korunmayacağı gerekçesiyle; 1982 Anayasası geçici madde 15'in meşruiyetten yoksun bir madde olduğu ve faillerinin işledikleri suçun sonucunda ortaya çıktığı düşünülerek; bu madde sebebiyle dolan zamanaşımının, dolmamış sayılması gerektiği de ifade edilebilir. Ancak ceza hukukunda bu durum geçerli olmayıp, kişinin kendi haksız fiili sonucunda doğan kazanılmış hakkın korunduğu durumlar vardır. Örneğin sanığın, dava konusu suçu işlemiş olmasına rağmen, mahkemede bu suçu işlemediğini söyleyerek yalan beyanda bulunması ve mahkemeyi yanıltması sonucunda karar verilmesi halinde dahi; kanun yoluna başvuru yalnızca

⁵⁴⁸ YILMAZOĞLU/PERDECİOĞLU, s. 1150

sanık lehine olarak yapılırsa, CMK m.265'teki “*yeniden verilen hükmün önceki hükmünde tavin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez.*” hükmü gereğince, sanığın kendi haksız fiiliyle bile olsa daha az ceza alması korunur. Bu açıdan dava zamanaşımının dolduğu bir durumda, 1982 Anayasası geçici madde 15'in meşruiyetten yoksun bir madde olması; faillerin lehine olan kazanılmış yargılanmama hakkının kaybedilmesi sonucunu doğuramaz. Netice itibarıyla bu maddelerin yok hükmünde olması, hukuk sisteminde başından beri hiç var olmadıkları anlamına gelecek olup; var olmayan maddenin dava zamanaşımına etki etmesi de mümkün değildir.

Öğretide, 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin kaldırılmasından sonra 12 Eylül 1980 Darbesi faillerinin yargılanması hususunda; geçici 15. maddenin faillere, yargılanma açısından yasama sorumsuzluğu gibi mutlak bir dokunulmazlık sağladığını; bu dokunulmazlığın da zamanaşımını durdurma etkisinin değil, bu fiillere karşı yargı yolunu tüm zamanlar için tamamen kapatma işlevi gördüğünü ifade eden bir görüş bulunmaktadır⁵⁴⁹. Kanaatimizce 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesi hukuken yok hükmünde olan bir madde olmakla birlikte; aksi kabul edilse bile, yapılan bu karşılaştırma ve varılan sonuç yanlıştır. Zira mutlak yasama dokunulmazlığı, milletvekillerinin hür bir şekilde fikirlerini ifade edebilmeleri ve yasama fonksiyonunun yerine getirilebilmesi için zorunlu olmasına rağmen; geçici 15. madde, yalnızca faillerin sorumluluktan kaçınmaları için koyulmuş bir madde olup, devletin işleyişi için hiç de elzem olmayan bir işleve sahiptir. Nitekim geçici 15. maddeyle korunma sağlanan fiiller, bu esnada kabul edilen kanunlar ve alınan kararlar; faillerin kendilerinin hazırladığı 1982 Anayasası'yla öngörülen temel hak ve özgürlükleri dahi sınırladıkları için, sonradan yapılan kanunlar ve alınan kararlarla iptal edilmişlerdir. Ayrıca 1982 Anayasası geçici madde 15'in, 12 Eylül 1980 Darbesi faillerini koruduğu hususun, suç olduğu açıkça bilinen ve haksızlık içeriği en üst hadde olan bir husus olmasına rağmen; yasama sorumsuzluğunun milletvekillerini koruduğu hususun her zaman suç oluşturması mümkün olmadığı gibi; yasama sorumsuzluğu kapsamına giren oy kullanma, konuşma, mecliste kullandığı oyunu ve konuştuklarını meclis dışında ifade etme fiillerinin suç teşkil etmesi halinde de, genel olarak haksızlık içeriğinin anayasayı ihlal suçundan çok daha aşağıda olacağı açıktır. Bu açıdan kanaatimizce, bu şekilde bir

⁵⁴⁹ ŞEN, s. 352-353

karşılaştırma yaparak; hakkaniyete de aykırı olacak şekilde, 1982 Anayasası geçici madde 15'in, 12 Eylül 1980 Darbesi faillerine süresiz bir dokunulmazlık tanıdığını kabul etmek mümkün değildir. Netice itibarıyla 1982 Anayasası geçici madde 15'in hukuka uygun bir madde olduğunun kabul edilmesi halinde; 2010'da yapılan anayasa değişiklikleriyle bu maddenin kaldırılması sonucunda, dokunulmazlığın da kalktığını kabul etmek gerekir⁵⁵⁰.

1982 Anayasası geçici madde 15'in hukuka uygun olduğunun ve darbe faillerine geçici bir dokunulmazlık sağladığının kabul edilmesi halinde; bu maddenin zamanaşımını durdurması ve zamanaşımının 2010'dan itibaren işlemeye başlaması da mümkün değildir⁵⁵¹. Zira bu durumda, maddenin yok hükmünde olduğunun kabul edilmesinde olduğu gibi, zamanaşımının durma sebeplerinin hukuk dışı olgularla açıklanabilmesi mümkün olmayıp; hukuki bir normun zamanaşımını durdurabilmesi, ancak hukukten belirtilen hallerde söz konusu olabilir. Zamanaşımın durması ise, suçun cezalandırılabilme alanını genişleten bir durum olup; kanunilik ilkesi gereğince yalnızca 765 sayılı TCK m.107'de *“Hukuku amme davasının ikamesi mezuniyet veya karar alınmasına yahut diğer bir mercide halli lazım gelen bir meselenin neticesine bağlı bulunduğu takdirde mezuniyet ve kararın alınmasına yahut meselenin halline kadar mürruru zaman durur.”* şeklinde sayılan hallerde zamanaşımı durur. Görüldüğü üzere 765 sayılı TCK m.107'de sayılan sebepler arasına, 1982 Anayasası geçici madde 15'in öngördüğü şekilde soruşturma veya kovuşturma yapılmasının, dava açılmasının mümkün olmadığı haller girmemektedir. Netice itibarıyla 1982 Anayasası geçici madde 15'in hukuka uygun olduğunun kabulü halinde, hukuka uygun olarak zamanaşımının durmasını da sağlayamadığı ve her halde zamanaşımına herhangi bir etkisi olmadığı için; 12 Eylül 1980 Darbesi hakkında zamanaşımı, her halde suçun tamamlandığı tarihten 20 yıl sonrası olan 7 Kasım 2002'de dolmuştur.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası geçici madde 15'in, yok hükmünde olması ya da hukuka uygun olması fark etmeksizin; 12 Eylül 1980 Darbesi yargılamasının zamanaşımı dolduktan epey sonra yapılabilmesinde, kanaatimizce herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere, darbe

⁵⁵⁰ KARCILIOĞLU, s. 377

⁵⁵¹ Aynı yönde bkz. ŞEN, s. 352

suçunun yargılanabilmesini engelleyen esas husus, faillerin sahip oldukları hukuki, siyasi ve cebri güç olup; maddelerin yürürlükte kalmasındaki temel etken de budur. Nitekim 28 Şubat 1997 tarihinde bile, askerin darbe yapabilecek gücünün hâlâ var olduğu görülmektedir. Faillerin fiilen güçten düştükleri ve yargılanabilecekleri, 12 Eylül 1980 Darbesi'nin üzerinde 26 yıldan uzun bir süre geçtikten sonra, 27 Nisan 2007 E-Muhtırası sonrasında anlaşılmıştır. Ayrıca darbe faillerinin cebri güçleri haricinde sahip oldukları siyasi ve hukuki güçleri de, 2010 yılına kadar yavaş yavaş anayasanın değiştirilmesi suretiyle kaldırılabilmiş; bu sebeplerle de yargılamanın yapılabilmesi için, darbenin tamamlanmasından itibaren yaklaşık 30 yıl beklenilmiştir. Netice itibarıyla yargılamanın yapılmasını geciktiren tüm bu sebeplerin yanında; bir anayasa değişikliği ile kolayca kaldırılan ve hatta kaldırılması da bu sebeplerin kalkmasına bağlı olan 1982 Anayasası geçici madde 15, kanaatimizce yargılamanın yapılması önünde esaslı bir engel teşkil etmemektedir.

Ancak darbe suçları hakkındaki zamanaşımı süreleri bu şekildeyken, 1982 Anayasası geçici madde 15 hakkında yaptığımız bu teorik açıklamalar, uygulamada herhangi bir değişiklik oluşturmayacaktır. Zira 765 sayılı TCK m.102'ye göre 12 Eylül 1980 Darbesi'nin zamanaşımı, suçun neticeye eriştiği zaman olan 1982 Anayasası'nın kabul edildiği 7 Kasım 1982 tarihinden sonra 20 yıl geçmesiyle, 7 Kasım 2002'de sona ermiş; yargılama ise, ancak 2010'da 1982 Anayasası geçici madde 15'in kaldırılmasından sonra yapılabilmiştir. Bu durum uygulanacak kanunun 5237 sayılı TCK olması halinde de değişmeyecektir. Her ne kadar 12 Eylül 1980 Darbesi failleri hakkında dava zamanaşımı süresini kesen bir durum olan, iddianamenin düzenlenmesi, 5237 sayılı TCK m.66'da belirtilen 30 yıllık süre içerisinde yapılmışsa da⁵⁵²; bu sürenin dolmasına da yaklaşık 9 ay gibi kısa bir süre kalmıştır. Netice itibarıyla kanaatimizce, neticeye erişmiş bir anayasayı ihlal suçu hakkında yargılama yapılabilmesi için, 30 yıllık dava zamanaşımı süresi de yeterli olmayıp; bu suç için dava zamanaşımının kaldırılması ya da süresinin uzatılması gerekmektedir.

Bu konuda belirtmek gerekir ki 27 Mayıs 1960 Darbesi ve 12 Eylül 1980 somut olaylarına uygulanacak olan 765 sayılı TCK m.146'dan bağımsız olarak düşünüldüğünde; günümüzde 5237 sayılı TCK m.309'un uygulanacağı bir durumda,

⁵⁵² Bkz. Cumhuriyet, 12 Eylül İddianamesi Kabul Edildi, 10.01.2012, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/12-eylul-iddianamesi-kabul-edildi-311736>, E.T.: 23.03.2023

1961 Anayasası geçici madde 4 ya da 1982 Anayasası geçici madde 15 gibi maddeler, hukuka uygun varsayılsalar bile, darbe faillerinin bu işledikleri fiillerden dolayı cezalandırılmalarını tamamen engelleyememektedir. Zira madde metinlerinde darbe faillerinden oluşan Milli Birlik Komitesi ve Milli Güvenlik Konseyi'nin yapmış olduğu işlerden dolayı sorumsuz olunacağına hükmedilmiş olup; hem Milli Birlik Komitesi hem de Milli Güvenlik Konseyi darbe suçunun icrai nitelikte fiillerinin başlamasından sonra, süreç içerisinde failler tarafından kurulmuştur. Bu açıdan anılan bu maddeler darbe suçunun tamamını kapsamamakta; faillerin darbe sürecini başlatan, darbenin temelini oluşturan cebir ve şiddet fiillerinden dolayı cezalandırılabilmelerini engellememektedir. Ayrıca hukuka uygun varsayılmaları halinde 1961 Anayasası geçici madde 4 ve 1982 Anayasası geçici madde 15, yalnızca soruşturma ve kovuşturmayı engelleyen hüküm niteliğinde oldukları ve darbe suçuna hukuka uygunluk sağlamadıkları için⁵⁵³; soruşturulması ve kovuşturulması engellenmemiş fiillerden dolayı faillerin yargılanmasını da engelleyememektedir.

Bu açıdan darbe suçunu başlatan cebir ve şiddet fiillerinin cezalandırılmasına üç farklı açıdan bakılabilir. İlk olarak, 5237 sayılı hem TCK m.309'da hem de 765 sayılı TCK m.146 düzenlemesinde anayasayı ihlal suçuna teşebbüs edilmesi hali, suçun neticeye erişmiş hali gibi cezalandırılmaktadır. Teşebbüste cezalandırılan ise, anayasayı ihlal suçunun neticesini oluşturmaya elverişli icrai fiiller olup; darbe sürecini başlatan cebir ve şiddet fiillerinin de bu kapsama girdiği görülmektedir. Ancak bu durumda anayasayı ihlal suçuna teşebbüs üzerinden yapılan yargılamada cebir ve şiddet fiiliyle, darbenin neticeye kadar varan diğer fiillerinin ve neticenin ayrılması söz konusu olacaktır. Her ne kadar anayasayı ihlal suçu, tek hareketli bir fiille işlenebilen basit bir suç olmayıp; elverişlilik için, çok sayıdaki failin yapacağı çok sayıdaki hareketle işlenebilecek bir suç da olsa; yapılan çok sayıdaki hareketlerin tamamı, anayasayı ihlal suçunu oluşturmak bakımından hukuken tek fiil olarak kabul edilir⁵⁵⁴. Bu açıdan darbe suçunda işlenen cebir ve şiddet hareketlerinin, anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmesi sürecindeki diğer hareketlerden ve neticeden ayrılarak; tek başına anayasayı ihlal suçuna teşebbüs olarak cezalandırılması mümkün değildir.

⁵⁵³ Aynı yönde bkz. **KARCILIOĞLU**, s. 375

⁵⁵⁴ **GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 1530,1531

İkinci olarak, bu fiiller darbe suçu olarak bilinen diğer suçları; yasama organına karşı suç ve hükümete karşı suç da oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK m.146/1'in ikinci cümlesinde ve 5237 sayılı TCK m.311'de düzenlenen yasama organına karşı suç ve 765 sayılı TCK m.147'de ve 5237 sayılı TCK m.312'de düzenlenen hükümete karşı suç, meclisin ve hükümetin vazifelerini yapmalarının engellenmesiyle tamamlanmaktadır. Ancak her iki darbeye de faillerin amaçları hükümete ya da yasamaya karşı suç işlemek olmayıp, kastın anayasayı ihlal suçuna yönelik olduğu anlaşılmakta; hükümete karşı ve yasama organına karşı işlenen fiiller de anayasayı ihlal suçunun bir parçası olmaktadır.

Üçüncü olarak ise, darbe sürecini başlatan cebir ve şiddet içeren fiillerin; yanlarında başka hareketler olmadan oluşturdukları, örneğin 765 sayılı TCK m.179'da ve 5237 sayılı TCK m.109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu gibi, başka suçlar da vardır. Ancak 5237 sayılı TCK m.309/2'nin aksine, 765 sayılı TCK m.146'da gerçek içtima hükmü bulunmadığı için; bu suçları oluşturan fiillerin, anayasayı ihlal suçundan ayrı olarak cezalandırılması mümkün değildir. Bununla birlikte teorik olarak 5237 sayılı TCK m.309/2'nin uygulanması halinde, iki ceza ve iki suç olacağı için; geçici maddelerle yargılanması engellenmeyen cebir ve şiddet fiillerinin oluşturduğu suçların, anayasayı ihlal suçundan ayrı olarak yargılanması mümkündür. Nitekim bu suçlar CMK m.8'e göre birbiriyle bağlantılı olsalar bile, CMK m.9'da bağlantılı davaların birleştirilmesi hakkında “*açılabilir*” ifadesi kullanıldığı için; bu davaların birlikte görülmelerinde bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Netice itibarıyla, her iki darbenin sonrasında derhal uygulanabilecek tek kanun olan ve 12 Eylül 1980 Darbesi'nin yargılanması esnasında da lehe kanun olduğu için uygulanan 765 sayılı TCK'ya göre böyle bir yargılama mümkün olmasa da; 5237 sayılı TCK'nın uygulanması halinde faillerin, darbe sürecini başlatan cebir ve şiddet fiillerinden dolayı; olayın hemen ardından ve anayasayı ihlal suçu yargılamasından ayrı olarak yargılanmaları teorik olarak mümkündür.

12. SONUÇ

Çalışmada, halk arasında darbe ve ihtilal suçu olarak bilinen anayasayı ihlal suçu öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Öğretide 765 sayılı TCK dönemindeki görüşlerle aynı doğrultuda olan, ancak 5237 sayılı TCK döneminde genel olarak kanunun sistematığının, bazı konulardaki düzenlenme şeklinin değişmesinden ve diğer çeşitli sebeplerden dolayı, artık savunulabilir olmayan görüşlerin varlığına dikkat çekilmiştir. Bu durum kanaatimizce, 765 sayılı TCK m.146 ile 5237 sayılı TCK m.309'un lafzî benzerliklerinden kaynaklanmakla birlikte; daha çok tarihimizdeki darbe ve darbe teşebbüslerinin etkilerinin yakın zamana kadar devam etmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim 1980 Darbesi faillerin yargılanması ile, darbe faillerinin de yargılanabildiği; 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü'nde ise, anayasayı ihlal suçu işlenirken de cezayı azaltan veya kaldıran nedenlerin oluşabildiği görülmüştür.

Netice itibarıyla anayasayı ihlal suçunun,

1. 1924 Anayasası'ndaki eksikliklerden dolayı, 27 Mayıs 1960 Darbesi sonrasında yapılan yanlış uygulamalardan kaynaklanan kavram karmaşasına son vermek için, adının değişmesi gerektiği;
2. Hukuki konusunun, kurucu iktidar olma hakkı ve yetkisi olduğu;
3. Maddi konusunun, halihazırdaki şekli anayasa olan 1982 Anayasası'nın öngördüğü anayasal düzen olduğu;
4. Failinin, herkes olabileceği ve günümüz şartlarında elverişlilik için suç örgütü tarafından veya iştirakle işlenebileceği;
5. Mağdurunun, belirli bir kişi olmamakla birlikte, toplumu oluşturan bireyler olduğu; suçtan zarar göreninin, TBMM olduğu;
6. Fiilinin, yalnızca maddi cebirle ve icrai nitelikte fiillerle işlenebileceği; sırf ihmali davranışlarla işlenemeyeceği, fakat icrai davranışların yanında ihmali davranışlarla suça iştirak edilebileceği; tehdit içeren ama cebir içermeyen askeri muhtıraların ya da ne cebir ne de tehdit içeren devletin temel niteliklerine aykırı anayasa değişikliklerinin, bu suçun kapsamına girmediği; anayasayı ihlal suçu

işlemeye son derece elverişli fiiller olan, tehdit içermekle birlikte, cebir içermeyen askeri muhtıraların da bu suç kapsamına dahil edilmesi için düzenleme yapılması gerektiği;

7. Somut tehlike suçu olduğu için teşebbüsle tamamlanacağı;
8. Zarar neticesinin oluşması halinde de cezalandırmanın teorik olarak mümkün olduğu;
9. Manevi unsurunun, genel kast olduğu ve olası kastla da bu suçun işlenebileceği;
10. Cezayı azaltan veya kaldıran hallerin uygulanmasına müsait bir suç olduğu;
11. TMK'da terör suçları için öngörülen cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerin uygulanmasına uygun bir suç olmadığı;
12. Teşebbüs hali madde içinde ayrıca düzenlendiği, teşebbüse teşebbüs de mümkün olmadığı için; TCK m.35 hükmünün uygulanmasına uygun bir suç olmadığı;
13. İştirakin her türü ile işlenebileceği;
14. Diğer suçlarla içtimaı halinde kural olarak gerçek içtima uygulanacağı; ancak TCK m.86/2,108,151,302,311,312,314,316'daki suçlarla içtimaı halinde yalnızca anayasayı ihlal suçu hükmünün uygulanacağı;
15. Dava zamanaşımı süresinin, anayasayı ihlal suçunun neticeye erişmiş halinin cezalandırılması için yeterli uzunlukta olmadığı; anayasayı ihlal suçu açısından, bu sürenin uzatılması ya da tamamen kaldırılması gerektiği;

Kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKGÜN, Seçil Karal**, Ellinci Yılına Yaklaşırken 27 Mayıs ve Getirdiği Anayasaya Kısa Bir Bakış, Atatürk Yolu Dergisi, Y. 2009, C. 11, S. 43, s. 407-466
- AKGÜNDÜZ, Ahmet**, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986
- AKKURT, Ali**, Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 1, S. 1, s. 55-75
- AKMAN, Mehmet**, Önceki Hukukumuzda İsyan Suçu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1995, C. 9, S. 1-3, s. 203-222
- ANAYURT, Ömer**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayıncılık, 2021, 4. Baskı
- ANBARLI, Şeniz**, Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik (Türkiye Örneği), Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006
- ATAR, Yavuz**, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2021, 14. Baskı
- AVCI, Mustafa**, Osmanlı Ceza Hukuku 2 Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2018, 3. Baskı
- AYDIN, Melikşah**, İslam Hukukuna Göre İsyan (Bağy) Suçu ve Cezası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 23, S. 2, s. 49-77
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi**, Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1689-1724
- BAHÇİVAN, Fatih**, 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalelerinin Türk Politik Hayatına Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005
- BALTACI, Vahit**, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayıncılık, 2007, 1. Baskı
- BAŞ, Nimet**, Askeri Darbeler ve Normalleşme, Dünyada ve Türkiye'de Darbe Yargılamaları içinde, Ömer Temel (Ed.), Lale Yayıncılık, 2017, s. 523-536
- BAŞGİL, Ali Fuad**, 27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri, Kubbealtı Neşriyatı, 2021, 5. Baskı
- BAYRAKTAR, Köksal**, Siyasal Suç, İstanbul, 1982
- BEYOĞLU, Cem Ümit/ KANTARCI, Nurullah**, Anayasayı İhlal Suçu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 8, S. 16, s. 681-720
- BODUR, Nurullah/ ÖZKUL, Eshat**, Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, Seçkin Yayıncılık, 2022, 6. Baskı
- CAN, Osman**, Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetimi Sorunu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 2007, C. 62, S. 3, s. 101-139
- COŞKUN, Vahap**, Direnme Hakkı, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 5. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 52-79
- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar**, Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt 2 (Madde 125-413), Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1970

- DEĞERLİ, Yavuz Selim**, Anayasa Yargısında Ön-Denetim, Adalet Yayınevi, 2020, 1. Baskı
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu**, Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2013, C. 71, S. 1, s. 267-294
- DİNLER, Veysel**, Anayasal Suç Ne(Değil)dir?, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1545-1575
- DÜLGER, Murat Volkan/ ÖZKAN, Onur/ BAKDUR, Merve**, Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2021, S. 45, s. 227-264
- EMİROĞLU, Atiye**, 27 Mayıs 1960 İhtilali ve Demokrat Parti'nin Tasfiyesi, Selçuk Üniversitesi Kadınhanı Faik İçil Meslek Yüksek Okulu Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi, Y. 2011, C. 1, S. 1, s. 13-27
- ERDOĞAN, Mustafa**, Anayasa Hukukuna Giriş, Siyasal Kitabevi, 2019, 2. Baskı
- EREM, Faruk**, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1968, C. 25, S. 1, s. 11-33
- EREM, Faruk/ TOROSLU, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, 2003, 9. Baskı
- EREN, Abdurrahman**, Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 2021, 3. Baskı
- EROĞUL, Cem**, Anayasa Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş), İmaj Yayınevi, 2016, 15. Baskı
- ERSOY, Uğur**, Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2020, C. 1, S. 41, s. 27-64
- GERÇEKER, Hasan**, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 2022, 6. Baskı
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa**, Pratik Türk Ceza Kanunu, 2021, 6. Baskı
- GÖNENÇ, Levent**, Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, C. 50, S. 1, s. 131-152
- GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 1. Cilt, Ekin Yayınevi, 2020, 2. Baskı (Anayasa Hukuku)
- GÖZLER, Kemal**, Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, 1. Baskı (Kurucu İktidar)
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat**, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt 2 (Madde 125-281), Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı
- HAFIZOĞULLARI, Zeki**, Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 483-502
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 2016, 1. Baskı

- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki**, Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya Aykırı İctihadı, Liberal Düşünce Dergisi, Y. 2010, S. 58, s. 61-68
- İBA, Şeref/ BAKIRCI, Fahri**, Türk Hukukunda “Geçici Kanun” ve “Geçici Madde” Kavramları Üzerine, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2021, S. 17, s. 271-302
- İÇEL, Kayıhan**, Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2008, C. 7, S. 14, s. 35-49
- KANGAL, Zeynel T.**, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 14, S. 3-4, s. 19-68
- KARCILIOĞLU, Nevzat Kaan**, Anayasayı İhlal Suçu (TCK m.309), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2022, 15. Baskı
- MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt 2, Sevinç Matbaası, 1978
- MALKOÇ, İsmail**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 4 (Madde 242-345), 2013, 4. Baskı
- MUMCU, Ahmet**, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Phoenix Yayınları, 2017, 4. Baskı
- NASKALİ, Emine Gürsoy**, Yargı ve 27 Mayıs 1960 Darbesi, Dünyada ve Türkiye'de Darbe Yargılamaları içinde, Ömer Temel (Ed.), Lale Yayıncılık, 2017, s. 493-517
- NİŞANCI, Şükrü**, Sivil İtaatsizliğin Teorik Temelleri ve Meşruiyeti Meselesi, Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000
- ONAR, Erdal**, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993
- ÖMEROĞLU, Ömer**, “Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 13, S. 1-2, s. 103-115
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2022, 13. Baskı
- ÖZBUDUN, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, 2019
- ÖZDAĞ, Ümit**, Menderes Döneminde Ordu-Siyaset İlişkileri ve 27 Mayıs İhtilali, Boyut Kitapları, 2004, 2. Baskı
- ÖZDEN, Yekta Güngör**, "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez" Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1985, C. 2, s. 41-90
- ÖZEK, Çetin**, Anayasayı İhlal Suçunda Hazırlık Hareketleri - İcra Hareketi, Yargıtay Dergisi, Y. 1990, C. 16, S. 1-2, s. 98-120 (Anayasayı İhlal)
- ÖZEK, Çetin**, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, 1967 (Siyasi İktidar)

- ÖZGENÇ, İzzet**, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, 2022, 14. Baskı
- ÖZTÜRK, Namık Kemal**, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2021, 3. Baskı
- SALİHOĞLU, Hadi/ PARLAR, Ali/ ÖZTÜRK, Muzaffer**, Uygulamada Terör Suçları Devlete ve Anayasal Düzene Karşı Suçlar, Bilge Yayınevi, 2018, 1. Baskı
- SARIASLAN, Ömer**, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Sorumsuzluğu, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021
- SARIGÜL, Ali Tanju**, Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 2, s. 663-692
- SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık**, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu Cilt 2 (Madde 125-315), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 1995
- SOYASLAN, Doğan**, Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması T.C.K.'nın 146. Maddesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1993, C. 10, s. 57-90 (Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması)
- SOYASLAN, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2020, 13. Baskı (Ceza Özel)
- SOYSAL, Mümtaz**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 1987, 7. Baskı
- ŞAHİN, Engin**, Türk Anayasa Tarihinde Asli Kurucu İktidarların Meşruluğu Sorunu, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013
- ŞEN, Ersan**, 12 Eylül 1980'nin Yargılanması Mümkün Müdür?, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 2, s. 349-360
- ŞEN, Ersan/ ERYILDIZ, H. Sefa**, Suç Örgütü, Seçkin Yayıncılık, 2022, 5. Baskı
- TANERİ, Gökhan**, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Ağır Ceza Suçları 2. Cilt, Yetkin Yayınları, 2018, 2. Baskı
- TAŞKIN, Ahmet**, Baskıya Karşı Direnme Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 52, s. 37-65
- TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku (Genel Esasları), Beta Basım, 2013, 16. Bası
- TOROSLU, Nevzat**, Anayasayı İhlal Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1985, S. 4, s. 591-601 (Anayasayı İhlal Suçu)
- TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, 2015, 8. Baskı (Ceza Özel)
- TUNAYA, Tarık Zafer**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, 4. Bası
- TURİNAY, Faruk**, Anayasayı İhlal Suçu Üzerine Bir İnceleme, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, S. 1, s. 289-310
- TÜLEN, Hikmet**, Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. 3, S. 1, s. 115-122

- UYAR, Hakkı**, Türkiye’de Askeri Darbeler ve Nedenleri Üzerine Bir Analiz Denemesi, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 20, S. 15 Temmuz, s. 77-96
- YALÇIN GÜLER, Gülşah**, Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet, Sayıştay Dergisi, Y. 2007, S. 66-67, s. 35-46
- YAŞAR, Kenan Evren**, Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Y. 2014, C. 2, S. 1-2, s. 189-234
- YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa**, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Md. 252-345, Adalet Yayınevi, 2014, 2. Baskı
- YILMAZOĞLU, Yunus Emre/ PERDECİOĞLU, İsmail Emrah (ed.)**, Türkiye Cumhuriyet Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021, 3. Baskı

İnternet Kaynakları

- 1789 ABD Anayasası (*Constitution of the United States*), https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a3_sec3, E.T.: 04.09.2022
- 1810 Fransız Ceza Kanunu (Madde 86-92) (*Code Pénal Ancien*), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071029/LEGISCTA000006166076/2022-08-08?isAbrogated=true#LEGISCTA000006166076, E.T.: 08.08.2022
- 1871 Alman Ceza Kanunu (*Strafgesetzbuch (StGB)*), <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>, E.T.: 03.09.2022
- 1948 ABD Ceza Kanunu (*Title 18 – Crimes and Criminal Procedure*), https://legislationline.org/sites/default/files/documents/a5/USA_title_18_us_code_crime_s_2017_en.pdf, E.T.: 04.09.2022
- 1994 Fransız Ceza Kanunu (Madde 411-1 – 411-11) (*Code Pénal*), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149841/#LEGISCTA000006149841, E.T.: 02.09.2022
- 1994 Fransız Ceza Kanunu (Madde 412-1 – 412-8) (*Code Pénal*), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149842/2022-09-02/, E.T.: 02.09.2022
- BARDAKOĞLU, Ali**, "Eşkîya", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/eskiya#1>, E.T.: 01.08.2022
- Cumhuriyet, 12 Eylül İddianamesi Kabul Edildi, 10.01.2012, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/12-eylul-iddianamesi-kabul-edildi-311736>, E.T.: 23.03.2023
- EKİNCİKLİ, Mustafa/ ŞAHİN, Alpaslan**, 27 Mayıs 1960 Askeri Darbesi Öncesinde Kurulan “İhtilal Örgütleri” ve “Dokuz Subay Olayı”, Akademik Bakış

Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2018, S. 70, s. 39-54,
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abuhssbd/issue/42273/508648>, E.T.: 12.02.2023

ERDEM, Tevfik, Türkiye’de Darbe ve Müdahalelerin Kısa Tarihi, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Yayın Tarihi: 15.07.2019, <https://www.sde.org.tr/tevfik-erdem/genel/turkiyede-darbe-ve-mudahalelerin-kisa-tarihi-kose-yazisi-10443>, E.T.: 23.02.2023

GÖZLER, Kemal, 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme, <https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-uzun.pdf>, E.T.: 25.09.2022

GÖZLER, Kemal, Cumhurbaşkanı Kişisel Suçlarından Dolayı Yüce Divanda Yargılanabilir mi? Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğunun Kapsamı Konusunda Görüş Değişikliği, www.anayasa.gen.tr/cb-kisisel-suc.htm, E.T.: 21.07.2022

GÜNDOĞAN, Barış, “Demokrasiye Vurulan İkinci Darbe: 12 Mart Muhtırası”, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/demokrasiye-vurulan-ikinci-darbe-12-mart-muhtirasi/2531506>, E.T.: 17.11.2022

HOLMBERG, Tom, France: Penal Code of 1810, https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3a.html, E.T.: 08.08.2022

İŞBİLİR, Ömer, "Kalebend", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kalebend>, E.T.: 26.08.2022

Meclis Araştırması Komisyonu, Ülkemizde Demokrasiye Müdahale Eden Tüm Darbe ve Muhtıralar ile Demokrasiyi İşlevsiz Kılan Diğer Bütün Girişim ve Süreçlerin Tüm Boyutları ile Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, TBMM, 2012, Sıra Sayı: 376, <https://www.tbmm.gov.tr/MeclisArastirmasiKomisyonlari/DarbeMuhtira-Anasayfa>, E.T.: 12.02.2023

Resmi Gazete Arşivi, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/>

T24 Bağımsız İnternet Gazetesi, Kenan Evren’in Uyarı Mektubu, <https://t24.com.tr/haber/kenan-evrenin-uyari-mektubu,9617>, E.T.: 14.03.2023

Türk Ceza Kanunu Genel Gerekçesi, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-genel-gerekce/1>, E.T.: 04.08.2022

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

Uluslararası Alman Ceza Kanunu (*Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)*), <http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/BJNR225410002.html>, E.T.: 03.09.2022

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Berrin Rumeysa MERMER

Doğum Yeri – Tarihi :

EĞİTİM DURUMU

Lisans Öğrenimi : (2014-2018) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans Öğrenimi :

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

Bilimsel Faaliyetleri :

İŞ DENEYİMİ

Stajlar : (2019-2020) Avukatlık Stajı, Konya Barosu

Projeler :

Çalıştığı Kurumlar :

Tarih: 18 Nisan 2023