

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ANAYASAYI İHLÂL SUÇU (TCK m. 309)

NEVZAT KAAN KARCILIOĞLU

2502050085

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL-2016



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : NEVZAT KAAN KARCILIOĞLU Numarası : 2502050085

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.ADEM SÖZÜER

Tez Savunma Tarihi : 22.07-.2016 Saati : 14:00

Tez Başlığı : ANAYASAYI İHLAL SUÇU (TCK m. 309)

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.ADEM SÖZÜER		Kabul
2- PROF.DR.MAHMUT KOCA		Kabul
3- PROF.DR.ALİ KEMAL YILDIZ		
4- YRD.DOÇ.DR.SELMAN DURSUN		Kabul
5- YRD.DOÇ.DR.MEHMET MADEN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.İSA DÖNER		Kabul
2- YRD.DOÇ.DR.TUBA TOPÇUOĞLU		

ÖZ

ANAYASAYI İHLÂL SUÇU (TCK m. 309)

NEVZAT KAAN KARCILIOĞLU

Anayasayı İhlâl Suçu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzenin cebir ve şiddet kullanılarak ortadan kaldırılmasını, değiştirilmesini veya uygulanmasının engellenmesini cezai yaptırıma bağlamaktadır. Bir toplum halinde barış içinde yaşamının mümkün olabilmesi için vazgeçilmez koşullardan biri olan demokratik anayasal düzene yönelik cebri davranışların cezai yaptırıma bağlanması ihtiyacı bu suçun düzenlenme sebebidir.

Anayasayı İhlâl Suçunun düzenlenmesi bir gereklilik olmakla birlikte, bu suça ilişkin uygulama sorunlu olagelmıştır. Zira anayasal düzen kavramının ne olduğu, bu düzene karşı çıkmanın suç olup olmadığı, cebir kavramına hangi tür fiillerin dahil olduğu gibi meseleler suçun uygulanmasında sorunlar yaratmıştır. Bu itibarla hangi fiillerin suçun oluşmasına sebebiyet vereceği meselesi tez çalışmasının zorlu noktalarından biri olmuştur.

Ayrıca bu suça teşebbüsün hangi anda başladığı, hangi cebri davranışların elverişli olduğu, suçun neticelenme ihtimali gibi sorunlar ceza hukukunun genel kısmına dahil pek çok konuda önemli örnekler içermektedir.

Suçun mahiyetinin anlaşılabilmesinin, öncelikle anayasal düzen ve bu düzenin korunması ihtiyacının siyaset bilimi ve anayasa hukuku yönünden

de değerlendirilmesi ile mümkün olabileceği düşünülerek çalışmanın ilk bölümü bu soruna adanmıştır. Ardından, inceleme konusu suç, ceza hukuku özel hükümleri için yapılan klasik inceleme metodu ile suçun unsurları yönünden incelenmiş son olarak da suça etki eden nedenler ve benzer suçlarla ilişki ortaya konulmuştur.

Yapılan inceleme sonucunda anayasal düzen kavramının, demokrasi kavramı ile i içe girdiği ve bireylerin demokratik anayasal düzende yaşama haklarına yönelebilecek cebri davranışların cezai yaptırıma bağlanması nın meşru bir zemin üzerinde bulunduğu sonucuna varılmıştır. Suçun meşruiyet temeli bu şekilde belirlendikten sonra, teorik ceza hukuku temelinde yapılan değerlendirmelerin mutlaka bu temeli de dikkate alacak şekilde yapılmasına zen gösterilmiş ve modern ceza hukukunun insan haklarını ön planda tutan mahiyeti inceleme konumuz su açısından da gz önünde bulundurulmuştur.

ABSTRACT

ATTEMPTING TO OVERTHROW CONSTITUTIONAL ORDER (TPC art. 309)

NEVZAT KAAK KARCILIOĞLU

Attempting to overthrow Turkish Constitutional Order is an offence enacted in article 309 of Turkish Penal Code. Constitutional order, bearing democratic roots, is one of the main pillars of a society living in peace and dignity. The main purpose of this offence is to prevent the annihilation of the constitutional order through coercive and violent means.

While having such an offence in Penal Codes is a necessity, the practice of the offence by the courts has almost always had problems. The questions of what is a constitutional order, whether merely objecting such an order a crime, what is a coercion for the purposes of this crime has always caused difficulties to answer. Therefore, one of the main challenges faced during the work was to determine which set of acts would be incriminating, while other challenges were to determine the beginning of the attempt, which coercive acts are suitable for the purposes of law, the possibility of consummation. All of these issues were intriguing for the purposes of general theory of criminal law.

The first part of the thesis was dedicated to the necessity of such offence, and evaluation of this from constitutional and political theories. In the second part, the subject matter is evaluated by following the classical method for the research of crimes. The second part deals with matters related to elements of

crime. Finally, the last part is dedicated to the other related matter regarding the subject matter.

The research finds that there is a legitimacy to incriminate coercive acts against the constitutional order, which in its modern meaning, is inherent to concept of democracy and the right of individuals to live in a democratic and constitutional society. After revealing the legitimacy of the offence, the need to construe the technical aspects in line with this foundation is also stressed. Therefore, throughout the work the technical problems related to the criminal law theory was made according to the principals of modern criminal law, and its dimension prioritizing basic human rights.

ÖNSÖZ

Anayasayı İhlâl Suçu sadece anayasa hukuku ile ceza hukukunu değil, önemli ölçüde siyaset bilimini de ilgilendiren bir suçtur. Bir çok disiplinin bu denli iç içe geçtiği bir suçta incelemek ve bu incelemeyi yaparken teknik ceza hukukuna bağlı kalmak kolay bir hedef değildi.

Öte yandan, tez çalışmaları sırasında, hukuk ve sosyal bilimlerin birçok farklı disiplinini ilgilendiren çalışma konusu yaptığımız suçun, ceza hukukunun birçok özgün problemini de doğrudan ilgilendirdiğini değerlendirme imkânı bulduk. Konunun teknik ceza hukuku ekseninde tutulabilmesi Tez Danışmanı Hocam **Prof. Dr. Adem Sözüer** ve Tez İzleme Komitesinin kıymetli üyeleri, Değerli Hocalarım **Prof. Dr. Mahmut Koca** ve **Yrd. Doç. Dr. Selman Dursun** sayesinde mümkün olmuştur. Bu itibarla öncelikle, tez danışmanım olmayı kabul eden ve tez konusu değişikliğinden sonra da bu görevi sürdüren, tez çalışmalarım süresince desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, eksikliklerime hoşgörü ile yaklaşan ve çalışmamı teşvik eden Sayın Hocam **Prof. Dr. Adem Sözüer**'e minnetlerimi sunmayı bir borç bilirim. Tez çalışmalarımın en başından beri Tez İzleme Komitesi üyesi olarak çalışmalarımın bütün aşamalarında beni destekleyen ve yol gösteren değerli hocam **Prof. Dr. Mahmut Koca**'ya ne kadar teşekkür etsem azdır. Yine Tez İzleme Komitesi üyesi olarak tezimi detaylı şekilde inceleyen, eleştiri ve önerileri ile tezin gelişimine önemli katkı sağlayan sayın hocam **Yrd. Doç. Dr. Selman Dursun**'a da teşekkür ediyorum. Tez Jürimde bulunan ve değerli eleştirileri ile tezi inceleyen ve değerlendiren Sayın **Doç. Dr. İsa Döner** ve **Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden**'e de bu vesileyle teşekkür etmem gerekir.

Tez çalışmaları sırasında maddi ve manevi olarak desteklerini asla esirgemeyen, akademik hayatımın başından sonuna kadar hep yanımda olan ve asistanları olmakla kıvanç duyduğum hocalarım **Prof. Dr. Uğur Alacakaptan** ve **Prof. Dr. Duygun Yarsuvat**'a teşekkür borçluyum.

İstanbul Bilgi Üniversitesi Ceza Hukuku Kürsüsünde görev yaptığım dönem boyunca, tez çalışmalarım sırasında önemli kimi sorunlarla ilgili benimle tartışma ve yol gösterme inceliğini gösteren kürsü arkadaşlarım **Yrd. Doç. Dr. R. Barış Erman**'a ve **Ar. Gör. Onur Kemal Kerman** ile tezin hazırlanma aşamalarında çeşitli şekillerde yardımlarını ve desteklerini gördüğüm **Yrd. Doç. Dr. Gökçe Çataloluk**, **Yrd. Doç. Dr. Cüneyt Süzel**, **Av. Bürgehan Emrağ**, **Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan** ve **Yrd. Doç. Dr. Tolga Şirin**'e de teşekkür ediyorum.

Tezin yazım sürecinde yaşanan zor zamanlarda anlayışları, destekleri ve teşvikleri ile ayakta kaldığım öğrenim hayatımın ilk gününden beri beri destekleyen annem **Sema Karcılioğlu**, babam **Serdar Karcılioğlu** ve kardeşim **Serkan Karcılioğlu**'na da minnet borcum vardır. Yine tezimin ilk günlerinden itibaren her zaman çalışmalarımın gelişimini soran ve takip eden ve bu süreçte kaybettiğim merhum dedem **Ali Ferhat Tortamış** ile merhume anneannem **Şaziye Tortamış**'ı da hasretle anıyorum.

Son olarak her zaman desteğini hissettiğim ve bu çalışma için kimi zaman vakitlerinden çaldığım hayat ortağım, eşim **İnci Karcılioğlu** ile canım kızım **Ayşe Derin Karcılioğlu**'na en içten sevgilerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	III
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR CETVELİ	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DÜZEN VE BU DÜZENİN CEZA NORMLARIYLA KORUNMASI

I. ANAYASAL DÜZEN	7
A. Anayasacılığın Tarihi Gelişimi ve Anayasa Kavramı	9
1. Tarihi Gelişim İçinde Siyasi İktidarlar ve Meşruiyet Kaynakları	9
2. Anayasa Kavramı	14
B. Demokratik Siyasi Sistem ve Anayasa İlişkisi	24
1. Demokratik Siyasi Sistem	25
2. Anayasaların Demokratik Siyasi Sistem Açısından Önemi	32
II. ANAYASAL DÜZENİN KORUNMASI İHTİYACI	34
A. Anayasal Düzenin Değiştirilmesi ve Ceza Normları Dışında Korunması Sorunu	36
1. Genel Olarak	36
2. Anayasal Düzende Değişiklik Yapılmasına İlişkin Esaslar	37
a) Asli kurucu iktidar – tâli kurucu iktidar kavramları	38
b) Anayasal düzende yapılacak değişikliklerin sınırları	44
(1) Genel olarak	44
(2) Anayasanın bütününe ilişkin değiştirilmesi	45
(3) Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilememesi	48
(4) Anayasanın değiştirilmesinin süre yönünden kısıtlanması	52
c) T.C. Anayasası'na göre Anayasa değişikliklerinin sınırları	53
B. Anayasal Düzenin Ceza Normlarıyla Korunması	57
1. Genel Olarak	57

2. Anayasayı İhlâl – Anayasaya Aykırılık Kavramları.....	59
3. Anayasal Düzene Karşı Suçların Tarihi Gelişimi ve Özellikleri	67
a) Tarihi gelişim	67
(1) Anayasacılık hareketleri öncesi dönem.....	67
(2) Anayasacılık hareketleri ve anayasal düzenin korunması	74
b) Anayasal düzene karşı suçların özellikleri.....	77
4. Anayasal Düzene Karşı Suçların Sistematiik Olarak İncelenmesi.....	80
a) Genel olarak	80
b) Anayasal düzene karşı suçların, Devlete karşı suçlar arasındaki yeri	84
c) Anayasal düzene karşı suçların, egemenliği paylaşan erkler açısından tasnifi	86
(1) Genel olarak.....	86
(2) Yürütme organına karşı fiiller	87
(3) Yasama organına karşı fiiller	90
(4) Yargı organına karşı fiiller.....	91
d) Anayasal düzene yönelen suçların hazırlık hareketleri veya icra hareketlerini cezalandırmaları açısından tasnifi	93

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASAYI İHLÂL SUÇUNUN UNSURLARI

I. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	96
A. Genel Olarak.....	96
B. Anayasayı İhlâl Suçu İle Korunan Hukuki Değer	100
II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI	104
A. Suçun Konusu	104
1. Genel Olarak	104
2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Öngördüğü Düzen.....	106
B. Fail	124
C. Mağdur.....	125
D. Fiil	129
1. Genel Olarak	129
a) Bağlı hareketli suç oluşu	135
b) Tek hareketli suç oluşu.....	137
c) Hareketin doğası bakımından	137

d) Zarar suçu niteliğinde oluşu	142
e) Kesintisiz suç niteliği	148
f) Kalkışma suçu niteliği	158
(1) Genel olarak	158
(2) Anayasayı İhlâl Suçu açısından	165
2. Cebir ve Şiddet Kullanımı	171
a) Genel olarak “cebir ve şiddet” kavramları	171
(1) Cebir kavramının anlamı	171
(2) “Cebir” kavramının kullanıldığı hükmün amaçlarına göre yorumlanması	175
(3) Cebrin “şiddet” kavramıyla birlikte kullanımı	177
b) Anayasayı İhlâl Suçu açısından “cebir ve şiddet” kavramları	179
(1) 765 sayılı TCK dönemindeki durum	179
(2) 5237 sayılı açısından “cebir ve şiddet” kavramı	185
(i) Cebrin suçun hareket unsuruna ilişkin olması	185
(ii) Cebrin Anayasayı İhlâl Suçu açısından özellikleri	187
(iii) Cebrin kapsamı	190
(iv) Cebrin siyasî iktidar tarafından gerçekleştirilmesi ihtimali	194
3. Suçun Oluşması İçin Teşebbüs Aşamasına Geçilmiş Olmasının Yeterli Oluşu	198
a) Genel olarak	198
b) Anayasal düzene yönelik doğrudan icraya başlanması	200
c) İcra hareketlerinin elverişli olması	212
d) Gönüllü vazgeçme	222
(1) Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilirliği sorunu	222
(2) Gönüllü vazgeçme hükümlerinin Anayasayı İhlâl Suçuna tatbiki	226
E. Netice	229
1. Genel Olarak	229
2. Maddede Gösterilen Neticeler	234
a) Anayasanın öngördüğü düzenin ortadan kaldırılması	235
b) Anayasanın öngördüğü düzenin yerine başka bir düzen getirilmesi	237
c) Anayasanın öngördüğü düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi	238
3. Neticelerin Gerçekleşmesi (Suçun Tamamlanması) İhtimâli	239
F. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet	240
III. MANEVİ UNSURLAR	245
A. Anayasayı İhlâl Maksudı	245

<i>B. Anayasayı İhlâl Suçunun Kast Açısından İncelenmesi</i>	247
<i>B. Olası Kast Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu</i>	247
<i>C. Kastı Kaldıran Hata</i>	249
IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	252
<i>A. Genel Olarak</i>	252
<i>B. Hukuka Uygunluk Nedenleri Açısından</i>	253
1. Hakkın kullanılması	253
a) Genel olarak	253
b) Direnme hakkı	255
c) Sivil itaatsizlik eylemleri	259
d) Asli kurucu iktidar.....	262
2. Görevin ifası.....	263
3. Meşru savunma	267
4. İlgilinin rızası.....	269
V. KUSURLULUĞU KALDIRAN VE AZALTAN HALLER	271
<i>A. Emrin İfası</i>	271
1. Genel Olarak	271
2. Konusu suç teşkil eden emrin ifası.....	274
<i>B. Yaş Küçüklüğü</i>	277
<i>C. Kaçınılmaz Haksızlık Hatası</i>	278
VI. ANAYASAYI İHLÂL SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	279
<i>A. Anayasayı İhlâl Suçuna Teşebbüs Sorunu</i>	279
<i>B. Anayasayı İhlâl Suçuna İştirak</i>	282
1. Genel Olarak	282
2. Müşterek Faillik.....	284
3. Dolaylı faillik	287
<i>C. Anayasayı İhlâl Suçunun Diğer Suçlarla İçtimaı</i>	290
1. Genel olarak	290
2. Ayrıca suç olarak tanımlanan hazırlık hareketleri ile içtima.....	292
3. Anayasal düzene karşı diğer suçlarla içtima	298

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASAYI İHLÂL SUÇU İLE İLGİLİ DİĞER HUSUSLAR VE SUÇUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMAYI ETKİLEYEN ÖZEL HALLER	300
<i>A. Genel Olarak.....</i>	<i>300</i>
<i>B. Anayasayı İhlâl Suçu Açısından Özelliği Olan Kimi Bazı Kişilerin Durumu.....</i>	<i>301</i>
1. Cumhurbaşkanı.....	301
a) Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet fiilleri dışındaki fiillerden dolayı sorumluluğu.....	302
b) Vatana ihanet fiilleri açısından.....	305
2. Bakanlar kurulu üyeleri	310
3. TBMM üyeleri.....	312
a) Genel olarak	312
b) Yasama sorumsuzluğu	314
(1) Yasama sorumsuzluğunun kapsamı	314
(2) Yasama sorumsuzluğunun ceza hukuku açısından niteliği	320
(3) Yasama sorumsuzluğunun sınırları ve anayasal düzene karşı fiiller	321
(i) Yasama sorumsuzluğunun sınırları konusunun Anayasayı İhlâl Suçu açısından önemi	321
(ii) Anayasayı İhlâl Suçunun yasama sorumsuzluğu kapsamındaki fiillerle işlenmesinin mümkün olup olmadığı meselesi.....	322
(iii) Yasama sorumsuzluğunun sınırları ve Anayasayı İhlâl Suçunun bu konuda istisna teşkil edip etmediği meselesi	323
c) Yasama dokunulmazlığı.....	342
4. Asker kişiler	352
a) Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları açısından	352
b) NATO Anlaşması kapsamında olanlar açısından.....	356
5. Kamu görevlileri	356
6. Türk vatandaşı olmayanlar	358
7. Anayasayı İhlâl Suçunun siyasi suç niteliği.....	359
<i>C. T.C. Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi ve Benzeri Düzenlemeler</i>	<i>366</i>
1. Genel olarak	366
2. Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında çıkış garantileri	367
3. Çıkış garantilerinin geçerliliği.....	369

4. Çıkış garantilerinin kapsamı	371
5. Çıkış garantilerinin hukuki niteliği	372
II. ZAMANAŞIMI	377
A. Dava Zamanaşımı	377
B. Ceza Zamanaşımı	380
III. YAPTIRIM	381
IV. ANAYASAYI İHLÂL SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ.....	385
A. Diğer Anayasal Düzen ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlarla Olan İlişki.....	385
1. Cumhurbaşkanı'na Suikast ve Fiili Saldırı Suçu	387
2. Yasama Organına Karşı Suç	392
3. Hükûmete Karşı Suç.....	395
4. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine Karşı Silahlı İsyân Suçu	396
5. Silahlı Örgüt ve Bu Örgüte Silah Sağlama Suçları	400
6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar ile Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçları İşlemek İçin Anlaşma Suçu	402
B. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlarla Olan İlişki	404
SONUÇ	408
KAYNAKÇA	420

KISALTMALAR LİSTESİ

<u>AİHM</u>	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<u>AİHS</u>	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<u>AsCK</u>	:	Askeri Ceza Kanunu
<u>AICK</u>	:	Almanya Ceza Kanunu
<u>aş.</u>	:	Aşağı(da)
<u>AY</u>	:	T.C. Anayasası
<u>AÜEHFD</u>	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<u>AÜHFD</u>	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<u>AÜSBFD</u>	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<u>AYD</u>	:	Anayasa Yargısı Dergisi
<u>bkz.</u>	:	Bakınız
<u>C.</u>	:	Cilt
<u>C.D.</u>	:	Ceza Dairesi
<u>CGK</u>	:	Ceza Genel Kurulu
<u>CGTİK</u>	:	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<u>CHKD</u>	:	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
<u>CMK</u>	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
<u>D.</u>	:	Daire
<u>Derl.</u>	:	Derleyen
<u>Drl. K.</u>	:	Daireler Kurulu

<u>Edt.</u>	:	Editör(ler)
<u>GÜHFD</u>	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<u>HT</u>	:	Hukuk Türk Bilgi Bankası (www.hukukturk.com)
<u>İBD</u>	:	İstanbul Barosu Dergisi
<u>İBBB</u>	:	İstanbul Barosu Bilgi Bankası (www.istanbulbarosu.org.tr)
<u>İCK</u>	:	İtalyan Ceza Kanunu
<u>İçHizK</u>	:	Türk Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu
<u>İÜHFM</u>	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<u>Karş</u>	:	Karşılaştırınız
<u>PVSK</u>	:	Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu
<u>R.G.</u>	:	Resmi Gazete
<u>S./s.</u>	:	Sayı(lı)
<u>sh.</u>	:	Sahife
<u>SİDAS</u>	:	Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi
<u>T./t.</u>	:	Tarih
<u>TAAD</u>	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<u>TBBD</u>	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<u>TBMM</u>	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
<u>TCK</u>	:	Türk Ceza Kanunu
<u>Terc.</u>	:	Tercüman(lar)

GİRİŞ

Anayasayı İhlâl Suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabının Millete ve Devlete Karşı Suçların yer aldığı Dördüncü Kısım altında Anayasal Düzen ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı Beşinci Bölümü altında ilk suç olarak düzenlenmektedir.

Anayasayı İhlâl Suçu tarih boyunca toplumların hafızalarına kazınmış birçok olayda uygulanan vatana ihanet suçunun süreç içinde evrimleşerek modernleşmiş halidir. İnsanın toplum içinde yaşama ihtiyacı, kimilerine göre bir gereklilik, kimilerine göre ise bir sonuç olarak iktidar odakları yaratmıştır. Devlet bu iktidar odaklarının kurumsallaşmış halidir. İktidar konumunun muhafazası her ne kadar kuvvet kullanımı ile doğrudan ilgiliyse de, iktidarın sürekliliğinin altında meşruiyet kavramının oynadığı temel rol yadsınamaz. İktidarı elinde bulunduranların çeşitli meşruiyet odaklarına dayanma gayretleri bu yüzdendir.

Tarihsel süreç içinde öncelikle aşkın odaklarla açıklanan iktidarın kaynağı, özellikle son birkaç yüzyıldaki gelişmelerle dünyevi niteliğe bürünmeye başlamıştır. İktidarda bulunanlar ile kurumsal iktidar uzun süre bir bütün olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle iktidarı elinde bulunduran hükümdarın şahsı ile devletin korunması uzun zaman aynı anlama gelmiştir. Aydınlanma ile birlikte iktidarın kaynağı da tartışılmaya başlanmış, Fransız İhtilâli ile iktidarın kaynağı topluma dayandırılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte modern anlamıyla demokratik rejimler ancak 20. Yüzyılda yaygınlaşmaya başlamıştır. Günümüzde halen daha demokratikleşme önemli bir gündem

maddesidir. Modern tarih, birçok demokrasinin iç ve dış etkilerle gerçekleştirilen darbelerle, çoğu zaman kanlı şekilde rafa kaldırıldığının örnekleriyle doludur. Bu durum milletlerin kaderlerini tayin haklarının gayrimeşru şekilde gaspı anlamına gelir.

Günümüzde iktidarın meşruiyeti temelini demokratik seçimlerde bulur. Devletin varlık sebebi artık toplumun en küçük parçası olan bireylerden başlayarak herkesin insan haklarından faydalanmalarını sağlamaktır. Bu nedenle günümüzde anayasal sistemler devlet toplum ilişkileri ve bu ilişki sırasında karşılaşılan menfaat çatışmalarını dengeleme işlevini görmektedirler.

Toplumlar kaderlerine demokratik şekilde oluşan siyasi iktidarlara yön verirler. Ancak meşruiyetin tek dayanağı demokratik seçimler değildir. Özellikle II. Dünya Savaşı tecrübesi, iktidarın denetlenmesi ve gücün kullanımının sınırlarının ortaya konması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu tarihten sonra insan hakları kavramı günlük lisanımıza girmiştir. Anayasacılık, her ne kadar II. Dünya Savaşının öncesine ait bir kavramsa da, II. Dünya Savaşına yol açan gelişmeler ve bu gelişmeler ile edinilen tecrübeler, Anayasaların aynı zamanda özgürlüklerin korunmasının da teminatı olması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenlerle Anayasacılık hareketleri ile demokrasinin kurumsallaşması arasında doğru orantı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Günümüzde anayasalar sadece devletin temel kurumlarını değil, aynı zamanda insan haklarını da güvenceye alan metinler mahiyetine bürünmüştür.

Tüm bu nedenlerle anayasal düzenler, devletin kuruluşu aşamasında belirlenmekte ve değiştirilmeleri de ancak meşru vasıtalarla olabilmektedir.

Gayri meşru temellere dayanan anayasal sistemlerin, toplumdaki ayrışma ve bir arada yaşama iradesini zayıflattığına ilişkin birçok örnek günümüzün aktüel konuları arasında yer almaktadır.

Toplumların kendi kaderlerini tayin hakkından, ancak bir bütün olan toplumu oluşturan bireylerin özgür olmaları halinde bahsedilebilir. Toplumun belli kesimlerinin dışlandığı, demokratik süreçlere dahil olmalarının engellendiği düzenlerde, toplumun kaderini tayin hakkını kullandığından da bahsedilemez. Bu itibarla toplumun bütün katmanlarının demokratik süreçlere katılmalarının önündeki engellerin kaldırılmış olması bir insanın damarlarının açık olması kadar önemlidir.

Bütün bu açıklamalarımız, demokratik bir anayasal düzenin ve bu düzende yapılacak değişikliklerin meşruiyetinin korunmasının önemini ortaya koymaktadır.

Anayasal düzenin ceza normlarıyla korunmasının meşru olduğu yukarıda yaptığımız açıklamaların doğal sonucudur.

Bu itibarla çalışmamızın Birinci Bölümü, anayasal düzen kavramının ne anlama geldiği ve neden korunması gerektiği konularına ayrılmaktadır. Bu hususlar ortaya konulduktan sonra, anayasal düzenin hangi yöntemlerle korunduğuna değinilerek, cezai koruma dışındaki ihtimaller ana hatlarıyla değerlendirilecektir. Bu meyanda kurucu iktidar kavramı, anayasal düzenin değiştirilmesinin hukuki ve siyasal temelleri dikkate alınarak korumanın temelleri ortaya konulacaktır.

Çalışma konumuz anayasal düzenin cezai himayesidir. Bu itibarla Birinci Bölüm altında, inceleme konumuz olan Anayasayı İhlâl Suçunun kavramsal değerlendirmesi yapılacaktır. Kavramsal değerlendirme çerçevesinde

öncelikle anayasayı ihlâl kavramı ile anayasaya aykırılığın aynı anlama gelmediği, anayasal düzenin cezai himayesinin, temelde bu düzene yönelen cebri davranışları engellemeyi amaçladığı ortaya konulacaktır.

Bu değerlendirmelerin ardından anayasal düzene karşı suçların tarihi gelişimi ana hatlarıyla değerlendirilecek ve nihayet bu suçların 5237 s. TCK kapsamındaki sistematığı irdelenecektir.

Çalışmamızın İkinci Bölümü Anayasayı İhlâl Suçunun unsurlarına ayrılmıştır. Bu Bölüm altında ceza hukukunun klasik suç değerlendirme sistematığına bağlı kalınarak, 5237 s. TCK m. 309'da düzenlenen Anayasayı İhlâl Suçu teknik yönleriyle değerlendirilmektedir.

Bu Bölüm altında öncelikle bir suç tipinin varlık nedeni olan korunan hukuki değer tartışılmaktadır. Korunan hukuki değer mahiyeti üzerindeki doktrinel tartışmalar ve bu konudaki görüşümüz ortaya konulduktan sonra, Anayasayı İhlâl Suçunun koruduğu hukuki değer çeşitli boyutlarıyla değerlendirilmek suretiyle ortaya konulacaktır.

Bu temel değerlendirmenin ardından, Anayasayı İhlâl Suçunun maddi unsurları ortaya konulacaktır. Maddi unsurlar altında öncelikle suçun konusu tanımlanacak ve bu suçun fail ile mağdur sıfatları açısından bir özelliği olup olmadığı değerlendirilecektir.

Ardından suçun fiil unsuru değerlendirilecek ve suçun unsurları arasında gösterilen cebir ve şiddet kavramının nasıl yorumlanması gerektiği ile suçun özellikleri ortaya konulacaktır. Doktrinde suçun özellikleri konusunda bir takım tartışmaların bulunduğu, bununla birlikte uygulamanın inceleme konumuz olan suçu, kanımızca konuluş amacını aşar şekilde yorumlaması hususları, teorik temeller çerçevesinde tartışılarak ortaya konulacaktır. Aynı

şekilde suçun tehlike suçu – zarar suçu ayrımı içindeki yeri, suç teşkil eden fiillerin doğası tartışılarak bu tartışmalar sonucunda varılan sonuçların uygulamaya etkileri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anayasayı İhlâl Suçunun kanun ile tanımlanmış neticelerinin olup olmadığı, bu neticelerin tanımlanmasının pratik faydaları gibi konular netice başlığı altında değerlendirilecektir.

Bu şekilde maddi unsurlara ilişkin inceleme tamamlandıktan sonra, suçun manevi unsurları incelenecektir. Bu bağlamda Anayasayı İhlâl Suçunun olası kast ile işlenmesinin mümkün olup olmadığı, suçun oluşması için maddedeki gösterilen fiillerin belli bir maksat ile işlenmesinin aranıp aranmayacağı konuları, manevi unsur başlığı altında tartışılacaktır.

Manevi unsurların tartışılmasının ardından, Anayasayı İhlâl Suçu açısından bir diğer özellik arz eden başlık olan hukuka aykırılık unsuru incelenecektir. Anayasayı İhlâl Suçu, mahiyeti itibariyle esasen siyaset biliminin konusu olan ve hukuka olan etkileri tartışmalı bulunabilecek bir takım kavramlarla irtibatlandırılacak bir suçtur. Hukuka aykırılık unsuru altında, direnme hakkı, sivil itaatsizlik, asli kurucu iktidar fonksiyonunun icrası gibi hususların hukuka uygunluk nedeni teşkil edip edemeyecekleri öncelikli olarak tartışılacaktır. Ardından TCK'da yer alan klasik hukuka uygunluk sebepleri, özellikle tarihsel ve siyasi nedenlerle değerlendirmeye dahil edilecektir.

Anayasayı İhlâl Suçunun unsurları başlığı altında ayrıca kusurluluğu artıran ve azaltan nedenler çerçevesinde bir değerlendirme yapılacak ve nihai olarak bu suçun diğer suçlarla içtimaı, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına

müsait olup olmadıkları ve bu suça iştirakin özellik arz eden boyutları değerlendirilerek tartışmaya açılacaktır.

Çalışmamızın son bölümü olan Üçüncü Bölüm altında öncelikle soruşturma ve kovuşturmayı engelleyen özel haller incelenmekte ve bu başlık altında, Anayasayı İhlâl Suçu açısından özellik arz eden durumlar değerlendirilmektedir. Ülkemizde Anayasayı İhlâl Suçunun tarihi dikkate alındığında yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığının bu suç açısından ayrıca ve detaylı olarak incelenmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, özellikle yasama sorumsuzluğu ayrıntılı bir şekilde değerlendirilecek ve Anayasayı İhlâl Suçunun, yasama sorumsuzluğu karşısındaki durumu, tarihi örnekleri de dikkate alarak ortaya konulacaktır. Bu başlık altında büyük önem taşıyan bir diğer kişi ise Cumhurbaşkanıdır. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu ve Anayasayı İhlâl Suçunun bu sorumluluk açısından önemi ortaya konulacak olan meselelerden biridir. Bunların ardından diğer kamu görevlileri ile asker kişiler ve bakanlar kurulu üyelerinin görevleri sırasında bu suçu işlemeleri ihtimali üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

Bu incelemelerin ardından zamanaşımı kurallarının inceleme konumuz olan suça nasıl uygulanacağı incelenecek, bu suça uygulanacak yaptırım ve infaz koşulları da dikkate alınacaktır.

Çalışmamızın en son başlığı, Anayasayı İhlâl Suçunun benzer suç tipleriyle ilişkisine ayrılmıştır. Bu başlık altında Anayasayı İhlâl Suçu ile sistematik ilişki içinde olan suç tipleri değerlendirilmiştir. Bu itibarla konu yönünden farklılığa sahip olan suç tiplerinin yanı sıra Anayasayı İhlâl Suçunun cezalandırılan hazırlık hareketleri niteliğindeki suçlar tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DÜZEN VE BU DÜZENİN CEZA NORMLARIYLA KORUNMASI

I. ANAYASAL DÜZEN

Anayasa kavramı günümüz Türkiye’inde çeşitli nedenlerle, hemen her gün tartışma konusu olmaktadır. 1982 Anayasası’nın ortaya çıkış ve hazırlanma aşamalarının doğurduğu meşruiyet tartışmaları¹, bu Anayasanın hazırlanmasını öngörenlerin Anayasanın felsefesine olan etkileri ve bu etkiler nedeniyle ülkemizde arzu edilen demokratik dönüşümlerin sağlanamadığı görüşleri² ile 1982 Anayasası’nın artık bütünüyle ortadan kaldırılarak yeni bir anayasa hazırlanmasına ilişkin siyasi odakların önemli bir kısmının mutabakatı³, Anayasa konusunu günlük siyasi hayatımızın bir parçası haline getirmiştir.

¹ **Sami Selçuk**, 1999 – 2000 Adli Yıl Açış Konuşması, http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/99-20.html (Erişim: 3 Mayıs 2010); **Süheyl Batum**, 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, sh. 24 – 25.

² **Batum**, sh. 24; 1982 Anayasasının hazırlanma sürecine ilişkin ayrıca bkz: **Serap Yazıcı**, Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, sh. 22 vd.;

³ 12 Haziran 2011 seçimlerinden sonra oluşan TBMM’de, yeni bir anayasanın hazırlanmasına ilişkin çalışmalar başlamış, TBMM bünyesinde bir Anayasa Uzlaşma Komisyonu kurulmuş ve bu komisyona anayasa yapım sürecini yönetmek ve anayasa taslak metni hazırlamak görevleri verilmiştir. Bu çalışmalarla ilgili olarak bilgi veren resmi web sitesi için bkz: <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/default.aspx> (Erişim: 29 Şubat 2012). Yeni bir anayasa hazırlanmasının gerekliliği ve bu yöndeki görüş ve vaatler, 12 Haziran 2011 ve 7 Haziran 2015 seçimlerinde %10’luk seçim barajını geçen partilerin seçim beyannamelerine de yansımıştır: Adalet ve Kalkınma Partisi 12 Haziran 2011 Seçim Beyannamesi, sh. 15 vd.; 2015 Seçim Beyannamesi sh. 30 vd.; Cumhuriyet Halk Partisi 2011 Seçim Beyannamesi, sh. 6 vd., özellikle 9-10, 2015 Seçim Beyannamesi sh. 24 vd., sh. 151; Milliyetçi Hareket Partisi 2011 Seçim Beyannamesi, sh. 13, 21, 39 vd. (MHP kapsamlı Anayasa değişikliğinin de yeterli olacağını beyan etmektedir); 2015 Seçim Beyannamesi sh. 48, 61 vd.; Halkların Demokrasi Partisi 2015 Seçim Bildirgesi, sh. 5, 15, 22. Yeni bir anayasanın gerekli olup olmadığı

Ülkemiz, anayasaya ilişkin tartışmaların, günlük siyasette de sıklıkla gündeme geldiği tek örnek değildir. Bir çok ülke, anayasalarının gerek bütünü gerekse bir kısmına ilişkin tartışmaların içine girmekte, bu tartışmalar kimi zaman toplumlarda derin kırılmalara yol açabilmektedir⁴.

Bahsettiğimiz tartışmalarda ortaya atılan görüşler, varılan sonuçlar ne olursa olsun, bütün bunlar, bir ülkenin kurucu belgesi niteliğinde olan anayasaların, yalnızca birer kuru hukuk metni olmadığını göstermektedir. Bir ülkeyi oluşturan bireylerden başlayarak, kişi topluluklarına hatta en büyük organizasyon olan devlet mekanizmasına varıncaya kadar her şey, anayasada yazılı olan kurallar ve anayasaya hakim olan felsefeden etkilenmektedir. Anayasa metnlerinin teknik hukuki anlamları kadar, bunlar hazırlanırken hakim olan felsefe ve prensipler de ülkelerin kaderlerinde belirleyici etkiye sahip olabilmektedir. 12 Eylül Darbesinin ardından kabul edilen Anayasa'nın günümüzde bu denli tartışma yaratmasının en önemli nedeni de budur⁵. Söz konusu tartışmalar, mevcut Anayasa'nın teknik olarak yeterli olup olmadığının ötesinde bir soruna işaret etmektedir.

İnsanlığın kısa tarihi içerisinde kaydettiği gelişmeler sırasında, toplumun git gide daha fazla üyesi, siyasi iktidarın oluşumunda söz sahibi olmak için mücadele vermiştir. Daha önceleri belli bir yönetici zümrenin tebaası olarak yaşayanlar, zaman içinde geçirilen çeşitli aşamaların sonucunda,

hususunda tartışmalar için ayrıca bkz.: **Kemal Gözler**, Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001, sh. 1 vd.

⁴ **Cass R. Sunstein**, Designing Democracies – What Constitutions Do, Oxford University Press, 2001, sh. 6.

⁵ 1982 Anayasasının hazırlanması ve kabulü sürecine ilişkin değerlendirme için bkz: **Serap Yazıcı**, Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, sh. 172 – 175.

bilinçlenmiş, güçlenmiş ve iktidarda söz sahibi olmak istemişlerdir. Bu doğrultuda çetin mücadeleler verilmiş, büyük fedakârlıklar yapılmış, yeri geldiğinde kan dökülmüştür. Tarih boyunca tanık olunan önemli anayasal gelişmelerin bir çoğunun çalkantılı dönemlerin ardına denk gelmesi tesadüf değildir.

Bu gelişmeler sonucunda, Anayasalar özellikle bahsi geçen türden mücadeleleri tecrübe etmiş olan halklar açısından, ülkelerinin taşıyıcı kolonlarından biri olarak kabul edilmiştir.

Anayasayı İhlâl Suçunun konusu olan anayasal düzenin anlamı kavranmadan, suça ilişkin incelemenin yapılması da güç olacaktır. Bu doğrultuda, anayasa ve anayasal düzen kavramlarının gelişimi ve günümüzde taşıdıkları anlamın öncelikle ortaya konulması gerekmektedir.

A. Anayasacılığın Tarihi Gelişimi ve Anayasa Kavramı

1. Tarihi Gelişim İçinde Siyasi İktidarlar ve Meşruiyet Kaynakları

Antik Yunan site devletleri gibi sınırlı ayırık örnekler bir yana bırakılırsa, günümüzde kullanıldığı anlamıyla anayasacılık hareketlerinin ortaya çıkışı ve meyvelerini vermesinin ABD'nin kuruluşu ve Fransız İhtilâli'nin gerçekleştiği dönemlere denk geldiği söylenebilir⁶. Bu hareketlerin anlamının kavranabilmesi için, öncelikle tarihsel süreç içinde siyasi iktidarların ne

⁶ **İbrahim Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 6. Basım, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010, sh. 2; **Hilaire Barnett**, Constitutional and Administrative Law, 4. Basım, Cavendish Publishing Limited, London, 2002, sh. 8.

şekilde belirlediği, güçlerini hangi kaynaklardan aldıkları ve bu meşruiyet kaynakları ile siyasi iktidarların evrilmeleri incelenmelidir⁷.

Toplum olarak yaşamak, bireylerin yaşamlarını toplum dinamiklerine göre şekillendirmeleri sonucunu doğurmuştur. Toplum halinde yaşam, bireylerin kişisel ve sosyal oluşumları ile gelişimlerini şekillendirmektedir⁸. Böylece toplum bireylerden meydana gelirken, toplumsal yaşamın getirdiği etkileşim de bireylerin tekemmül edişlerine katkıda bulunmaktadır.

Topluluk olarak yaşama fenomeni ve bu yapının meydana getirdiği dinamikler, neticede gücün toplandığı iktidar odakları yaratmıştır⁹. Toplumsal yaşamın dinamikleri çeşitli sebeplerle belli kişileri yönetimde söz sahibi haline getirmiştir. İktidarı ele geçirenler bu konumlarını kalıcı kılmak istemiştir¹⁰. İçinde bulundukları toplumu yönetebilme gücünü ele alarak iktidar haline gelen odakların, iktidar alternatifleri ile karşılaşmaları da olağandır. Normal olan da budur, zira konu iktidar olduğunda boşluk mutlaka doldurulmaktadır.

İktidarı muhafaza etmenin ve alternatiflerin güçlenmesini önlemenin önemli bir yolu, iktidarın meşru bir dayanağa sahip olduğunu, yönetilenlere kabul ettirmektir. Toplumun kabul edeceği bir meşruiyet kaynağına dayanmayan ve yalnızca kaba kuvvetle ayakta duran iktidarların güçlerinin azaldığı veya

⁷ İktidar kavramı hakkında tartışma ve açıklama için bkz: **Cengiz Gül**, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, sh. 7 vd; **Münci Kapani**, Politika Bilimine Giriş, 9. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997, sh. 46 vd.

⁸ **Erich Fromm**, Fear of Freedom, Routhledge, 1963, sh. 9.

⁹ **Erdoğan Teziç**, Anayasa Hukuku, 13. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, sh. 91; **Cemal Bâli Akal**, Sivil Toplumun Tanrısı, 2. Basım, Engin Yayıncılık, 1995, sh. 65.

¹⁰ **Gül**, sh. 18; **Çetin Özek**, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İstanbul, 1970, sh. 7 vd.

daha güçlü bir alternatifin ortaya çıktığı ilk boşlukta devrileceklerini tahmin etmek güç değildir¹¹.

Bu sebeple iktidarda bulunanlar konumlarını meşrulaştırmak istemiş ve bunu sağlayacak dayanaklar aramıştır¹². İktidarın kurumsallaşması ile bir meşruiyet dayanağına sahip olmaya başlaması, iktidar olmak isteyecek diğer odakların önünde önemli bir engel haline gelmiştir.

Bu noktada, yalnızca akla dayanan meşruiyetten bahsetmediğimizi ifade etmek isteriz¹³. Önemli olan yönetilenler açısından geçerli olan meşruiyettir¹⁴. Bu şekilde yöneten ve yönetilen arasında bir nevi uzlaşma sağlanmakta, yönetilenin rızası temin edilmektedir¹⁵. Yönetilenler açısından geçerli olduğu sürece, meşruiyetin iktidara sağladığı destek varlığını korur. İktidarın meşruiyetini yitirmeye başlaması ile birlikte, gücünü sürdürmesi de zorlaşacaktır. İktidarın bu şekilde değişimi, toplumdaki meşruiyet anlayışının değişmesi ile olabileceği gibi, iktidarda bulunanlar tarafından mevcut meşruiyet anlayışının sınırlarının aşılması ile de olabilir.

Meşruiyetin tanrısal şekilde izahının, artık toplumun geniş kesimleri tarafından kabul görmemesi ilk ihtimale örnek teşkil ederken, mevcut meşruiyet anlayışının öngördüğünün üstünde güç kullanımı gibi haller ikinci ihtimale örnektir. Ancak bu durumda, meşruiyet kaynağı aynı kalmakta, buna dayanarak iktidarı kullanan kişi veya zümre ise devrilmektedir.

¹¹ **Kapani**, sh. 67, 84 – 85; **Cemil Oktay**, Siyaset Bilimi İncelemeleri, 5. Basım, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2010, sh. 8; **Gül**, sh. 19.

¹² **Kapani**, sh. 67, 84 – 85; **Teziç**, sh. 93; **Oktay**, sh. 8 – 9.

¹³ Kavram için bkz: **Oktay**, sh. 42 vd.

¹⁴ **Kapani**, sh. 81; **Teziç**, sh. 93.

¹⁵ **Oktay**, sh. 8; **Gül**, sh. 19, 23 vd.

Meşruiyetin kaynağı tarih içinde çeşitli şekillerde belirmiştir. İktidara sahip olanların, kimi zaman tanrısal güçler tarafından kutsanmış kişiler olduğu kabul edilmiş, kimi zaman belirli bir ailenin mensupları yönetici olarak kabul edilmiş ve iktidar bu ailenin mensuplarına bahşedilmiş bir hak olarak görülmüştür¹⁶. Temelinde kutsallık taşıyan bu meşruiyet anlayışı, yönetilen açısından geleneksel hale gelir. Yönetilme süregelmış ve süregiden bir olgudur. Yönetilenler açısından düzenin devamı adeta kutsaldır¹⁷. Bu bağlamda, din, gelenek ve meşruiyet birbirlerine bağlı kavramlardır¹⁸. Bir başka ifadeyle, iktidarın kullanımını din kuralları belirler, iktidar da meşruiyetini bu kurallardan alır¹⁹. Bu meşruiyet anlayışı, aydınlanma dönemine kadar kurulmuş olan devletlerin büyük çoğunluğu açısından söz konusu olmuş ortak bir anlayıştır²⁰. Bu anlayışın doğal bir sonucu, iktidarın gücünün sınırlanamayacağıdır²¹. Anılan türden meşruiyete dayanan iktidarların hüküm sürdüğü devletlerde, gücün kaynağı tartışılmaz olduğuna göre, o gücü kullanan da esasen tartışılmazdır. İktidarda bulunanların çeşitli şekillerde düşürülebiliyor olmaları, bu sonucu değiştirmez, zira bu gibi devletlerde iktidarın kullanımı kurumsal olarak sınırlandırılmamaktadır.

¹⁶ Teziç, sh. 93 – 94.

¹⁷ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz: Oktay, sh. 12 vd. Ayrıca bkz: Kapani, sh. 69; Çetin Özek, “İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar”, İÜHFİM, C. LX, S. 1-2, 2002, sh. 137 vd.

¹⁸ Oktay, sh. 13.

¹⁹ Thomas Fleiner/ Lidija R. Basta Fleiner, Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World, (Terc: Katy Le Roy), Springer, 2009, sh. 132; Özek, İnsan Hakları, sh. 137.

²⁰ Oktay, sh. 17.

²¹ András Sajó, Limiting Government – An Introduction to Constitutionalism, Central European Press, 1999, sh. 49.

Günümüzde geçerli olan meşruiyet anlayışı demokratik temellere dayanmaktadır. Daha önce tarihsel bir takım görünümüleri mevcut olsa da, halk egemenliğini öngören anlayış, Fransız İhtilâli ile güç kazanmıştır²². Demokratik meşruiyet anlayışı Rousseau'cu milli hakimiyet anlayışından farklıdır²³. Zira milli egemenliğe dayanan meşruiyet anlayışı ile, geleneksel meşruiyet anlayışındaki aşkın dayanaklar yerini milli hakimiyete bırakmaktadır. Ancak bu anlayış, milli hakimiyetin neye dayandığı, nasıl kullanılacağı sorununa doyurucu bir cevap veremediği gibi²⁴, çoğunluğun koşulsuz hakimiyeti sonucunu doğurması itibariyle azınlıkta bulunanların ezilmesi sonucunu doğurmaya da müsaittir²⁵. Bu anlayış netice olarak aşkın odaklardan uzaklaştığı izlenimini doğurmakla birlikte, uzun vadede “milli egemenlik”, “milli irade” gibi kavramları adeta tanrısallaştırarak öncekilerle benzer bir yola girme eğilimini ortaya çıkarmaya da müsaittir²⁶.

Bu açıklamalarımız ışığında günümüzde iktidarlar meşruiyet kaynaklarını millet egemenliğine dayandırdıklarını iddia etseler de bunun gerçek anlamıyla söylendiğini kabul etmek güçtür²⁷. Millet egemenliğinin tespitine yarayan halkoyu, günümüz demokrasilerinin olmazsa olmaz koşullarındandır. Milletlerin yasa yapacak temsilcilerini belirleyerek kendilerini yönetecek siyasi iktidarı seçmeleri siyasi sistemin demokratik

²² Bütün sosyal gelişmeler gibi, bu düşüncenin hâkim duruma gelmesi de bir aşamanın sonucu olarak gerçekleşmiştir. Gerçekte sosyal gelişmeler daima kendilerine ön gelen aşamaların, birikimlerin bir sonucu olarak ortaya çıkar. Halk egemenliği kavramının, Fransız İhtilali ile bir anda ortaya çıktığı düşünülmemelidir. Esasen bu hareket bir sonuçtur. Bu hususta bkz.: **Teziç**, sh. 97; **Kapani**, sh. 70.

²³ **Kapani**, sh. 75; **Teziç**, sh. 98.

²⁴ **Sajó**, Constitutionalism, sh. 51.

²⁵ **Kapani**, sh. 78 – 79; **Özek**, İnsan Hakları, sh. 139; **Teziç**, sh. 102.

²⁶ **Özek**, İnsan Hakları, sh. 139 vd. Ayrıca bkz: **Sajó**, Constitutionalism, sh. 52.

²⁷ **Kapani**, sh. 80; **Teziç**, sh. 101 – 102.

olarak kabul edilebilmesi için bir önkoşuldur. Bu şekilde oluşan yasama ve yürütme organlarının da iktidarlarını meşru bir temele dayandırmış olduğu düşünülür.

Ancak demokratik bir düzende, iktidarın kullanımının yalnızca milletin tercihini gösteren halkoyuna dayanması da yeterli değildir. Aksinin kabulü çoğunluğun hegemonyasına açık bir düzenin kabulü anlamına gelecektir. Böyle bir durumda, çoğunluğun azınlığın aleyhine yapacağı tercihler, azınlık üzerindeki iktidarın meşruiyetini sorgulanır kılacaktır²⁸. Aynı husus bu ihtimalin tersi için de geçerlidir. Esas olan akla dayalı meşruiyet temelli demokratik sistemlerin, insan haklarını korumaya yönelmesi ve bunların güvence altına alınmasını temin eden garantilere sahip olmasıdır²⁹. Yani, demokratik meşruiyetten bahsedilebilmesi için insan haklarına dayalı ve insan haklarının güvenceye alındığı, hukukun geçerli olduğu bir düzenin mevcudiyeti gerekir³⁰. İşte böyle bir düzen, anayasa ile somutlaşmakta, bu şekilde garanti altına alınabilmektedir.

2. Anayasa Kavramı

Anayasa kavramı, bir ülkede geçerli olan tüm hukuk normlarının üstünde yer alan temel yasayı ifade etmektedir³¹. Ancak anayasayı, yalnızca normlar

²⁸ Çoğunluk – azınlık ilişkisini, bu gruplara dahil kişilerin daima aynı olduğu bir denklem olarak görmemek gerekir. Şöyle ki, esasen her meselede azınlık teşkil eden birileri vardır. Dolayısıyla bir konuda “çoğunluğa” dahil olan başka bir konuda “azınlık” içinde yer alabilir. Bunun anlamı her iki grubun daima aynı kişilerden oluşmamasıdır. Halbuki, millet iradesi yaklaşımı, bu iki grup adeta her ihtimalde aynı kişilerden oluşmuş gibi bir varsayıma dayanmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde belli aralıklarla yapılan seçimlerde, “çoğunluğun” istediği iktidara gelmektedir. Ancak bu “çoğunluğun” tercihi olarak oluşan iktidar, her bir tekil meselede aynı “çoğunluğu” temsil ediyor olmayabilir, hatta alınan karar “çoğunluk” tarafından benimsenmiyor dahi olabilir.

²⁹ **Fleiner/Fleiner**, sh. 132.

³⁰ **Teziç**, sh. 103.

³¹ **Batum**, sh. 1.

hiyerarşisinin en üstünde yer almakta oluşu ile değerlendirmek ve en üstün kanundan ibaret kabul etmek, bu kavramın asıl öneminin gözden kaçırılmasına sebep olabilir³². Zira anayasa, esasen bir devleti kuran, ona meşruiyet kazandıran temeli somutlaştırmaktadır. Ancak, anayasanın, yalnızca yapısal (şekli) niteliğini ön plana çıkarmak bu kavramın anlamsız hale gelmesine sebep olacaktır³³. Bu bağlamda, anayasa, devletin temel kuruluşunu somutlaştırdığı kadar, bireylerin temel haklarını da güvence altına almaktadır.

Modern anlamıyla yazılı anayasaya sahip olmayan bir devletin demokratik olmadığını iddia etmek doğru değildir. Nitekim Birleşik Krallık, bizim anladığımız şekliyle yazılı bir anayasaya göre işlememesine rağmen³⁴ anılan ülkenin bir demokrasi olmadığı yönünde bir düşünce de mevcut değildir. Öte yandan, bu ayrık örnek bir kenara bırakılırsa, günümüz demokrasilerinin büyük bir çoğunluğunun yazılı bir anayasaya sahip oluşu,

³² Türkçe’de kavram için tercih edilen terim olan “anayasa”nın, kavramın içeriğini yeterince açıklayabildiğinden şüpheliyiz. Zira bu terim, batı dillerinde, kuruluşa işaret eden terimden (*constitution, constitutio*) farklı bir çağrışım yapmaktadır. Ayrıca, anayasa terimi, bütün yasaların anayasadan türemiş olduğu gibi bir sonuca vardırmaya da müsaittir. Ne var ki, bu da doğru değildir, bu hususta bkz: **Erdoğan**, sh. 3.

³³ *Sartori*, “... ya bu kavram [anayasa] özel *garantiste* anlamıyla kullanılır, ya da organizasyon, yapı, biçim, model, siyasi sistem ve benzeri kavramların anlamsız (ve yanıltıcı) bir sureti olur” diyerek bu hususa dikkat çekmektedir: **Giovanni Sartori**, “*Constitutionalism: A Preliminary Discussion*”, *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4, Dec., 1962, sh. 863.

³⁴ **Teziç**, sh. 153. Esasında, İngiliz sisteminde yazılı anayasanın olmadığı söylenirken, kastedilen bizim anladığımız şekliyle bir anayasanın yokluğudur. İngiliz sistemi de anayasal bir sistemdir. İngiliz sisteminde de anayasal metinler mevcuttur. Ancak burada söz konusu olan, normlar hiyerarşisinin tepesinde olan bir derli toplu anayasa metninin eksikliğidir. Bu duruma bir de teamüllerin bu ülkenin sistemi içindeki özel önemi eklendiğinde, söz konusu ülkenin yazılı bir anayasaya sahip olmadığı algısı oluşmaktadır. Söz konusu duruma sebep olarak İngiltere’de yeni bir anayasa metninin yazımına sebep olacak türden bir kırılmanın yaşanmamış olması gösterilmektedir. Bu hususta bkz: **Shannon Stimson**, “*Constitutionalism and the Rule of Law*”, *The Oxford Handbook of Political Theory* (Eds.: John S. Dryzek/ Bonnie Honig/ Anne Philips), Oxford University Press, 2006, sh. 322 – 323; **Barnett**, sh. 8 vd.

bu yapıların demokrasinin işlemesi ve sürdürülebilirliği açısından elverişli bir ortam yaratmasından dolayıdır. Bir başka ifadeyle, yazılı anayasa demokrasi getirmese de, demokratik bir düzenin sürdürülebilir şekilde kurulması yazılı bir anayasanın varlığına ihtiyaç duyacaktır. Zira demokrasinin temel taşlarından olan çoğunluğun iktidarı belirleme hakkı, çoğunluğun görüşünün tek doğru olarak algılanmasına müsaittir. Böyle bir anlayışla ise, toplumdaki farklı yaklaşımları boğabilecek sonuçlara varılabilir.

Bu bağlamda, modern toplumlarda iktidarın temelini oluşturan akla dayalı hukuki meşruiyet, anayasa metinleri ile somutlaşır diyebiliriz³⁵. Uzun sayılabilecek bir sürecin ardından, çoğunluğun azınlığı ezmesini engelleyecek, despotik yaklaşımları durduracak yöntemleri kurumsal hale getiren önlemler anayasa metinlerinde yer almıştır³⁶.

Kuruluştaki mevcut olan bir takım temel mutabakatlar, bireysel hak ve özgürlükler, siyasi haklar, daha sonra ortaya çıkabilecek çeşitli çalkantılar esnasında tehlikeye düşebilir. Devlet gücünü kullanan organlar, kısa vadeli amaçlar için bir takım temel hakları sınırlandırmaya yönelebilir veya iktidar popülizme saplanabilir³⁷. Anayasa, bu gibi hallerde devlet gücünün kullanımını belli sınırlar içinde tutmayı amaçlar³⁸.

Bu bağlamda, yazılı bir anayasanın ve bu anayasanın uygulanmasını temin eden güvencelerin mevcudiyeti, demokratik rejimin sürebilmesini de temin

³⁵ Oktay, sh. 54

³⁶ Sajó, Constitutionalism, sh. 52.

³⁷ Jon Elster, "Introduction", Constitutionalism and Democracy (Eds: Jon Elster/ Rune Slagstad), Cambridge University Press, 1993, sh. 2.

³⁸ Sajó, Constitutionalism, sh. 8 vd.

eder³⁹. Aynı şekilde, yazılı anayasalar, siyasi iktidarların demokratik prensiplerin içinde kalmalarını temin etmeye yarar⁴⁰. Anayasa metinleri, kurucu iradenin meşruiyetinin nihai kaynağı olan toplumun, temel konulardaki mutabakatını somutlaştıran nitelik taşır. Anayasalar, bu görünümüleriyle evvelki yönetimlerden kaynaklanan korkuları teselli etmeye, olumsuz tecrübelerle çözüm bulmaya çalışan düzenlemelerdir⁴¹.

Anayasal metinler, yukarıda saydığımız öncelikleri itibariyle, siyasi iktidarın ve insan haklarının kısıtlanması sonucunu doğuran uygulamaların meşruiyet dayanağı olamazlar. Anayasaların asıl fonksiyonu, devlet gücünün kullanımının insan haklarına dayalı olmasını sağlamak ve bu gücün kullanımını denetleyerek sınırlandırmaktır⁴².

Bahsedilen mutabakat ile toplumun bütün fertlerinin tek tek uygun bulduğu bir metni kastetmiyoruz⁴³. Böyle bir durum söz konusu olsa bile, aynı mutabakatın sürekli olarak devam etmesi de gerekecektir ki, böyle bir koşul aramanın hukuk güvenliği açısından yaratacağı sakıncalar bir yana, fiilen gerçekleşmesinin de imkânsızlığı ortadadır⁴⁴. İşaret edilen, bireysel ve kolektif bir takım hakların güvence altına alındığı, bu şekilde de toplumun bütün kesimlerinin kendilerini güvencede görerek üzerinde mutabık kaldığı

³⁹ Benzer yönde: **Elster**, sh. 2 vd.

⁴⁰ **Sajó**, Constitutionalism, sh. 52.

⁴¹ **Sajó**, Constitutionalism, sh. 2; **Batum**, sh. 5.

⁴² **Fleiner/Fleiner**, sh. 132; **Sajó**, Constitutionalism, sh. 9; **Elster**, sh. 2; **Cass R. Sunstein**, "Constitutions and Democracies: an Epilogue", Constitutionalism and Democracy (Eds: Jon Elster/ Rune Slagstad), Cambridge University Press, 1993, sh. 327.

⁴³ Klasik anayasacılık anlayışı ise bu gerekliliği öngörmektedir, bkz: **Sajó**, Constitutionalism, sh. 17.

⁴⁴ Bkz: **Sajó**, Constitutionalism, sh. 17, özellikle dn. 14. Demokrasinin bütün herkesin mutabakatının arandığı rejim olması bir yana, herkesin katılımının dahi aranmadığı bir rejim olduğu unutulmamalıdır: **Sartori**, Theory of Democracy, sh. 22 – 23. Ayrıca bkz: **Tarık Zafer Tunaya**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Basım, İstanbul, 1980, sh. 435.

bir düzenlemedir⁴⁵. Söz konusu metnin hazırlanması aşamasının da demokratik niteliklere sahip olması, toplumun bütün katmanlarının katılımına açık olması oldukça önemlidir⁴⁶. Aksi takdirde, teorik açıdan ileri bir anayasa metni ortaya çıksa bile, toplum gözünde söz konusu anayasanın meşruiyeti tartışmalı olabilir⁴⁷.

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, anayasa kavramının günümüzdeki anlamı, yalnızca bütün siyasi düzeni tanımlayan temel bir hukuki belge olmanın ötesine geçmiştir⁴⁸.

Çağdaşımız ulus devletlerin neredeyse tamamının yazılı bir anayasa metnine sahip olduğunu görüyoruz⁴⁹. Ancak bir devletin yazılı anayasasının

⁴⁵ *Sajó* bu tanımlı tersten kurgulayarak, kimsenin ciddi olarak dezavantajına olmayan bir kurucu anlaşmadan söz etmektedir: **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 17 – 18. Ayrıca bkz.: **Birinci Bölüm II.A.1.a**

⁴⁶ Öte yandan, söz konusu durumun aksinin söz konusu olabileceği örnekler gösterilebilir. Özellikle, savaş, diktatörlük veya ciddi ekonomik ya da siyasi kriz deneyimlerinin ardından, tam anlamıyla demokratik usullerle hazırlanmamış anayasalar da, toplumun kabulünü kazanabilir. Bu duruma örnek olarak 2. Dünya Savaşının ardından İtalya ve Almanya’da hazırlanan anayasalar ile 1958 Fransız Anayasası gösterilmektedir: **Batum**, sh. 25.

⁴⁷ Bu hususta 1961 Anayasası ve 1982 Anayasaları örnek gösterilebilir. İçerikleri bir yana, her iki anayasanın hazırlanması aşamaları belli kısıtlamalar içermekteydi. Bu durum çoğunluğun kabul oyunu alan her iki anayasanın da yeterince benimsenmesini engellemiştir: **Batum**, sh. 24 – 25.

⁴⁸ **Mehmet Turhan**, *Anayasal Devlet*, 4. Baskı, Naturel Yayınevi, Ankara 2005, sh. 8. Yazar, devletin statüsüne ilişkin kısmı anayasanın “hukuksal niteliği”, devletin iktidarını sınırlayan niteliğini ise “siyasi niteliği” olarak tanımlamaktadır. Anayasa kavramının farklı kullanımları için ayrıca bkz: **Joseph Raz**, *“On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”*, *Constitutionalism Philosophical Foundations* (Ed. Larry Alexander), Cambridge University Press, 2001, sh. 153.

⁴⁹ **Eroğul**, 1974 tarihinde yayımlanan tezinde, bütün dünya anayasalarını incelemiştir. Yazar tarafından verilen bilgiye göre, o tarihte 137 anayasa mevcuttur ve bunların 125’i yazılıdır, bkz: **Cem Eroğul**, *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)*, Ankara, 1974, sh. 4. 1974 yılı itibarıyla, Birleşmiş Milletlere üye olan yüz otuz sekiz ülke bulunmaktaydı, bugün ise bu sayı 193’e çıkmıştır: <http://www.un.org/en/members/growth.shtml> (erişim: 6 Mart 2012).

bulunması, o devleti demokratik anayasal bir devlet haline getirmez⁵⁰. Hangi belgelere anayasa denebileceği, bir yazılı anayasaya sahip olmakla birlikte demokrasi olmayan ülkelerin, gerçek anlamda bir anayasaya sahip olup olmadıkları gibi konular çalışmamızın kapsamını aşacaktır⁵¹.

Bizim kabul ettiğimiz anlamıyla anayasal devlet; demokratik, devlet gücünün kullanımını sınırlayan, toplumun bütün unsurlarının temel haklarını güvence altına alan, bununla beraber ülkenin temel işleyişine ilişkin prensipleri ortaya koyan ve ülkenin kuruluşunu bu surette ilan eden bir temel metin olan anayasaya bağlı, ona dayalı olarak işleyen devlettir⁵². Yapmış olduğumuz bu tanım ile hukuk devleti kavramının bağlantısı ortadadır. Ancak, yapmış olduğumuz tanıma göre anayasal devlet, hukuk devleti kavramının da ötesinde ve hukuk devletinin asıl anlamıyla işlev görmesini temin eden, bunu mümkün kılan devlettir. Yoksa, hiçbir demokratik prensibe dayanmayan, ama kendi iç düzenlemelerine göre işlev gören devletler ne hukuk devleti olarak kabul edilebilir, ne de anayasal devlet⁵³.

Öte yandan, otokratik bir düzene sahip olan bir devletin de, anayasası olabilir. Böyle bir devlet de kendi kanunlarına göre işlev görüyor olabilir. Meselâ, ifade özgürlüğünün olmadığı, siyasi eleştirinin yasak olduğu bir ülkede, muhaliflerin, belli prosedürlere uyarak çıkarılmış olan, merî

⁵⁰ Bu hususta bkz: **Augusto Zimmerman**, “*Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil*”, Rule of Law in Comparative Perspective (Eds. Mortimer Sellers(Tadeusz Tomaszewski), Springer, 2010, sh. 102 vd.

⁵¹ Bu hususta bkz: **Mehmet Turhan**, Anayasal Devlet, 4. Baskı, Naturel Yayınevi, Ankara, 2005, sh. 75 vd; **Raz**, sh. 153.

⁵² **Mustafa Erdoğan**, Anayasal Demokrasi, 4. Basım, Siyasi Kitabevi, Ankara, 2001, sh. 21; **Turhan**, sh. 1 vd.

⁵³ **Sajó**, Constitutionalism, sh. 54.

kanunlara göre cezalandırılmaları mümkündür. Söz konusu kanunlar, o ülkenin anayasasına da uygun olabilir. Ancak böyle bir ülkenin anayasal hukuk devleti olduğu kabul edilemez⁵⁴.

Dolayısıyla anayasaların, devletin kuruluşuna ve temel çalışma yöntemlerine ilişkin hükümlerin yanı sıra, temel hak ve özgürlükleri tanıyan ve bunları güvence altına alan belgeler olduğunu kabul etmek gerekir. İfade etmek istediğimiz hususu, terminolojik bir tartışmaya girmeden şu şekilde açıklamak isteriz: Anayasa bir metin değil de kavram olarak ele alındığında, öncelikle devlet gücünün tanımlandığı, sınırlandırıldığı ve dağıtıldığı, gücün kullanımının usulünün belirlendiği, demokratik bir toplumun öngöreceği asgari bireysel hakların güvence altına alındığı bir temel norm olduğu görülecektir⁵⁵. Buna, çoğunluğun siyasi hayatın işleyişine ilişkin istediği gibi değişiklik yapabilmesini engelleme fonksiyonunu da ekleyebiliriz⁵⁶. Bir devletin üst hukuk normu veya işleyişine ilişkin bir takım düzenlemeler içeren bir belgenin anayasa olarak tanımlanması yanlış değildir. Ancak anayasa kavramının işaret ettiği fonksiyon böyle bir belge ile tam anlamıyla yerine getirilmemektedir⁵⁷. Böyle bir devletin anayasası vardır ama o devlet anayasal devlet değildir.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, anayasal devlet kavramının, demokratik ve insan haklarına dayalı hukuk devleti kavramıyla aynı anlama geldiğini belirtmek isteriz. Buna göre, anayasal devlette hükümetler halkoyuna dayalı olarak oluşan parlamento çoğunluğuna göre belirlenmekte, ancak bu

⁵⁴ **Batum**, sh. 3.

⁵⁵ Bu hususta bkz: **Giovanni Sartori**, *Theory of Democracy*, sh. 323 – 324; **Sartori**, *Constitutionalism*, sh. 855 vd.; **Stimson**, sh. 320, 322; **Batum**, sh. 2 vd; **Turhan**, sh. 68 vd.

⁵⁶ **Elster**, sh. 3.

⁵⁷ **Turhan**, sh. 75 vd.

çoğunluğun belirlediği iktidar da insan hakları ve hukuk devletine ilişkin temel prensiplerle bağlı olarak görev yapmaktadır. Çoğunluğun yönetiminin, çoğunlukçu bir yönetime dönüşmemesi, bir meseleye ilişkin öngörülen çözümün çoğunluk tarafından benimseniyor oluşunun, azınlığın fikirlerini açıklaması ve ilgili süreçlere katılmasına engel olamayacağı ve bunların haklarının kısıtlanması sonucunu doğuramayacağı unutulmamalıdır⁵⁸.

Söz konusu sorun, seçimlerde halkın oyunu kazanmış ve parlamento çoğunluğunu elde etmiş iktidarlar açısından evleviyetle önemlidir. Çoğunluğun oyuyla iktidara gelenler, doğal olarak, programlarını uygulamak isteyecektir. Söz konusu durum, iktidarların hükümet ederken bir takım sınırlandırmalara tâbi olmalarının en önemli sebebidir⁵⁹. Zira iktidarda bulunanlar, programlarını gerçekleştirmek için azınlıkta olanların temel haklarının sınırlandırılması sonucunu doğuran yöntemlere meyledebilirler. Böyle bir durumda, iktidarı kullananların, kısa vadeli sonuç elde edebilmek amacıyla çoğunluğa dahil olmayanların haklarını çiğnemelerini önleyecek teminatlardan biri anayasal sınırlamalardır.

Anayasa kavramı açıklanırken zorunlu olarak kullanılan kısıtlayıcı ifadeler olumsuz algılanmamalıdır⁶⁰. Esasen, anayasa ve demokrasi kavramlarının tanımlarına bakıldığında, her iki kavram arasında bir gerilim olduğu

⁵⁸ Soysal, sh. 181; Sajó, Constitutionalism, sh. 28.

⁵⁹ Elster, sh. 5; Sunstein, Constitutions and Democracies, sh. 352.

⁶⁰ Sajó anayasacılığın ve anayasaya ilişkin fikirlerin her dönemde iktidarın kötüye kullanımına atıf yapmasını, bu husustaki tecrübelerin kolektif hafızada yer etmiş olmasına bağlamaktadır: Sajó, Constitutionalism, sh. 12.

yadsınamaz bir gerçektir⁶¹. Anayasaların doğaları itibariyle demokrasi ile çeliştiği ifade edilmektedir⁶². Kanımızca, bu görüş teorik açıdan hatalı değildir. Ancak şunu da ifade etmek isteriz ki, demokrasiyi yalnızca çoğunluğun iradesi, genel oyun işaret ettiği kişilerin iktidar gücünü kullanması olarak da kabul edemeyiz. Özünde, demokrasi insan haklarıdır. Demokrasinin temel koşullarından olan iktidarın çoğunluk tarafından belirlenmesi, pek çok siyasi özgürlüğün varlığını gerektirir⁶³.

Demokrasi, bir yönüyle, iktidarın el değiştirebilirliği olduğuna göre, iktidarın el değiştirebilmesi için gerekli olan, iktidar adaylarının serbestçe ortaya çıkabilmelerine imkân veren bir ortam da bulunmalıdır. İşte böyle bir ortamın temin edilebilmesini sağlayacak garantiler anayasa metinlerinde yer alır⁶⁴. Bu bağlamda anayasa ve demokrasi kavramları arasında bir çelişme varsa da, bu durum, iki kavramın bir arada yaşayamayacağı anlamına gelmez⁶⁵. Bilâkis, demokrasinin işleyebilmesini temin eden güvenceler anayasada yer almaktadır. Bu bağlamda çelişik gibi görünen her iki kavramın da esasen, birlikte yaşamak zorunda oldukları görülmektedir. Anayasalar ile getirilen sınırlamalar, demokrasinin yaşayabilmesi için zorunludur⁶⁶.

⁶¹ *Habermas*'a göre, bunun altında, günümüz meşruiyet anlayışının, aynı anda hem halkın egemenliği hem de hukukun üstünlüğüne dayanıyor olması yatmaktadır. Bu meseleye ilişkin ayrıntılı tartışma için bkz: **Jürgen Habermas**, "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?", *Political Theory*, C: 29, No: 6, Aralık, 2001.

⁶² Bu görüşü ileri sürenler de anayasayı olumsuz bir kavram olarak görmemektedirler: **Sunstein**, *Constitutions and Democracies*, sh. 327; **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 53.

⁶³ **Habermas**, *Constitutional Democracy*, sh. 767.

⁶⁴ **Sartori**, *Theory of Democracy*, sh 323 vd, 336 not 88; **Sartori**, *Constitutionalism*, sh. 855 vd.; ayrıca bkz: **Turhan**, sh. 67 vd.

⁶⁵ **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 53.

⁶⁶ *Habermas*, birbirine zıt gibi duran iki kavramın bir arada yaşamalarının çelişki olmadığını açıklamaktadır: Buna göre, demokratik sürecin, yasama faaliyetlerinin meşruiyetinin

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, demokrasinin mümkün olabilmesi için yegane vasıtanın anayasal düzen ile öngörülen sınırlamalar olmadığı da görülmektedir⁶⁷. Demokrasi, toplumun sahip çıkması ile mümkün olabilen bir rejimdir. Anayasal sınırlamalar, bir iktidarın azınlığın haklarını kısıtlayan bir yasa önerisine karşı kendisine engel olabilecek unsurların ancak sonunda yer alabilir. Demokratik bir düzende, bu aşamaya gelmeden önce, yasa ile hakları zedelenenler ve hatta toplumun diğer kesimleri; muhalefet ve sivil toplum örgütleri, iktidarın gücünün asıl sınırlarını teşkil eder. İktidar gücünün kötüye kullanımına bu kesimler tarafından gösterilecek tepki, iktidarı yozlaşmadan alıkoyacak esas yöntemdir. Demokrasilerde iktidarın halkoyuyla belirlenmesinin altında yatan bir sebep de budur. Anayasal sınırlar ve güvenceler, toplumsal tepkilerin ısrarla görmezden gelinmesi, bunların bastırılması durumunda son çare olarak devreye girecek önlemleri teşkil eder.

Anayasa esasen bir toplumun, devlet sistemi içinde yaşama iradesini ortaya koyan ve bu sistemin kuruluşunu somutlaştıran metindir. Toplumun barış içinde, bir arada yaşayabilmesinin koşullarından biri, farklı menfaat odaklarının birbirlerini ezip geçmemesi, karşılıklı olarak saygı içinde yaşamalarıdır. Bu bağlamda, anayasalar ile öngörülen bahsettiğimiz mekanizmalar, toplumun bütün katmanlarının lehine olmalıdır. Toplumun

sağlanabilmesi, bir tür hukuki yapının tesisini gerektirmektedir. “Temel yasa” demokratik sürecin kendisi için gerekli ve elverişli bir araçtır. Bu bağlamda, meşruiyetin kaynağı olan demokrasi ile demokratik meşruiyete muhtaç olmayan anayasacılık arasında bir paradoks yoktur. Bu bağlamda şu sonuca varılmaktadır: İlk planda demokrasinin yaşayabilmesini temin eden koşullar, onu sınırlandıran koşullarla karıştırılmamalıdır. **Habermas**, *Constitutional Democracy*, sh. 770.

⁶⁷ Demokrasinin yaşayabilmesi yalnızca anayasal teminat ve sınırlamaların değil, aynı zamanda ilgili toplumun bir takım özelliklere sahip olması ile mümkün olabilir. Bu konuda bkz: **Cem Eroğul**, *Anatüze Giriş*, 12. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, sh. 90.

yalnızca bir kesimi lehine olan kayırcı nitelikteki düzenlemelerin, bunlardan olumsuz etkilenenler açısından kabul edilebilir olması güçtür. Bu türden düzenlemeler ancak güçsüz durumda olanların fırsat eşitliğini sağlamak gibi meşru kabul edilebilecek temellere dayandığında kabul edilebilirler. Anayasa yapım süreci ve bu sürecin sonucunda ortaya çıkan anayasa metninin, toplumun bütün katmanları tarafından meşru görülmesi bu açıdan önemlidir. Gene bu sebeplerle, anayasal düzenin gayri meşru vasıtalarla değiştirilmesi, esasında o toplumun geleceğine karar verme hakkının elinden alınmasıdır.

B. Demokratik Siyasi Sistem ve Anayasa İlişkisi

Günümüzde, gerçekte demokratik olsun veya olmasınlar, hemen hemen her devletin yazılı bir anayasaya sahip olmasının altında, modern demokrasi anlayışı ve iktidarı elinde bulunduranların iktidarlarını temellendirirken demokratik meşruiyet arayışı içinde olmalarının hemen hemen her ulus için söz konusu olması yatmaktadır. Demokrasi kavramı, aşağıda da göreceğimiz gibi, İkinci Dünya Savaşı'nın sonlanmasıyla birlikte öyle bir hal almıştır ki, dini esaslara dayanan veya açıkça otokratik nitelik taşıyan bazı rejimlere hakim olanlar dışındaki bütün ideolojiler demokrasi kavramına sahip çıkmaktadır⁶⁸. Dolayısıyla bir devletin devlet olması için mutlaka klasik anlamda bir anayasaya sahip olması gerekmediği gibi, gerçek anlamda demokratik olmasının da anayasaya sahip olup olmamasıyla ilişkisi yoktur.

⁶⁸ Bu noktada Marksizm açısından bir parantez açmak gerekir. Marksizm açısından demokrasiye bakış konusunda farklı görüşler mevcuttur. Demokrasi ve demokrasinin günümüz dünyasındaki işleyişi hususunda eleştirel yaklaşımlar bir yana Marksizmin, demokrasi anlayışı ile temelden çelişki içinde olmadığı kanısındayız. Marksizm ve demokrasi konusunda tartışmalar için bkz: **Richard Wolff**, *"Marksizm ve Demokrasi"*, (Çev: Cem Kamözüt), Praksis, Sayı: 10, 2003, sh. 123 vd.

1. Demokratik Siyasi Sistem

Günümüzde demokrasi, adeta genel geçer bir kavram niteliğine bürünmüş⁶⁹, siyasi akımların büyük bir kısmı demokrasiyi nihai hedef olarak belirlemiştir⁷⁰. Bu durumun belki de en önemli sebebi, İkinci Dünya Savaşının ardından, faşist ideolojilerin yıkılması ile birlikte, demokrasinin makbul sistem haline gelmesidir. Demokrasi, farklı ideolojilerin kendilerince tanımladıkları bir ideal haline gelmiş, bütün bu akımlar, gerçek demokratik düzene kendi ortaya koydukları doktrinler çerçevesinde ulaşılabilirliğini iddia etmeye başlamışlardır⁷¹. Günümüzde kendini demokrasiyi ortadan kaldıracığı hedefi ile tanımlayan siyasi akımlar oldukça azdır. Söz konusu kavram, toplumlar tarafından o denli içselleştirilmiştir ki, demokrasi, artık günlük hayatta da her an, çeşitli vesilelerle, doğru veya yanlış olarak, kullanılan kelimeler arasında girmiştir.

Paradoksal olarak, demokrasi teriminin bu şekilde demokratikleşmesi, kavramın iinin boşalması sonucunu doğurmakta⁷², kavramın tanımının yapılabilmesi güçleşmektedir⁷³. Bu durum demokrasi kavramı üzerinde

⁶⁹ **Mark E. Warren**, *“Democracy and the State”*, The Oxford Handbook of Political Theory, (Eds. John S. Dryzek/ Bonnie Honig/ Anne Philips), Oxford University Press, 2006, sh. 384.

⁷⁰ Nitekim günümüz Avrupası demokrasi idealinin üzerine inşa edilmiştir. AİHM kararlarında, demokrasinin AİHS ile uyumlu olan tek siyasal model olduğu belirtilmektedir, bkz: **Oktay Uygun**, *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değıştirilemez Hükümleri”*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, sh. 721.

⁷¹ **Sartori**, Theory of Democracy, sh. 3; **John S. Dryzek**, “Democratic Political Theory”, in Handbook of Political Theory (Eds. Gerald F. Gaus/Chandran Kukathas), SAGE Publications, 2004, sh. 144.

⁷² Sartori, bütünüyle demokrasi kavramının tanımlanmasına adadığı eserinin başında, *“demokrasinin en az hatırlanan koşulu, demokrasi hakkındaki hatalı fikirlerin demokrasinin yanlış yola sapmasına sebep olacağıdır”* demektedir: **Sartori**, Theory of Democracy, sh. 3.

⁷³ **Guillermo O’Donnell/Phillippe C. Schmitter**, Transitions From Authoritarian Rule, Johns Hopkins University Press, 1986, sh. 7 – 8.

çalışma yapanları da zor durumda bırakmaktadır⁷⁴. Zira kimi zaman birbirleriyle çelişen ideolojiler dahi demokrasi kavramını kullanmakta, ancak bu kavrama farklı anlamlar vermektedir. Siyaset bilimi alanında da üzerinde bir çok araştırma ve tartışma yapılan demokrasinin tam olarak ne anlama geldiği, daha da önemlisi demokratik sistemin uygulanmasında ortaya çıkan sorunların hangi prensipler çerçevesinde çözüleceği üzerinde yapılan tartışmalar da bitecek gibi değildir.

Demokrasi kavramının sınırlarını belirlemek, bu kavramı tam olarak açıklayacak şekilde tanımlamak ve özellikle bunu herkesin mutabık kalacağı şekilde yapmak pek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca günümüzde pek çok farklı demokrasi anlayışı ortaya çıkmış ve bunlar kavramsallaştırılmıştır⁷⁵. Bütün bunlara rağmen, demokrasinin bir takım temel unsurlarından bahsetmenin mümkün olduğu kanısındayız⁷⁶.

Günümüzde makul bir yaşı geçen bütün vatandaşların kabul edilebilir sınırlamalar dışında oy hakkı olduğunu kabul etmeyen bir düzenin

⁷⁴ **Sartori**, *Theory of Democracy*, sh. 3 vd; **Dryzek**, *Democratic*, sh. 143; **Erdoğan**, sh. 194.

⁷⁵ Farklı demokrasi anlayışları, demokrasiyi temel alan ideolojinin anlayışına göre şekillendiği gibi (liberal demokrasi, sosyalist-marksist demokrasi vs.), demokrasinin işlerliğine, korunmasına, gerçek anlamıyla fonksiyon görmesine göre yapılan tasnifler de (militan demokrasi, uzlaşmacı demokrasi, Westminster modeli demokrasi, müzakereci demokrasi vs.) mevcuttur. Bu tasnifler hakkında bkz: **Hasan Tunç**, *“Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”*, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, 2008.

⁷⁶ Demokrasi kavramının tanımlanmasına ilişkin bir takım standartlar belirlenebilmektedir. Bu standartlar kullanılarak hazırlanan bir puanlama sistemi ile hazırlanan indeksler mevcuttur. Bu şekilde dünya üzerindeki ülkelerin rejimleri ve vatandaşlarının siyasi ve medeni hürriyetlerden yararlanabilme oranları karşılaştırma yapılabilecek şekilde ortaya konulmaktadır. Bu hususta bkz: **Leonardo Morlino**, *“Hybrid Regimes or Regimes in Transition?”*, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, sh. 352 vd.

demokrasi olarak kabul edilemeyeceği açıktır⁷⁷. Temsilciler vasıtasıyla işleyen demokrasilerde⁷⁸, seçimlerin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin bir takım temel prensiplerin var olduğunu görüyoruz^{79, 80}.

Ayrıca bu prensiplere göre belirlenen temsilcilerin gücü de sınırsız değildir. Anayasal demokrasinin bir diğer önemli özelliği, sınırlı çoğunluk sistemine dayanmasıdır⁸¹. Yani anayasal demokraside, çoğunluğun mutlak hakimiyeti söz konusu olamaz⁸². Demokrasilerde, azınlıkta kalanlar da, çoğunlukta bulunanlar kadar milli egemenliği temsil etmektedir⁸³.

⁷⁷ Halbuki antik yunan medeniyetlerindeki demokrasi yalnızca belli niteliklere sahip vatandaşların oy kullanabildiği bir düzeni öngörmekteydi. Ayrıca bkz: **Warren**, sh. 385.

⁷⁸ Demokrasinin temeli olan “doğrudan demokrasi” sisteminin, günümüzün gelişmiş toplumları açısından bir geçerliliği kalmamıştır. Belki mahalli yönetim modelleri açısından düşünülebilecek olan bu tarz demokrasiyi değerlendirmemizin dışında bırakıyoruz. Günümüzde, demokrasi kavramı tartışılırken, vatandaşların seçtiği temsilciler vasıtasıyla işleyen temsili sistemler dikkate alınmaktadır: **Arendt Lijphart**, Çağdaş Demokrasiler (Terc: Ergün Özbudun/ Ersin Onulduran), Yetkin Yayınları, Ankara, t.y.; **Eroğul**, Anatüzeğe Giriş, sh. 92.

⁷⁹ **Soysal**, sh. 179 – 180; **Morlino**, sh. 252; **Eroğul**, Anatüzeğe Giriş, sh. 93. Bu prensipler genel oy, eşit oy, gizli oy, açık sayım ve serbest seçimdir.

⁸⁰ Seçimler sonucunda sayılan yalnızca oy kullanan kişilerin oyudur. Yani oy kullanmayan kişilerin “çoğunluğu” belirlenmesinde bir etkisi olmayacaktır. Burada önemli olan herkesin seçim sürecine özgürce katılımının mümkün olmasıdır. Esasen demokratik düzenlerde, iktidarın çoğunluk tarafından kullanıldığı da bir varsayımdır. Çoğu kez, yalnızca oy kullananların dahi çoğunluğu alınmaksızın iktidar çoğunluğu kazanılabilmektedir. Bu denkleme bir de oy kullanma hakkını kullanmayanların eklenmesi durumunda, iktidar çoğunluğunun toplumun gerçekte kaçta kaçını temsil ettiği sorunu daha da somut hale gelir. Ancak bu meselenin çözümünü bulmak pek mümkün değildir. Bireylerin serbest iradeleri ile seçim sürecine iştirak etmemeleri, kural olarak iktidarın meşruiyetini ortadan kaldırmaz. Bu hususta bkz: **Sajó**, Constitutionalism, sh. 55 – 56.

⁸¹ **Sartori**, Theory of Democracy, sh. 31vd.; **Soysal**, sh. 180 – 181.

⁸² **Erdoğan**, sh. 21 vd.

⁸³ **Sartori**, Theory of Democracy, sh. 32. AİHM, Handyside kararında bu duruma işaret etmiş ve çoğulculuğu, hoşgörü ve açık fikirlilikle birlikte demokratik toplumun olmazsa olmazları arasında saymıştır, bkz: **Uygun**, sh. 721.

Bu esasın bir doğal sonucu da, seçim sistemlerinin ve seçimlerin adil olması gerekliliğidir⁸⁴. Ancak bu şekilde gerçek bir temsili demokrasiden bahsedilebilir. Adil şekilde gerçekleşen seçimler, demokrasinin temel özelliklerinden iktidarın el değiştirebilirliğinin de garantisidir⁸⁵.

Çoğunluğun iktidarı belirlemesi, demokrasinin temel niteliklerinden biridir. Bunun sebebi bir demokraside, çoğunluğun ve onun belirlediği iktidarın her zaman en iyi tercihleri yapması değildir. Demokratik sistemin asıl avantajı yönetenlerin halkoyuna tâbi olması, seçimler ile değiştirilebilmesidir. Bu değiştirilebilirlik, iktidarı elinde tutanları toplumun geniş kesimlerinin desteğini sağlayabilecek şekilde davranmaya zorlar. Bu şekilde, iktidar toplumun belli bir kesiminin imtiyazı olmaktan çıkmakta, toplumun daha geniş kesimleri tarafından uygun bulunan kişiler tarafından kullanılan bir hale dönüşmektedir.

İktidarın çoğunluk tarafından belirlenmesi, alınan kararların bu çoğunluğun onayını kazanması, her zaman en verimli tercihlerin yapıldığı anlamına da gelmez. Çoğunluğun tercihleri en isabetli sonuçları doğurmayabileceği gibi, bu tercihlerin, azınlıkta kalanların çıkarları ve temel haklarını tehlikeye atma ihtimalinin varlığı da unutulmamalıdır. Bu bağlamda, gerçek bir demokrasinin yegâne özelliği iktidarın halk tarafından belirlenmesi ve seçimler ile el değiştirebilir olması da değildir. Demokrasi aynı zamanda, iktidarda olmayan veya iktidara gelemeyenlerin de haklarının güvence altına

⁸⁴ Morlino, sh. 352.

⁸⁵ Sajó, Constitutionalism, sh. 56.

alınmasını gerektirir. Bu gereklilik bizi demokrasinin, hukukun üstünlüğü prensibi çerçevesinde işlemesi şartına getirmektedir⁸⁶.

Demokrasilerin temelinde siyasi iktidarın seçimler ile belirlenmesinin bulunduğu doğrudur da, bu temelin anlam taşıyabilmesi, olmazsa olmaz bir takım teminatların mevcudiyetini zorunlu kılar. Meselâ, seçimlerin yalnızca adil koşullarda gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, serbest bir yarışma ortamının da bulunması gerekecektir. Böyle bir yarış ise muhalefetin baskı altında olmadığı, fikirlerini özgürce ortaya koyabildiği bir ortamda söz konusu olabilir⁸⁷. Muhalefet, iktidara tanınan görev ve yetkilerin nasıl kullanıldığı sorularını ortaya atarak bunların tartışılmasını sağlayabilmelidir. Bu bağlamda, ifade özgürlüğünün demokrasinin temel taşları arasına olduğunu görüyoruz⁸⁸.

Öte yandan, geniş bir ifade özgürlüğü de, sistemin demokratik olmasını tek başına temin etmez. Demokrasinin özü, her ne kadar, iktidarın halk tarafından, yani çoğunluğun oyu ile belirlenmesine dayanıyorsa da, bu durum çoğunlukçu bir yönetimin meşruiyetinin kabulü sonucunu doğurmamalıdır. Çoğulcu sistem, toplumun tüm katmanlarının menfaatine hareket edilmesini, gerektiğinde tek bir kişinin hakkının tüm toplumunkinden üstün tutulmasını gerektirir. Bu prensip, demokrasinin, insan hakları, temel hak ve hürriyetler ile olan vazgeçilmez bağına işaret eder. İşin özünde, demokrasinin toplumda yer alan tüm bireylerin haklarından olabildiğince yararlanmalarının sağlanması için bir araç oluşu

⁸⁶ **Warren**, sh. 386 – 387.

⁸⁷ **Morlino**, sh. 352.

⁸⁸ **Morlino**, sh. 352; **Kemal Şahin**, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, XII Levha, İstanbul, 2009, sh. 270 vd.; Handyside v. Birleşik Krallık, 7.12.1976 paragraf 49.

yatmaktadır. Dolayısıyla günümüzde devletin temel işlevi, böyle bir ortamı güvence altına almaktır.

Değindiğimiz bu durum, demokratik yönetimlerin temel bir sorununu da ortaya çıkarmaktadır. Zira bireylerin haklarından yararlanmalarını sağlamak söylendiği kadar kolay bir iş değildir. Kimi zaman önyargılar, toplumsal ve kişisel inançlar, iktidarların, toplumun menfaatine olacak bir takım adımları atmalarını engeller. Ülkede hakim olan taassup ortamı, aynen ortaçağ döneminde olduğu gibi, bilimsel gelişmeleri yavaşlatabilir. Toplumun, tarih boyunca geliştirmiş olduğu kimi refleksler, o topluma özgü reaksiyonlar doğmasına, iktidarın meselâ sosyal reformlar yapmasına ya da sosyal güvenlik sistemi kurmasına engel olabilir⁸⁹. Kimi zaman ise, belli bir grubun menfaatine olan kararlar veya işlemler, başka bir takım menfaat gruplarının çıkarlarını zedeleyebilir. Bu durum çıkarları zedelenen kişilerin bir takım haklarının kısıtlanması veya kullanmalarının engellenmesi anlamına da gelebilir. Bu gibi haller, iktidarların halkoyuna bağlı oluşu ile birleşince, iktidarda bulunanların kısa vadede kendilerine zarar vermeyecek, popülist çözümleri benimsemelerine yol açabilir.

Anayasal düzen, bu noktada önem kazanmaktadır. Demokratik bir sistemde anayasal yapı, anılan türden sorunların çözümü için kanallar ihtiva

⁸⁹ Bu hususta ABD Başkanı Obama'nın, sağlık reformu çalışmaları örnek gösterilebilir. Pek çok Avrupa ülkesi için sıradan olan sosyal sağlık düzenlemeleri ABD'de muhalefetten büyük tepki görmüştür. Başkan Obama'nın yoksul insanların sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamak için önerdiği düzenleme, ülkeye hakim olan liberal ekonomi anlayışının da etkisiyle, muhalefet ve kendi partisinin içindeki bazı kesimler tarafından da engellenmek istenmiştir.

Bu hususta bkz: <http://www.usasabah.com/Siyaset/2011/09/27/saglik-reformuna-yuksekmahkeme-yolu> (Erişim: 13 Mart 2012); **Mehmet Yegin**, "Obama Ne Kadar 'Sosyalist': ABD'de Sağlık Reformu Tartışmaları", 29 Eylül 2009, <http://www.usakgundem.com/yazar/1249/obama-ne-kadar-sosyalist-abd-de-saglik-reformu-tartismalari.html> (Erişim: 13 Mart 2012).

etmelidir. Temel hakların anayasal düzeyde güvence altına alınması, bazı konularda düzenleme yapma yetkisinin yalnızca yasama organına verilmesi, bağımsız yargı, hukukun üstünlüğü prensipleri bunlardan sadece birkaçıdır⁹⁰.

Sivil toplumun etkinliğinin artırılması, halkın yönetime katılmasını teşvik edilmesi de bahsettiğimiz türden sorunların ortaya çıkmasını engelleyebilir. Katılımcı ve müzakereci bir sistem, en azından toplumsal sorunların tartışılması için meşru ortamlar sağlayarak bir kısmının çözülebilmesini ve somut bir sorunun taraflarının birbirleri ile diyaloga girmesini sağlayabilir. İnsanların, hukukun objesi olmaları dışında, kendilerinin de hukuku yapan olduklarını hissetmeleri, demokratik işleyişe yön verebilmeleri ve buna inanmaları demokrasinin işleyişi açısından vazgeçilmez önemdedir.

Anayasal düzen, belli bazı toplumlar açısından, tarihlerinden kaynaklanan kendilerine has bir takım sorunlara ilişkin, özel düzenlemeler içerebilir. Halkın, bir arada, barış ve mutluluk içinde yaşamasını sağlayabilmek için, daha önceki tecrübelerinden hareketle bir takım mutabakatlar anayasa metnine işlenmiş olabilir⁹¹. Anılan mutabakatlar doğrultusunda veya bunlardan bağımsız olarak kabul edilen anayasal prensipler, siyasi iktidar başta olmak üzere, bütün temel güçlerin ve devlet mekanizmasının sınırlarını teşkil eder. Bu sınırlar çeşitli kontrol mekanizmaları ile korunmaktadır. Demokrasinin evrensel standartlarına dahil olmasalar da, bu

⁹⁰ Warren, sh. 386 – 387.

⁹¹ Anayasal kuruluş aşamasının meşru ve katılımcı şekilde gerçekleşmesi bu sebeple büyük önem taşımaktadır. Zira ancak bu şekilde, toplumun tüm kesimlerinin katkıları ile hazırlanan ve tüm kesimlerinin üzerinde mutabık kaldığı bir anayasa metninin meşruiyetinden söz edilebilir.

gibi mutabakatların, ilgili ülkenin anayasal sistemi açısından önemi gözden kaçırılmamalıdır.

2. Anayasaların Demokratik Siyasi Sistem Açısından Önemi

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, doğru şekilde tasarlanmış bir anayasal düzenin demokratik sistemin işleyişi açısından kritik önemde olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Demokratik siyasi sistemin asgari gereklilikleri ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin kurallar anayasa ile öngörülmekte ve bu bağlamda devlet mekanizmasının işleyişine ilişkin bir çerçeve oluşturulmaktadır. Oluşturulan bu çerçeveye devletin temel kuvvetleri başta olmak üzere, ülkenin tüm unsurları tarafından uyulmasını temin edecek önlemler de anayasa metinleri ile gösterilmekte ve güvence altına alınmaktadır. Bu bağlamda, anayasalar, siyasi düzenin demokratik işleyişi, demokratik yollarla işbaşına gelen iktidarların tiranlaşmasının engellenmesi, toplumu oluşturan bireylerin haklarının korunması açısından en önemli kurumsal güvenceyi teşkil etmektedir⁹². Anayasal metinler, yalnızca baskıcı çoğunlukları değil, demokrasiyi kaldırmayı hedef edinmiş olan azınlık gruplarına karşı da önlemler içerebilir⁹³.

Anayasaların bahsettiğimiz bu fonksiyonu sağlayabilmeleri, yalnızca kaleme alınış biçimleri, edebi özellikleri ile değil oluşturuluş biçimleri ve anayasa

⁹² Warren, totaliterleşen böyle bir düzenin demokratik olamayacağını kabul etmekte ve çoğunluğun diktatörlüğünde zaten vatandaşların muhalefet etmelerinin imkânsız olacağından bahisle sistemin demokratik niteliğinin bulunamayacağını söylemektedir: Warren, sh. 387.

⁹³ Claire-Lise Buis, "France", The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies (Ed. Markus Thiel), Ashgate, 2009, sh. 78.

yapım sürecine hâkim olan felsefeye de bağlıdır. Anti demokratik yollarla yapılmış anayasalar, toplum tarafından daha zor kabul görecektir⁹⁴.

Tüm bu açıklamalarımız çerçevesinde, anayasa ve anayasacılık akımları ile demokratikleşme süreçlerinin arasında önemli bir bağ olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Temel mantığı itibariyle anayasal düzen, demokrasinin yaşayabilmesi için kurulmaktadır⁹⁵. Gene yukarıda bahsettiğimiz gibi, her anayasa demokratik bir devletin kuruluşunu sağlamıyor, hatta bunu öngörmüyor olabilir. Yani bir anayasaya sahip olan her devletin demokratik olduğu elbette ifade edilemez. Bugün dünya üzerindeki devletlerin ezici bir çoğunluğu yazılı bir anayasa metnine sahip olması bu devletlerin demokrasiyle yönetildiği sonucuna varmamızı mümkün kılmaz.

Kanımızca, demokratik olmayan bir devletin yazılı bir anayasa metnine sahip olması yalnızca şekli bir unsur olmaktan öteye geçemeyecektir⁹⁶. Böyle bir ihtimalde, anayasa metni devlet içindeki güçler tarafından uyulan bir metin niteliğinde olsa bile, vatandaşların temel haklarının korunması açısından bir anlam ifade etmeyecektir. Demokratik karaktere sahip olmayan bir devlette de, iktidarda bulunanlar hukuk kurallarına uyabilir ve sistem bu doğrultuda güçlü bir uygulamaya da sahip olabilir. Böyle bir sistemde de iktidarın nasıl kullanılacağı, devletin temel kurumları ve nitelikleri anayasa adı verilen bir kurallar manzumesi ile belirlenmiş olabilir. Söz konusu sisteme hakim olan iktidar odaklarının, iktidarı paylaşımlarına ilişkin bir takım prensipler de böyle bir metinle kurala bağlanabilir. Bu ihtimallerde de

⁹⁴ Ancak bu gibi anayasaların başka koşulların da mevcudiyeti halinde toplumca kabul görerek içselleştirilmesi de mümkündür. Bu husustan yukarıda bahsetmiştik: **Birinci Bölüm I.A.2.**

⁹⁵ **Habermas**, Constitutional Democracy, sh. 770 – 771.

⁹⁶ **Sartori**, Constitutionalism, sh. 863.

söz konusu sistemin gerçek anlamıyla anayasal olduğundan bahsedilemez. Bu, yalnızca sistemin belli bir ölçüde kurallara uyan niteliğe sahip olduğuna kanıt teşkil edebilir. Dolayısıyla, anılan türden bir sistemin demokratik olduğundan söz etmek de mümkün değildir⁹⁷.

Anayasal düzen; iktidarın sınırlandırıldığı, temel hak ve hürriyetlerin, insan haklarının güvence altına alındığı ve iktidarın devlet gücünü anayasada gösterilen sınırlarda kullanabildiği bir düzeni ifade eder. Bu anlayış doğrultusunda, anayasal düzen zaten birey karşısında hukuk kuralları çerçevesinde hareket eden bir devlet mekanizmasını öngörür. İktidarın belirlenmesi ve iktidar gücünün kullanılması anayasa çerçevesinde hukuk kuralları uyarınca olur. Bir başka ifadeyle, bizim anladığımız anlamıyla anayasal düzen, demokrasinin olmazsa olmaz unsurlarını garanti altına alan, bu bağlamda demokrasinin işleyebilmesini ve onun temel unsurlarını muhafaza etmeye yarayan bir düzendir⁹⁸.

II. ANAYASAL DÜZENİN KORUNMASI İHTİYACI

Anayasal düzen ve bu düzenin demokrasi ile olan ilişkisinin ortaya konmasıyla birlikte, anayasal düzenin muhafazasının neden gerekli olduğu da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. İktidarın meşruiyetini demokratik esaslara dayanarak tanımladıktan sonra, devlet gücünün kullanımının toplumu oluşturan bireylerin menfaatine olacak şekilde gerçekleşmesi de anayasal bir düzen içinde söz konusu olabilecektir.

Bu noktada, demokrasinin sürmesi için hayati önemde olan anayasal düzenin nasıl korunacağı sorusuna da cevap bulmak gerekiyor. Eğer

⁹⁷ Warren, sh. 387.

⁹⁸ Sartori, Democratic Theory, sh. 336, n. 88; Turhan, sh. 68 vd. özellikle sh. 71.

anayasal düzen bir toplumun demokratik düzende yaşayabilmesinin şartıysa, bu düzenin yıkılmasını önlemek de böyle bir toplum içinde yaşayan herkesin menfaatine olacaktır⁹⁹. Öte yandan, demokratik anayasal düzenin gene demokratik metotlarla yıkılmasının engellenmesi sorunu, günümüz demokrasilerinin temel açmazlarından¹⁰⁰.

Anayasal düzenin korunması gerekliliği, bunun statik bir düzen olarak algılanmasını ve anayasal belgelerin asla değişmez nitelikte olduğu düşüncesini doğurmamalıdır¹⁰¹. Anayasa metnini hazırlayanların iradesi, kendilerini takip eden kuşakların iradesini bağlamamalı, onların geleceğine ipotek koymamalıdır. Kaleme alındığı sırada, iyi niyetli olarak düşünülen bazı mekanizmalar, devletin işleyişini yavaşlatıyor hatta konulma amaçlarının dışında sonuçlar doğuruyor olabilir. Bu gibi hallerde, anayasa metninde değişiklik yapılması elbette mümkün ve meşru olacaktır.

Bu açıklamalarımız, bizi anayasal değişikliklerin yöntem ve kapsam bakımından hangi şekillerde yapılabileceği meselesine getirmektedir. Anayasal metinlerde değişiklik yapılabileceği kabul edildikten sonra, acaba istenildiğinde bütün anayasal düzenin değiştirilmesinin mümkün olup olmayacağı da gündeme gelecektir. Aynı şekilde, söz konusu değişikliğin hangi metotlarla yapılabileceği de bir diğer önemli sorundur.

Çalışmamızın konusu, bu sorunların her ikisi ile de ilgilidir. Öncelikle, inceleme konumuz olan suçun, anayasal düzenin değiştirilmesine ilişkin

⁹⁹ Benzer yönde: **Gül**, sh. 244.

¹⁰⁰ Bu hususta bkz: **Markus Thiel**, "Introduction", The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies (Ed. Markus Thiel), Ashgate, 2009, sh. 2; **András Sajó**, "From Militant Democracy to the Preventive State?", Cardozo Law Review, Vol. 27, No. 5, 2006, sh. 2262 vd; **Buis**, sh. 75. Demokratikleşme kavramını inceleyen *O'Donnell/Schmitter* demokratikleşmenin geri döndürülmez bir niteliğe sahip olmadığını söylemektedir: *O'Donnell/Schmitter*, sh. 8.

¹⁰¹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 285; **Teziç**, sh. 168.

metotla daha yoğun bir ilişki içinde olduğunu ifade etmek gerekir. Öte yandan, istisnai hallerde, anayasa değişikliğinin içeriği de inceleme konumuz olan suçu ilgilendirebilecektir.

Konumuza dönersek, anayasal düzenin korunmasının yöntemlerinden ilki gene anayasalarla öngörülen mekanizmalardır. Bunlar anayasal düzenin değiştirilmesi yöntemini kurala bağlar ve bu yöntem dışında değişiklik yapılabilmesini yasaklar. Söz konusu mekanizmanın bir istisnası, asli kurucu iktidardır. Aşağıda da göreceğimiz gibi, asli kurucu iktidar, mevcut anayasal düzenin değişikliğe ilişkin kurallarıyla bağlı değildir.

Anayasal düzenin cebir ve şiddet yoluyla değiştirilmesinin istenmesi halinde ise, yukarıda zikrettiğimiz mekanizmaların bir anlamı olmayacaktır. Zira cebir ve şiddet yoluyla anayasal düzeni değiştirmek isteyenler meşru yollarla anayasal düzeni değiştirme gücüne sahip olmayan veya meşru şekilde değiştiremediği düzeni yıkmak isteyenlerdir. Bu ihtimalde ise anayasal düzenin ceza hukuku ile korunması söz konusu olmaktadır.

A. Anayasal Düzenin Değiştirilmesi ve Ceza Normları Dışında Korunması Sorunu

1. Genel Olarak

Yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle Anayasaların korunması ihtiyacı meşru bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasaların değiştirilmelerinin hangi ölçüde zorlaştırılabileceği konusunda verilebilecek standart bir cevap yoktur¹⁰². Bu hususta yapılan temel ayırım, yumuşak – katı anayasa ayırımıdır¹⁰³. Söz konusu ayırıma göre, anayasalar değiştirilme usullerinin, kanun yapma usullerine nazaran zorlaştırılma derecesine göre yumuşak

¹⁰² Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 19 – 20.

¹⁰³ Teziç, sh. 169 vd.; Kaboğlu, sh. 27; Özbudun, sh. 158.

veya katı olarak sınıflandırılabilir¹⁰⁴. Yazılı anayasalar ekseriyetle katı niteliktedir¹⁰⁵.

Biz aşağıda önce anayasal düzende yapılabilecek değişikliklere ilişkin esasları ortaya koyacağız, daha sonra T.C. Anayasasındaki değişiklik usulünü bu kapsamda değerlendireceğiz. Bu şekilde, inceleme konumuz olan suç tipinin hukuka uygunluk sınırlarını da belli bir ölçüde ortaya koymaya çalışacağız.

2. Anayasal Düzende Değişiklik Yapılmasına İlişkin Esaslar

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, anayasal düzen çeşitli vasıtalarla korunmakla birlikte, tanrısal emirmiş gibi kabul edilip de her türlü değişime kapalı kılınmaz. Tabiatıyla, modern anayasal düzenlerde de değişiklikler yapılabilecek, hatta kimi hallerde mevcut anayasal düzenlerin tamamıyla değiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilecektir.

Esasen anayasal düzenlerin kuruldukları şekilde kalmaları da beklenemez¹⁰⁶. Zira belirli bir süre ile sınırlı olarak kurulmayan devletler, geçen zaman içerisinde mutlaka yeni gelişmeler ve tecrübeler ışığında anayasal değişikliğe gitme ihtiyacı da hissedecektir. Bu değişiklik, şekli olarak yasama ve yürütme organlarının inisiyatifi ile gerçekleştirilir. Anayasanın güne uyarlanması, yargı organları eliyle anayasa hükümlerinin yorumlanması suretiyle de söz konusu olabilir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ **Kaboğlu**, sh. 27; **Eroğlu**, Anayasayı Değiştirme, sh. 19 – 20.

¹⁰⁵ **Eroğlu**, Anayasayı Değiştirme, sh. 19; **Erdoğan**, sh. 46; **Tanör**, İki Anayasa 1961 – 1982, 3. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, sh. 163.

¹⁰⁶ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 285; **Kemal Gözler**, Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998, sh. 110 vd.

¹⁰⁷ Anayasa yargısının meşruiyeti ve anayasanın yorumu konuları günümüzde de halen daha devam eden önemli tartışmalara neden olmaktadır. Biz bu konuda ayrıntılı bir

Anayasal düzene ilişkin hukuki çerçevede yapılabilecek değişiklikler bir takım esaslara tâbidir. Ancak bu esasların anlaşılabilmesi, kuruculuk fonksiyonu ile bu fonksiyona ilişkin yapılan asli ve tâli kuruculuk fonksiyonları ayırımının kavranmasına bağlıdır.

Ortaya konulan hukuki çerçevenin ne ölçüde bağlayıcı olduğu veya anayasalarda yapılacak değişikliklerin kapsamı ise ayrı bir tartışma konusudur. Bu meselelere aşağıda cevap bulmaya çalışacağız.

a) Asli kurucu iktidar – tâli kurucu iktidar kavramları

Anayasal düzenin değişikliğe kapalı tutulması, değişiklik ihtiyaçlarına cevap verememesine ve sonuçta ciddi gerginlikler ve kırılmalar yaşamasına yol açacaktır¹⁰⁸. Kurulustaki meşruiyet tartışmalı olsun veya olmasın, sayısız nedene bağlı olarak, anayasa metninde değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıkmış olabilir. Bu gibi hallerde, anayasal düzen, normatif olarak fazla engelleyici olur, değişim isteyen dinamikleri engelleyici hale bürünürse, toplumsal barış tehlikeye girecektir¹⁰⁹.

inceleme yapmayacağız. Ancak, anayasa mahkemeleri veya anayasallık denetimi yapmakla görevli yüksek mahkemelerin, anayasal gelişmeler açısından son derece önemli bir işlev gördüğünü de belirtmek gerekir. Tarihsel gelişim içinde, birçok bireysel özgürlüğün bu gibi mahkemelerin inisiyatifi ve anayasa metnlerini çağa uygun şekilde yorumlamasıyla ortaya çıktığını unutmamak lazımdır. Bu gibi mahkemeler, yasama ve yürütme organlarında olduğu gibi doğrudan halkoyu ile belirlenmeseler de, meşruiyetlerini anayasal demokrasilerin temel niteliklerinden olan kuvvetler ayrılığından alırlar. Öte yandan, söz konusu mahkemelerin, “yargısal aktivizmi” kimi zaman, popüler oya dayanan hükümetler ve yasama organları ile ciddi bir çatışmaya girmelerine de sebep olabilmektedir. Benzer durumlarla pek çok ülkede karşılaşılmaktadır. Bu gibi mahkemelerin yetki sahalarının sınırlarını daima gözetmeleri büyük önem taşımaktadır. Bu hususta örnekler için bkz: **Norman Dorsen / Michel Rosenfeld / András Sajó / Susanne Baer**, Comparative Constitutionalism – Cases and Materials, Thomson West, 2003, sh. 99 vd.

¹⁰⁸ **Gözler**, Kurucu İktidar, sh. 112.

¹⁰⁹ **Erdoğan**, sh. 45 – 46. Ayrıca bkz.: **Ali Rıza Çoban**, Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, sh. 29 vd.

Söz konusu değişikliklerin kim tarafından hangi usule göre yapılacağı genelde anayasa metinlerinde düzenlenir¹¹⁰. Anayasaların, normal kanunlarla aynı usulle değiştirilebilmesini öngören anayasalar yumuşak (esnek, yatkın) anayasa olarak adlandırılmaktadır¹¹¹. Anayasada yapılacak değişikliklerin, kanunların değiştirilmesinden daha nitelikli usullerle yapılmasını öngören anayasalar ise katı anayasa olarak adlandırılır¹¹². Yazılı anayasaların bir çoğunun katı anayasa niteliğinde olduğundan bahsetmiştik.

Mevcut anayasal düzenin öngördüğü kurallara göre yapılan anayasa değişiklikleri, asli kurucu iktidar fonksiyonunun kullanılmasından farklıdır. Kural olarak hiçbir hukuki düzenlemeye tâbi olmayan asli iradenin aksine, bu şekilde yapılan değişiklikler, mevcut anayasal düzen içinde gerçekleşir¹¹³. Bu değişikliği gerçekleştiren kurucu iktidar, tâli (türev) kurucu iktidar olarak adlandırılmaktadır¹¹⁴. Tâli kurucu iktidar tarafından yapılan değişiklikler, anayasal düzenin temelden, bütünüyle değiştirilmesini de öngörmez¹¹⁵. Buna göre, tâli kurucu iktidar, esasen mevcut anayasal düzen içinde, bu düzen ile öngörülen usullerle tâbi kalarak¹¹⁶ ve düzenin esasını değiştirmeksizin anayasa değişikliği yapabilmektedir.

Asli kurucu iktidar ise yeni bir hukuk düzeni, yeni bir devlet kurmaktadır¹¹⁷. Bu bağlamda, asli kurucu iktidar fonksiyonu, önceki herhangi bir hukuk

¹¹⁰ Özbudun, sh. 158; Erdoğan, sh. 45; Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 19.

¹¹¹ Teziç, sh. 169; Özbudun, sh. 158; Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 19 – 20.

¹¹² Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 19 – 20; Teziç, sh. 169; Özbudun, sh. 158.

¹¹³ Erdoğan, sh. 45; Özbudun, sh. 158; Teziç, sh. 168.

¹¹⁴ Özbudun, sh. 158. Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 25 vd.; Teziç, sh. 168 vd.; Kaboğlu, sh. 27.

¹¹⁵ Özbudun, sh. 158.

¹¹⁶ Teziç, sh. 168; Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 25; Özbudun, sh. 158; Tunaya, sh. 123.

¹¹⁷ Tunaya, sh. 123; Teziç, sh. 156; Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 23; Çoban, sh. 13.

kuralı ile bağılı olmaksızın işlev görür ve yeni düzeni kurar¹¹⁸. Bu durum önceden bir hukuk düzeninin mevcut olmadığı haller açısından söz konusu olduğu gibi, yeni baştan bir anayasal düzen oluşturulması ihtimalinde de söz konusu olacaktır¹¹⁹.

Asli kurucu iktidar fonksiyonu açısından söylenen hukukun dışında olma durumu, esasen bu fonksiyonun hukuk kuralları ile açıklanmasının zorluğundan kaynaklanmaktadır¹²⁰. Bu bağlamda asli kurucu iktidar fonksiyonunu kullanan merci (kurucu meclis, konsey, konvansiyon vs.), kendini kısıtlayan bir takım kurallara bağılı kılınmış olabilir¹²¹. Hatta söz konusu merciin işleyişi esnasında eski anayasal düzen tamamen veya kısmen yürürlükte de kalabilir¹²². Buna ek olarak, her ne kadar önceki düzenin kuralları ile bağılı olmasa da, asli kurucu iktidar meşruiyet kaynağına göre bir takım temel prensiplere tâbidir¹²³.

Bu açıklamalarımız ışığında, asli kurucu iktidarın herhangi bir hukuk kuralıyla bağılı olmamasının, onun sınırsız bir yetkiye sahip olduğu anlamına da gelmeyeceği sonucuna varmak mümkündür. Ancak bu sınırlar kendinden önceki veya kendini denetleyebilecek hukuk kurallarından ziyade, siyaset

¹¹⁸ **Teziç**, sh. 156; **Özbudun**, sh. 158; **Eroğul**, Anayasayı Değıştirme, sh. 23; **Tunaya**, sh. 123; **Erdoğan**, sh. 42; **Çoban**, sh. 14 vd.

¹¹⁹ **Teziç**, sh. 157; **Erdoğan**, sh. 42.

¹²⁰ **Özbudun**, sh. 158.

¹²¹ Bu konuda, 1947 tarihi İtalyan Anayasası'nın hazırlanma süreci örnek gösterilebilir. Bu anayasayı hazırlamakla görevlendirilen kurucu meclise ilişkin seçimler yapılırken, halka aynı zamanda, kurulacak olan devletin monarşi mi, yoksa cumhuriyet mi olmasının istendiğı de sorulmuştu. Sonuç cumhuriyet lehine olunca, kurucu meclis de bu açıdan sınırlandırılmış oldu. Bkz.: **Teziç**, sh. 160 – 161.

¹²² Bu durumun örneğı Ülkemizin yakın tarihinde görölmüşdür. Bu ve benzeri örnekler için bkz: **Teziç**, sh 157.

¹²³ **Özbudun**, sh. 158; **Erdoğan**, sh. 42 – 43; **Tunaya**, sh. 123; **Çoban**, sh. 17 – 18; **Yazıcı**, Yeni Anayasa, sh. 45. Meşruiyet kavramının dönemden döneme değışen özelliğinden yukarıda bahsetmişdik, bkz: **Birinci Bölüm I.A.1**

bilimini ve diğer sosyal disiplinleri ilgilendiren hususlardır. Bu sebeple, asli kurucu iktidar fonksiyonunun hukukun değil siyaset biliminin konusu olduğu ifade edilmiştir¹²⁴.

Buna ek olarak her anayasal düzende, kuruluş esnasında değişmez olarak tanımlanmış kurallar mevcut olabilir¹²⁵. Tabiatıyla, asli kurucu iktidarlar bu değişmez olarak kabul edilen kurallarla da bağlı değildirler¹²⁶.

Bütün bu açıklamalarımız çerçevesinde, asli kurucu iktidarları denetleyebilecek bir hukuk normunun bulunmadığı söylenebilir. Ancak ifade ettiğimiz gibi asli kuruculuk fonksiyonu dahi, toplumsal faktörleri, ulaşılan gelişmişlik düzeyini, insan haklarını ve hukukun temel ilkelerini gözetmek durumundadır. Öte yandan, asli kurucu iktidarın asıl sahibi konumunda olan toplum, fonksiyonu kullanacak olan mercii (kurucu meclis vs.) belli konularda sınırlandırmış olabilir. Bu halde, asli kurucu iktidar fonksiyonunu kullanan merciin bu kayıtlamalara uygun bir anayasa hazırlaması gerekir¹²⁷.

Asli kurucu iktidarlar, ayrıca yetkilerinin kaynağı olan odağı dikkate alarak fonksiyon görmek durumundadırlar. Günümüzde bu odak, kaynağını tek kişinin iradesinden alan “monokratik kurucu iktidar”¹²⁸ olamaz. Bugün kabul edilebilecek yegâne meşru asli kurucu iktidar topluma dayanan demokratik kurucu iktidardır¹²⁹. Ancak bu şekilde ortaya çıkan anayasaların

¹²⁴ Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 24.

¹²⁵ Buis, sh. 78. Bu hususta ayrıca bkz. aş. Birinci Bölüm II.A.1.c

¹²⁶ Teziç, sh. 156; Kaboğlu, sh. 27; Tunaya, sh. 123; Özbudun, sh. 158; Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 22 vd; Erdoğan, sh. 42; Richard Kay, “Constituent Authority”, American Journal of Comparative Law, Vol. 59, No. 3, 2011, sh. 719.

¹²⁷ Bkz. yuk. dn. 121.

¹²⁸ Kavram için bkz: Teziç, sh. 158; Batum, sh. 47.

¹²⁹ Çoban, sh. 14.

demokratik meşruiyete sahip olduğu; bir toplum sözleşmesi niteliği taşıdığından bahsedilebilir. Demokratik meşruiyete sahip kurucu iktidar tarafından yapılan anayasaların yapım süreçleri farklı şekillerde gerçekleşebilir. Hatta bu süreçlerin yeterince demokratik olmaması da söz konusu olabilir. Kastımız, asli kurucu iktidarın demokratik bir dayanağa sahip olmasıdır¹³⁰. Bunun nasıl belirleneceğinin cevabını siyaset bilimine bırakmak gerekir. Son olarak, demokratik meşruiyetin toplumun tamamının onayını almış bir anayasa metnine işaret etmediğini de belirtmek isteriz¹³¹.

Kanımızca, Cumhuriyet kurması için seçilen ve anayasa yapma yetkisi verilen bir kurucu meclisin monarşiyi kabul etmesi durumunda ortaya çıkan düzen (bu düzene karşı girişilecek muhtemel ve ani karşı hareketler bir yana) hukukilik niteliğini de kazanamaz.

Keza, bir darbe ile mevcut siyasal sistemi ele geçirip demokrasiyi ve hukuku rafa kaldıran bir yönetimin asli kurucu iktidar olduğu ve hukuki bir düzen yarattığının kabulü zordur. Esasen böyle bir hal inceleme konumuz olan suç tipini daha çok ilgilendirmektedir. Böyle bir kabul, demokrasilerden diktatörlüğe doğru yaşanan dönüşlere meşruiyet kazandırmak sonucunu doğurur. Halbuki, asli kurucu iktidarın dayandığı meşruiyet kaynağı son derece önemlidir. Demokratik temellere dayanan asli kurucu iktidar eliyle

¹³⁰ Demokratik meşruiyetin var olduğunun kabul edildiği çeşitli yöntemler mevcuttur. Ancak bu yöntemlerin bazıları da yeterince demokratik olmadıkları için eleştiriye uğramaktadır. Çalışmamız açısından bu hususta daha derin bir incelemenin gerekli olmadığını düşünüyoruz. Bu bağlamda asgari standartlar yeterli olarak kabul edilmelidir. Ancak bu şekilde yapılmış olan anayasaların da izah etmeye çalıştığımız sebeplerle yeterince benimsenmemesi ve kısa ömürlü olmaları muhtemeldir. Kanımızca, demokratik meşruiyeti en iyi yansıtan metod anayasa oluşturmakla görevli ve toplumun her katmanının katılımını sağlayan bir kurucu meclis ile bu çalışmanın yapılmasıdır, bu hususta bkz: **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 19 vd.; **Batum**, sh. 44 vd.; **Teziç**, sh. 159 vd.; **Yazıcı**, *Yeni Anayasa*, sh. 45 – 46.

¹³¹ Bu hususta bkz: **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 19 – 20.

kurulan veya bu temellere dayalı olarak işleyen bir düzenin, yalnızca kaba güce dayanarak yıkılması ve yeni bir otoriter düzene geçilmesi asli kurucu iktidar fonksiyonu olarak kabul edilemez¹³².

Ancak bu durumun istisnaları olduğunu da söylemek gerekir. Şöyle ki, önceki rejimin otoriter bir rejim olması¹³³, önceden modern anlamıyla bir anayasal düzenin mevcut olmaması¹³⁴, savaş sonrası koşullarının bulunması¹³⁵ gibi hallerde anayasayı hazırlayan; yani asli kurucu iktidar fonksiyonunu kullanan odaklar tam anlamıyla demokratik meşruiyete sahip olmayabilirler¹³⁶.

Toplumsal ve dünyanın gerçekleri ile gelişme seviyesini dikkate almayan asli kurucu iktidarların eliyle kurulacak olan anayasal düzenlerin uzun bir hayata sahip olmaları güç olacaktır¹³⁷. Bundan kastımız, toplumun mevcut gelişmişlik seviyesinin ilerisinde, demokrasi seviyesini artıran anayasal metinler değildir. Bu şekilde hazırlanmış olan ilerici anayasal metinlerin herhangi bir itiraza konu olmadan yaşayabildiklerine en iyi örnek ABD Anayasasıdır¹³⁸. Söylemek istediğimiz, anayasa metinlerinin toplumun

¹³² Benzer yönde: **Erdoğan**, sh. 42 – 43. Bu hususta ayrıca bkz.: **İkinci Bölüm, IV.B.1.d**

¹³³ Portekiz'deki 1974 Karanfil Devrimi ile 2011 yılında başlayan Arap Baharı bu duruma örnek olarak gösterilebilir, ayrıntılı inceleme için bkz: **Oktay O. Varol**, *"The Democratic Coup d'Etat"*, Harvard International Law Journal, Vol. 53, sh. 292 - 356; **Ronald H. Chilcote**, *The Portuguese Revolution State and Class in the Transition to Democracy*, Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

¹³⁴ **Batum**, sh. 40.

¹³⁵ İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman ve İtalyan Anayasaları böyle bir ortamda hazırlanmış, Alman Anayasasının ilk adımları savaşı kazanan Müttefik Devletler tarafından atılmıştır. Ancak sürece daha sonra demokratik meşruiyete sahip odaklar katılmıştır: **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 18. Türkiye Cumhuriyeti'nin 1924 Anayasası da benzer özellikler göstermektedir.

¹³⁶ **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 18 – 19.

¹³⁷ Bkz: **Kay**, sh. 721; **Çoban**, sh. 18.

¹³⁸ **Sajó**, *Constitutionalism*, sh. 21.

kendine has koşulları dikkate alması, o toplumun geçmişinde tecrübe edilmiş evvelki meselelere bir çözüm getirmesi ve özgürlükler alanını bireyleri koruyacak şekilde formüle etmesidir.

Asli kurucu iktidarlar da, ortaya koyacakları anayasal metnin toplum tarafından kabul görmesini sağlayacak şekilde hareket etmeli; anayasa metnini, evrensel insan hakları standartlarını gözeterek ve bireylerin bundan doğan haklarını gözeterek kaleme almalıdır. Hazırlanan belge, toplumun genelinin benimseyeceği bir belge olmalıdır. Aynı zamanda kurulmakta olan yeni düzenin işleyişini mümkün kılacak bir sistem tasarlanmalı ve siyaset bilimi, sosyoloji, ekonomi gibi disiplinlerin verileri bu iktidarlar tarafından da dikkate alınmalıdır. Ayrıca unutulmamalıdır ki, asli kurucu iktidar, kaynağını meşru yollarla elde etmemiş ise, ortaya belki bir anayasa çıkabilir; fakat, bu anayasa metninin toplum tarafından içselleştirilmesi oldukça güç olacaktır. Meşruiyeti tartışmalı anayasa metinleri, demokratik ve çağdaş hükümler içerseler dahi, yalnızca bu özelliklerinden dolayı da toplumsal huzursuzluğa sebebiyet verebilirler¹³⁹.

b) Anayasal düzende yapılacak değişikliklerin sınırları

(1) Genel olarak

Anayasanın, asli kurucu iktidar eliyle hazırlanması esnasında, bu düzende değişiklik yapmayı öngörecektâli kurucu iktidarların çeşitli şekillerde sınırlandırılmaları mümkündür.

İlk sınırlama katı anayasa sistemidir. Daha evvel değindiğimiz gibi, anayasaların değiştirilmesinin adi kanunlara göre daha nitelikli koşullara bağlanması ile tâli kurucu iktidarın anayasada değişiklik yapabilmesi

¹³⁹ Bkz: Çoban, sh. 18.

zorlaştırılmakta ve anayasa değişikliklerinin daha geniş tabana yayılan bir mutabakata dayanması arzu edilmektedir.

Bunun dışında tâli kurucu iktidar yetkisinin kullanımı; süre, içerik, kapsam gibi yönlerden sınırlandırılabilir. Aşağıda bu sınırlama biçimlerine ana hatları ile değineceğiz. Bu şekilde, anayasal düzenin korunmasına ilişkin bu düzen tarafından öngörülmüş bulunan, çalışmamızın konusunu teşkil eden cezai koruma dışındaki bir diğer yöntemi ortaya koymaya çalışacağız.

(2) Anayasanın bütünüünün değiştirilmesi

Tâli kurucu iktidarın, anayasa değişikliklerine ilişkin yetkisi açısından tartışma konusu olan ilk husus, anayasanın bütünüünün değiştirilmesidir. Tâli kurucu iktidarın, mevcut anayasada öngörülen usullerle anayasanın bütünüünü değiştirip değiştiremeyeceği meselesi tartışmalıdır¹⁴⁰.

Öncelikle meselenin belli açılardan sınırlandırılmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz. Anayasal düzenin, değiştirilemez bir takım normlar öngörmesi halini aşağıda inceleyeceğimizden ötürü, anayasanın bütünüünün değiştirilmesi ihtimalini, değiştirilemez hükümlere dokunmadan ya da bunlar aynen muhafaza edilerek yapılan değişiklikler açısından değerlendireceğiz.

Bu noktada, anayasanın bütünüünün değişmesi durumunda, değiştirilemez maddelerin de değiştirilmiş olacağı yönündeki haklı itiraza cevap vermek gerekir. Söz konusu tartışma açısından kastettiğimiz, anayasanın değiştirilemez olarak kabul edilen hükümlerinin (farklı maddelerde olsa da) yeni anayasa metninde de aynen yer alıyor oluşudur. Yani bütünüyle değiştirilen anayasa metni, eski metinde yer alan ve değiştirilemeyeceği

¹⁴⁰ Teziç, sh. 177; Yazıcı, Yeni Anayasa, sh. 46 vd.

öngörölmüş bulunan maddeleri (veya bunların özüne dokunmayan yeni formölasyonları) ihtiva etmektedir (Devletin cumhuriyet olan şekli ve bunun değıştirilemeyeceğı kuralının yeni anayasaya da konması gibi)¹⁴¹.

Bu bağlamda açıklığa kavuşturulması gereken bir diğerk nokta da, anayasanın bütününde yapılan değışikliğın, yalnızca işlevsel amaçlara hizmet etmesi ihtimalidir. Dili günlük hayattan kopmuş bir anayasa metninin, bütünüyle sadeleştirilerek yeniden kabulü bu duruma örnek gösterilebilir.

Tam da buna denk düşen bir olay ölkemizde yaşanmıştır. 1924 Anayasası, 1945 yılında, tamamen sade bir dile çevrilerek yeniden kabul edilmiş¹⁴², 1952 yılında ise, anayasanın bütünü orijinal haliyle tekrar kabul edilmiştir¹⁴³. Bu örnekte, her ne kadar, 1924 Anayasası teknik hukuk açısından iki defa bütünüyle değıştirilmişse de¹⁴⁴, esasında anayasanın özünde bir değışiklik olmamış, yalnızca dili değıştirilmiştir. Kanımızca bu ihtimal, anayasanın bütünün değıştirilmesine örnek teşkil etmemektedir. Teknik hukuk açısından 1945 yılında, 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu yürürlükten kaldırılmış, yerine 4695 sayılı Anayasa kabul edilmiştir. 1952 yılındaki

¹⁴¹ Nitekim aşağıda bahsedeceğimiz 1924 Anayasasının dilinin değıştirilmesi için yapılan değışiklikte, 1924 Anayasası m. 102/son uyarınca değıştirilemeyeceğı öngörölen, m. 1 aynen muhafaza edilmiştir. Ancak maddenin aynen korunmasının altında, bu kurala uymak saikinin bulunup bulunmadığını söylemek zordur.

¹⁴² 4695 s. Kanun, 10.1.1945 T. (R.G. 15.1.1945/5905). Söz konusu değışiklik ile, Anayasa'nın özüne dokunulmaksızın tüm metni sade bir dil ile kaleme alınarak yeniden kabul edilmiş, kabul edilen Anayasa Metninin sonuna, Anayasa'da daha evvel yapılan değışikliklere ilişkin tablo da eklenmek suretiyle, metnin yeni bir metin olmadığı teyit edilmiştir.

¹⁴³ 5997 s. Kanun, 24.12.1952 T. (R.G. 31.12.1952/8297).

¹⁴⁴ Nitekim, 1952 yılında, 1924 Anayasası'nın 4695 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılarak yeni bir Anayasa metni kabul edildiğı kabul edilmiş ve buna göre bir yeni düzenleme yapılmıştır. 5997 sayılı Kanun'un birinci maddesi aynen şu şekildedir: "20 Nisan 1340 tarih ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu 4695 sayılı kanunun kabul tarihine kadar yürürlükte bulunan tadilleriyle birlikte **tekrar meriyete konulmuş** ve bu kanun yerine ikame edilmiş olunan **10/1/1945 tarihli ve 4695 sayılı Anayasa meriyetten kaldırılmıştır.**"

değişiklik ile 4695 sayılı Anayasa yürürlükten kaldırılarak, 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu tekrar yürürlüğe sokulmuştur. Yapılan her iki düzenlemenin de hukuk tekniği açısından eleştirilebilecek yönleri mevcuttur.

Ancak, her ne kadar teknik olarak bütün maddelerin yürürlükten kaldırılmasını öngörülmüş, yani mevcut Anayasa bütünüyle iki defa değiştirilmişse de, esasen Anayasa'nın bütünüünün değiştirilmesi söz konusu olmamıştır. Hatta yapılan, Anayasa'nın dilinin sadeleştirilmesinden ibaret olduğuna göre, iki metin arasında olabilecek anlam farklılıkları da orijinalde yer alan ifadeye göre çözümlenmelidir.

Konu bu şekilde sınırlandırıldıktan sonra, anayasanın, değiştirilemez maddelerini muhafaza ederek, ancak yalnızca dilin sadeleştirilmesi gibi fonksiyonel amaç da taşımayan ve anayasanın bütün maddelerinin değiştirilmesini öngören değişikliklerin akıbetini tartışmak gerekir.

Bu hususta düşünülebilecek ilk ihtimal, anayasa değişiklik usulünde, anayasanın bütünüünün değiştirilmesi öngörülmemişse, tâli kurucu iktidarın sahip olmadığı bir yetkiyi kullanamayacağından hareket ederek böyle bir değişikliğin mümkün olamayacağıdır.

Bir başka yoruma göre ise, anayasada öngörülmüş bulunan değişiklik usulü, anayasanın bütünüyle değiştirilmesini yasaklamadığı müddetçe, böyle bir değişiklik mümkün olabilir.

Bu durumu öngörerek açıkça düzenleyen anayasalar mevcuttur¹⁴⁵. Genel bir değişikliği öngörmüş ve buna izin veren anayasalara 1874 tarihli ve 18 Nisan

¹⁴⁵ **Eroğul**, Anayasayı Değiştirme, sh. 49 – 50; **Gözler**, Kurucu İktidar, sh. 149; **Teziç**, sh. 180.

1999 tarihinde kabul edilerek 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Anayasaları örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁶. Öte yandan, genel bir değişikliği veya anayasanın özüne dokunacak her türlü değişikliği, açıkça yasaklayan anayasalara da rastlanmaktadır¹⁴⁷.

Kanımızca, anayasanın değiştirilemez maddelerini muhafaza eden ve değişen diğer maddelerde bunların özünü ortadan kaldırmayan bir düzenleme yapılması mümkündür¹⁴⁸. Anayasa metninde öngörülen değişiklik usulü, anayasanın tümünün değiştirilemeyeceğine yönelik değil ise, bu hususta yorum yoluyla bir kısıtlamaya gitmek, aynı anda kaç anayasa maddesinin değiştirilebileceği gibi haklı bir soruya sebebiyet verir. Anayasanın bütünüyle değiştirilmesi, büyük bir titizlikle başvurulması gereken bir yoldur ve bu hususta endişelerin ortaya çıkması da doğaldır. Ancak bu konudaki takdir tâli kurucu iktidara aittir¹⁴⁹.

(3) Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilememesi

Anayasa değişikliklerine ilişkin söz konusu olan bir diğer sınırlama ise içerik yönündendir¹⁵⁰. Buna göre, anayasanın bir kısım maddelerin değiştirilmesinin zorlaştırılması ya da bazı maddelerinin değiştirilmesinin

¹⁴⁶ 1874 tarihli Anayasa bu yöntem ile yürürlükten kaldırılmıştır, bkz: **Teziç**, sh. 180, dn. 70. Bu hususta ayrıca bkz: **Gözler**, Kurucu İktidar, sh. 149.

¹⁴⁷ **Eroğul**, bu hususta Eski Yunanistan Anayasası ile Norveç Anayasasını örnek gösteriyor: **Eroğul**, Anayasayı Değiştirme, sh. 49). Ayrıca 1919 tarihli Finlandiya Anayasası da kendini değişmez olarak ilân ediyordu. Ancak, **Eroğul** tarafından “dünyanın en katı anayasası” olarak adlandırılan bu Anayasa da (**Eroğul**, Anayasayı Değiştirme, sh. 50) 11 Haziran 1999 tarihinde kabul edilen Yeni Anayasa’nın 131. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴⁸ Kısmen aynı görüşte: **Gözler**, Kurucu İktidar, sh. 149 – 150; **Kaboğlu**, sh. 32.

¹⁴⁹ Değiştirilemez maddelerin dolaylı olarak değiştirilmesi sonucunu doğurabilecek anayasa değişikliklerinin akıbetini aşağıda tartışacağız.

¹⁵⁰ Bu hususta ayrıntılı değerlendirme ve sınıflandırma için bkz: **Eroğul**, Anayasayı Değiştirme, sh. 48 vd.; ayrıca bkz: **Onar**, sh. 3 vd.

daha katı koşullara bağlanması veya tamamen yasaklanması söz konusu olmaktadır.

Bu duruma örnek olarak Fransız ve İtalyan anayasalarında yer alan devletin cumhuriyet şeklinin değışmezliğı gösterilebilir. Federal Almanya Anayasası m. 79/3 ile anayasanın bir ve yirminci maddeleri ve ülkenin federal yapısına ilişkin değışiklikler yapılması yasaklanmış bulunmaktadır¹⁵¹. T.C. Anayasası m. 4 uyarınca da, *“Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmü ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değıştirilemez ve değıştirilmesi teklif edilemez”*.

Anayasalarda öngörülen bu tip sınırlamalar, anayasal düzen asli kurucu iktidar tarafından belirlenirken çeşitli nedenlerle öngörölmüş olabilir. Bu gibi kısıtlamalar genellikle devletin temel niteliklerini korumayı amaçlar¹⁵². Buna ek olarak, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunu doğuracak değışikliklerin engellenmesi¹⁵³ veya ülkenin demokratik niteliklerine zarar

¹⁵¹ **Eroğul**, Anayasayı Değıştirme, sh. 48.

¹⁵² Bu husustaki tipik örnek, devletin temel şeklinin değıştirilmesinin yasaklanmasıdır. Fransız Anayasası m. 89/5; İtalyan Anayasası m. 139; 1961 T.C. Anayasası m. 9, devletin Cumhuriyet olan temel şeklinin değıştirilemeyeceğini hükme bağlamakla yetinmişlerdir. Bu hususta değeriendirme ve başka örnekler için ayrıca bkz: **Kaboğlu**, sh. 35; **Eroğul**, Anayasayı Değıştirme, sh. 48 vd. Buna ülkenin federal niteliğinden kaynaklanan özel düzenlemeler de eklenebilir: ABD Anayasası m. V’de öngörölen, federe birimlerin senatodaki eşit temsil haklarının, kendileri tarafından kabul edilmedikçe ortadan kaldırılamayacağı veya Alman Anayasası ile ülkenin federal niteliğine ilişkin değışikliklerin yasaklanması bu duruma örnektir.

¹⁵³ Bu konuda Alman Anayasası’nın 1 ve 20. maddelerinin değıştirilmez niteliğı, Portekiz Anayasası’nın 288. maddesi ile öngörölen oldukça uzun değıştirilemez maddeler listesi arasında yer alan temel hak ve özgürlükler, çalışma ve sendikal özgürlüklere yönelik değışiklikleri kısıtlayan düzenleme örnek olarak gösterilebilir.

verdiği düşünölen bir takım özel durumlara ilişkin yasaklamalar değıştirilemezlik kapsamına alınmış olabilir¹⁵⁴.

Kimi ölkeler için özel bir sorun teşkil ettiğı düşünölmeyen ve dolayısıyla anayasal koruma altına alınmayan ya da anayasanın değıştirilebilecek maddeleri arasında olan hususların diğler bazı ölkeler için anayasal kuruluşlarının vazgeçilmez temellerinden biri haline gelmiş olması mümkündür. Asli kurucu iktidarlar, ortaya çıkan anayasal düzene temel teşkil eden toplumsal mutabakat açısından olmazsa olmaz kabul ettikleri bu hususların, ileride çoğunluk tarafından değıştirilmesini önlemek amacıyla, anayasanın bazı maddelerinin değışmez nitelikte olduğunu kabul edebilirler¹⁵⁵. Mesele yalnızca devletin temel niteliğinin korunması ile sınırlı

¹⁵⁴ 1985 Guatemala Anayasası m. 281 ve 1982 Honduras Anayasası m. 374, devlet başkanının bir dönemden fazla seçilebilmesini yasaklayan hükmün değıştirilmesini yasaklamaktadır. Her iki ölkenin de evvelki anayasalarında da bu yönde hükümler mevcuttu, eski hükümler için bkz: **Eroğul**, Anayasayı Değıştirme, sh. 206 ve 209 – 210. Honduras Anayasasında yer alan bu hüküm 2009 yılında bir anayasal krize sebebiyet vermiştir. Dönemin Honduras Cumhurbaşkanı, anılan maddede değışikliğe gitmek istemiş, bu amaçla (anayasada öngörölmemiş bir usulle) referandum düzenlemeye kalkışmış bunun üzerine görevinden uzaklaştırılmıştır, bu hususta bkz: “*The Path Forward for Honduras*”, Wall Street Journal, 27 Temmuz 2009, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052970204886304574311083177158174.html> (erişim: 2 Nisan 2012); **Çoban**, sh. 171.

Bu özel örneklerin dışında, devletin demokratik niteliklerini etkileyen değışiklikler de değıştirilemezlik yasağının kapsamına alınmış olabilir: 1967 Ekvador Anayasası m. 258 (madde metni için bkz: **Eroğul**, Anayasayı Değıştirme, sh. 200 – 201).

¹⁵⁵ *Tunaya*, bu hususta, belli bir kuşağın gelecek kuşakları kendi ilkeleri içinde hapsedemeyeceğini ve bu gibi sınırlamaların, her ne kadar belli bir dönem geçerli olsalar da hukuki olmaktan çok siyasi nitelikte olduklarını ifade etmektedir: **Tunaya**, sh. 134. Kanımızca bu gibi görüşler, demokratik meşruiyetin en makbul sistem olarak kabulünden önce anlam taşımaktaydı. Günümüzde bir ölkenin totaliter bir sisteme dönüşmesinin yasaklanması pekâlâ mümkündür. İnsanlık bir takım felaketlerden ders almıştır. Toplumun belli kesimlerini dışlayan, iktidarın devrini öngörmeyen siyasi modellerin tekrar denenemeyeceğı ortadadır. Anayasal gelişmelerin ortaya çıktığı dönemlerde, belki mutlaki yönetim biçimleri, sürdürölebilir ve etkin alternatifler olarak görölebiliyordu. Günümüzde bu yönde bir değışim, ancak darbe vs. yollarla mümkün olabilir. Düşöncemize göre, bu türden değışimlerin meşru sayılmasına yol acabilecek bir hukuki zemin düşünölemez. Öte yandan, demokrasinin, temel hak ve özgürlüklerinin ortadan kaldırılmasını öngören

olarak düşünülmemelidir¹⁵⁶. Meselâ, Alman Anayasası ile öngörülen değiştirilemezlik yasağı, bu ülkenin II. Dünya Savaşı sürecinde yaşadıklarından bağımsız değerlendirilemez¹⁵⁷.

Değiştirilemez maddeler, anayasal sistem kurulurken sağlandığı varsayılan mutabakatın temel ve vazgeçilmez olarak kabul edilen boyutlarına ilişkin olmalıdır. Bu gibi maddeler siyasi sistemi tanımlayan veya devletin biçimini ortaya koyan nitelikte olabileceği gibi, vatandaşların ya da belli grupların temel haklarına ilişkin olabilir. Bahsettiğimiz türden düzenlemelerin kapsamı fazla geniş tutulmamalıdır¹⁵⁸. Belirlenen değiştirilemezlik alanının ortadan kaldırılması yönünde geniş bir mutabakatın ortaya çıkması durumunda, değişiklik, ancak asli kurucu iktidar eliyle söz konusu olabilecektir¹⁵⁹.

Bu gibi düzenlemelerin kapsamının çok geniş olmaması gerektiğini düşünmekle birlikte; kuruluş aşamasında, kuruluş için hayati önemde olan bir takım prensiplerin ve mutabakatların, ileride, belli bir nitelikli çoğunluğa sahip olan iktidarlar tarafından ortadan kaldırılmasının önlenmek istenilmesi

anayasa değişikliklerinin yasaklanması meşru bir temele dayanmaktadır. *Tunaya*'nın görüşünü belki de insan hakları ve demokrasinin korunması ile temellendirilemeyen değiştirilemezlik hükümleri çerçevesinde düşünebiliriz. Bu takdirde, bazı ideallerin değiştirilemez olarak kabul edilmesinin meşru olmadığı ve gerçekten de gelecek kuşakların iradesini ipotek altına aldığı kabul edilebilir. Netice olarak değiştirilemezlik alanının meşru kabul edilebileceği hallerin varlığını kabul zorunludur ve bu gibi hükümler kategorik olarak reddedilemez.

¹⁵⁶ Bu görüşte bkz: **Soysal**, sh. 267.

¹⁵⁷ Bu hususta açıklamalar için bkz: **Markus Thiel**, "Germany", The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies (Ed. Markus Thiel), Ashgate, 2009, sh. 109 vd; **Fazıl Sağlam**, "Anayasa ve Değişmez Kurallar", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010 sh. 572 – 573.

¹⁵⁸ **Soysal**, sh. 267.

¹⁵⁹ *Teziç*, böyle bir durumu, aynen katıldığımız şekilde, "hukuk düzeninde bir kopma" olarak tanımlamaktadır: **Teziç**, sh. 179.

makuldür. Burada önemli olan, söz konusu türden maddelerin insan haklarını esas alan nitelikte olması, demokratik prensiplerle çelişmemesi ve toplumun geniş kesimlerinin benimseyebileceği nitelikte olmasıdır. Değişmez nitelikte maddelere yer verilmesinin bir diğer gerekçesi olarak, anılan maddelerin değiştirilmeleri durumunda, anayasal bütünlük ve düzen açısından gerçekten de sarsıcı sonuçlar doğacak olması gösterilebilir.

(4) Anayasanın değiştirilmesinin süre yönünden kısıtlanması

Son olarak, tâli kurucu iktidarın süre ile sınırlandırılmasına değinmek gerekir. Söz konusu ihtimalde, belli bir süre zarfında, anayasanın tamamında veya belli bir kısmında değişiklik yapılabilmesi yasaklanmakta veya anayasa değişikliği açısından öngörülen nitelikli koşulların da üzerinde koşulların varlığına bağlanmaktadır.

Bu duruma 1982 Anayasası'nın Geçici 9. Maddesi örnek olarak gösterilebilir. Anılan madde uyarınca, 1982 Anayasasının referandum ile onaylanmasından sonra yapılacak ilk genel seçimler ile oluşacak TBMM'nin Başkanlık Divanı kurulduktan sonra altı yıllık süre içinde yapılacak anayasa değişiklikleri açısından, Cumhurbaşkanının geri gönderdiği anayasa değişikliklerinin tekrar kabul edilip Cumhurbaşkanına gönderilmesi için üye tamsayısının dörtte üç çoğunluğunun varlığı aranmıştır.

Anayasada belli bir süre ile hiçbir değişiklik yapılamayacağının öngörüldüğü örnekler de mevcuttur. Bu hususta 1791 Fransız Anayasası ile 1975 tarihli Yunanistan Anayasası örnek olarak gösterilebilir. Her iki anayasanın da yürürlüğe girdiklerinden itibaren belli bir süreyle herhangi bir değişikliğe tabi kılınmaları yasaklanmıştı (ilki için on, ikincisi için beş

yıl)¹⁶⁰. Amerikan Anayasasının V. maddesi ile ise anayasanın belli hükümlerinin 1808 yılına kadar değiştirilmesi yasaklanmaktaydı¹⁶¹.

Portekiz ve Yunanistan Anayasaları, bir anayasa değişikliğini takip eden beş yıl içerisinde yeni bir anayasa değişikliği yapılmasını yasaklamaktadır¹⁶². Bazı anayasalar ise belli olayların mevcudiyeti durumunda anayasal değişiklik yapılmasını yasaklamaktadır¹⁶³. Anayasa değişikliklerinin süre açısından sınırlandırılmasının, içerik bakımından sınırlamada olduğu gibi geçerli olduğu görüşündeyiz¹⁶⁴. Bu zaman sınırlamaları döneminde anayasa değişikliği yapılması tâli kurucu iktidarın yetkisinin sınırlarını teşkil etmektedir.

c) T.C. Anayasası'na göre Anayasa değişikliklerinin sınırları

Anayasa m. 4 uyarınca, *“Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez”*.

Anayasalarda yer alabilen değiştirilemez maddeler ve bunların nitelikleri ile gereklilikleri konusuna değinmiştik. Husus, inceleme konumuz açısından teşkil ettiği önem sebebiyle, T.C. Anayasası açısından özel olarak değerlendirilmelidir.

¹⁶⁰ Teziç, sh. 169; Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 97.

¹⁶¹ Bu örnek ve 1974 itibariyle yürürlükte olan Paraguay, Nikaragua ve Kuveyt anayasalarında yer alan örnekler için bkz: Eroğul, Anayasayı Değiştirme, sh. 46 – 47.

¹⁶² Batum, sh. 117, 119.

¹⁶³ Ülkenin işgal altında olduğu, olağanüstü yönetim usullerinden birinin uygulandığı zamanlar ile cumhurbaşkanlığı veya krallık makamlarının boş olduğu zamanlarda anayasa değişikliğinin yapılamadığı örnekler mevcuttur: Eroğul, sh. 47 – 48; Gözler, Kurucu İktidar, sh. 148.

¹⁶⁴ Aynı yönde: Gözler, Kurucu İktidar, sh. 148 – 149.

Anayasa m. 4 ile öngörölmüş olan değıştirilemezlik yasağı oldukça geniş bir düzenleme alanı yaratmaktadır¹⁶⁵. Buna ek olarak, değıştirilemezlik alanına dahil kabul edilen hükümlerin içerikleri incelendiğinde, birçok göreceli ve muğlak kavramın, bu kapsamda yer aldığı görölmektedir.

Esasen, 1982 Anayasası hazırlanırken, aynen 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğı gibi devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu ilan eden hükmün değıştirilememesi öngörölmüşü. Ancak daha sonra Milli Güvenlik Konseyi tarafından söz konusu düzenleme şimdiki haline getirilmiştir¹⁶⁶.

Devletin AY m. 1’de Cumhuriyet olarak gösterilen şekli ve m. 2’de gösterilen demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin değışmezlik yasağına dahil edilmesi, kanımızca sorunlu bir düzenleme teşkil etmemektedir¹⁶⁷.

Ancak bunların dışında değıştirilemez ve değıştirilmesi teklif dahi edilemez nitelikte olduğı kabul edilen diğerk hükümler oldukça geniştir ve içerikleri itibariyle de değışmezlik niteliğı taşımaya uygun değildir. Bu şekilde geniş tutulan ve otoriter ögeler taşıyan değıştirilemez maddeler bütünü, yukarıda ortaya koyduğumuz prensiplerle¹⁶⁸ çelişki içindedir. Kanımızca, 12 Eylül Anayasasının, yüksek bir oran ile kabul edilmesine rağmen bu kadar tartışılıyor olmasının sebeplerinden biri de Anayasaya hakim olan bu otoriter anlayıştır¹⁶⁹. Anayasanın otoriter havası kendini bu ölçüde muğlak ve geniş yoruma müsait maddeler ile açığa vurmaktadır.

¹⁶⁵ Soysal, sh. 267; Has, sh. 28; Özbudun, sh. 169; Tanör, sh. 166.

¹⁶⁶ Bu sürece ilişkin bkz: Onar, sh. 11 vd.

¹⁶⁷ Uygun, sh. 722.

¹⁶⁸ Bkz: Birinci Bölüm II.A.2.(b)(3); ayrıca bkz: İkinci Bölüm II.A.2.

¹⁶⁹ Elbette kabul sürecinin çeşitli şekillerde sakatlanmış olması da Anayasanın meşruiyetine yönelen bir başka haklı gerekçedir.

Buna ek olarak, değiştirme yasağının tam kapsamı da belli değildir. AY m. 4 uyarınca, AY m. 1 ve 3'ün değiştirme yasağına tam olarak dahil edildiği kuşkusuzdur. Ancak aynı maddede yer alan “*Anayasanın ... 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri*” ibaresinin tam olarak neyi kastettiği tartışmalıdır. Bunun tam olarak tayin edilebilmesi için, AY m. 2’de yer alan kavramların Cumhuriyetin niteliklerinden olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir¹⁷⁰. Ancak bu yaklaşıma, alıntıladığımız kısmın, 2. maddenin tamamının Cumhuriyetin niteliklerine işaret ettiğini ilan etmekte olduğu şeklinde bir yaklaşımla da karşı çıkılması mümkündür.

Fakat bu halde de, anılan maddede yer alan “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan” ibaresi tartışma yaratmaya müsaittir. Öncelikle söz konusu ibarenin başlangıç kısmını değiştirilemezlik kapsamına aldığı düşünölebilir. Ne var ki, bu yorum AY m. 4’de öngörölmemiş bir hususu, değiştirme yasağı kapsamına eklemek anlamına gelecektir. Öte yandan, Anayasanın başlangıç kısmında, zaten daha önce iki defa değişiklik yapılmıřtır¹⁷¹. Anayasada değiştirilemeyecek maddelerin bulunmasını makul, hatta gerekli bulmakla birlikte, 1982 Anayasasında yer alan içeriği ve kapsamı belirsiz değiştirilemezlik alanının demokratik meşruiyete dayanan bir anayasa metninde yer alamayacak nitelikte olduğunu düşünöyoruz.

Kural olarak, Anayasada yapılan değişikliklere ilişkin, Anayasa Mahkemesi ancak teklif ve oylama çoğunluğuna ve değişikliklerin ivedilikle

¹⁷⁰ Onar, sh. 13; Yıldızhan Yayla, “1982 Anayasasına Göre Devletin Özü”, İHİD, Yıl: 4, S: 1-3, 1983, sh. 137 – 138; Sağlam, sh. 568.

¹⁷¹ 4121 s. 23.7.1995 T. Kanun (R.G. 26.7.1995/22355); 4709 s. 3.1.2001 T. Kanun (R.G. 17.10.2001/24556 Mükerrer).

görüŖülemedięi Ŗartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olarak denetim yapabilmektedir (AY m. 148/1, 2).

Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği bir karar ile Anayasa'nın 10. ve 42 maddelerinde yapılan deęiŖiklikleri iptal ederken, söz konusu deęiŖikliklerin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde deęiŖtiren ve işlevsizleŖtirdięini kabul ederek, Anayasa'nın 4. maddesinde öngörölen teklif ve deęiŖtirme yasağına aykırılık bulunduğunu hükme baęlamıŖ ve *"148. maddenin 2. fıkrasında öngörölen teklif koŖulunun yerine getirilmiŖ olduğu kabul edilemez"* diyerek iptal kararı vermiŖtir¹⁷².

Mahkeme bu kararı ile Anayasanın 148. maddesinde oldukça sınırlayıcı bir Ŗekilde öngörölmüŖ olan Anayasa deęiŖikliklerini inceleme yetkisini yorum yoluyla genişletmiŖtir. Gerçekten de, anılan maddenin birinci fıkrası ile Anayasa Mahkemesine, Anayasa deęiŖikliklerini sadece Ŗekil bakımından inceleyip denetleme yetkisi verilmiŖtir. İkinci fıkra uyarınca ise Ŗekil bakımından yapılacak inceleme ve denetimin de yalnızca *"teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle göröŖülemedięi Ŗartına uyulup uyulmadığı hususları"* ile sınırlandığı görölmektedir. Anayasa Mahkemesi, yorumunda, Anayasa'nın ilk üç maddesinin deęiŖtirilmesini öngören teklif yapılamayacağı kuralına dayanarak, 148/2. maddede öngörölen hükmü, teklif Ŗartına uyulup uyulmadığının denetlenebileceği Ŗeklinde yorumlamıŖ ve bu doğrultuda, yapılan deęiŖiklikleri iptal etmiŖtir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihatları tarihi geliŖimi içinde incelenirse, 1961 Anayasası döneminde de, açıkça öngörölmemesine rağmen,

¹⁷² **Anayasa Mahkemesi**, 5.6.2008, 16/116, (R.G. 22.10.2008 – 27032).

içtihat yoluyla esas denetimi yapılabilceğı kabul edilmiş olduğı görölebilir. Anayasa Mahkemesi, anayasa değışikliklerine ilişkin ancak şekil yönünden denetim yapılabilmesini mümkün kılan 1971 değışikliklerinin ardından ise, Cumhuriyetin temel nitelikleri çerçevesinde, şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmaya devam etmişti¹⁷³. Mahkeme, yukarıda değindiğimiz kararı ile Anayasa’da 5982 s. Kanun¹⁷⁴ ile yapılan değışiklikleri incelediğı kararında¹⁷⁵ bu içtihatları takip etmiştir.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesinin bu hususta vermiş olduğı kararlar, 1982 Anayasası’nın öngörmekte olduğı sistemi oldukça zorlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, değıştirilemeyeceğı öngörülen maddelerin doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırılmasını engellemek istemektedir¹⁷⁶.

B. Anayasal Düzenin Ceza Normlarıyla Korunması

1. Genel Olarak

Anayasada değışiklik yapılmasının ve anayasal düzenin bazı unsurlarının değıştirilmesinin farklı usullere tâbi tutulmasının gerekçeleri, bu düzenin ceza normlarıyla korunması ihtiyacını ortaya çıkaran gerekçelerle paraleldir.

Ancak ceza hukuku, bütün usule aykırı anayasa değışiklikleri ile de ilgilenmez. Gerçekten de, çeşitli sosyal, siyasi ve ekonomik sebeplerle, anayasal düzenin esaslı bir değışikliğe tâbi tutulması hususunda toplumsal bir uzlaşma ortaya çıkmış olabilir. Söz konusu uzlaşmanın demokratik

¹⁷³ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 489, ayrıca bkz. dn. 66 ve 67’de atıf yapılan kararlar. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki içtihatlarının gelişimi ve değlendirmesi için bkz: **Onar**, sh. 135 vd.

¹⁷⁴ 5982 s. Kanun 7.5.2010 T. (R.G. 13.5.2010/27580).

¹⁷⁵ **Anayasa Mahkemesi**, 7.7.2010, 49/87 (R.G. 1.8.2010/27659 Mükerrer).

¹⁷⁶ Mahkemenin yaklaşımı hakkında farklı görüşler için bkz: **Sağlam**, sh. 583 vd; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 489 – 490; **Özbudun**, sh. 169 vd.

meşruiyeti bulunması halinde, anayasada değişikliğe gidilebilmesi doğaldır. Hatta bu şekilde, anayasanın değiştirilemez olarak kabul edilmiş bulunan kimi maddelerinin dahi değiştirilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir değişikliğe gidilmesi, anayasal düzenin ceza hukuku ile korunma ihtiyacının doğduğu sonucuna varılabilmesi için tek başına yeterli değildir.

Zira anayasal düzeni koruyan ceza normları, yalnızca maksadı veya maksada yönelen her türlü hareketi cezalandırmaz. İlgili suç tiplerinin ortak özelliği, anayasal düzene yönelik eylemlerin, ancak demokratik usullere aykırı nitelik taşıması durumunda ceza hukukunun devreye girmesinin öngörülmesidir. Şöyle ki, TCK m. 309 – 316 arasında düzenlenen suç tiplerinin hepsinde, maddi unsur cebir ve şiddet öğeleri ile ilintili nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, toplumların geçirdikleri tarihsel tecrübeler ışığında hazırladıkları ve meşru yollar ile yürürlüğe sokulan anayasal metinlerin ve prensiplerin korunması da bir gerekliliktir. Ne niyet taşırlarsa taşırsınlar, anayasal düzeni cebir ve şiddet yoluyla değiştirmeyi öngören akımlar kabul edilemez. Toplumun kabul ettiği ve uyum sağladığı anayasal düzenin bir takım aksaklıkları bulunması veya bunların toplumdaki adaletsizlikleri gidermekte başarısız olmaları, anayasal düzenin cebren değiştirilmesine gerekçe teşkil edemez.

Cebren yapılacak değişiklik, doğası itibariyle toplumun belli kesimlerini dışlayacaktır. Cebir yoluyla ele geçirilen iktidar, en azından belli bir dönem, demokratik nitelik taşıyamayacak, demokratik usullere uygun davranmakta tereddüt edecektir. Zira ne kadar tabana yayılmış gözükmüşse gözüksün, amaçları ne kadar takdire şayan olursa olsun, kullanılan metod baskıcıdır. Bu

gibi hareketler, kaçınılmaz şekilde kendi iktidar odaklarını yaratacak ve bu odakların, demokratik meşruiyetin dışında bir ağırlığı bulunacaktır.

Evveli zaten meşru olmayan, zorla ele geçirilmiş veya geleneksel usullerle kuşaktan kuşağa aktarılmış ve artık çağdışı kalmış olan düzenler bir yana bırakılırsa, mevcut anayasal düzenin sadece bir takım güncel sorunlar gerekçe gösterilerek zorla cebren ortadan kaldırılması haklı görülemez.

2. Anayasayı İhlâl – Anayasaya Aykırılık Kavramları

“Anayasayı ihlâl” ve “anayasaya aykırılık”, birbirlerine son derece yakın, ancak bir o kadar da önemli farklılıklar içeren iki ayrı kavramdır¹⁷⁷. Her iki kavramın da ifade ettiği hususlar arasındaki irtibat, bunların aynı anlama geldiği düşüncesini yaratmaya müsaittir. İki kavram arasındaki farklılığı ortaya koyan “ihlâl” ve “aykırılık” kelimeleri de esasen birbirlerine yakın anlamlar taşımalarına rağmen¹⁷⁸, temelde farklı hususları ifade etmektedir. Bu sebeple bahsedilen farklılık, yalnızca kelimelerin sözlük anlamları ile ortaya konulamaz. Tüm bu nedenlerle seçilmiş olan terimlerin isabeti tartışılabilir.

Öte yandan, anayasayı ihlâl ve anayasaya aykırılık, günlük siyasi dilde de kullanılmaktadır. Ancak bu kullanımlar pek çok kez teknik anlamların dışında olmaktadır. Biz, bütün bu sıkıntılara rağmen, ülkemiz doktrininde, yerleşmiş olması sebebiyle anayasayı ihlâl – anayasaya aykırılık kavramlarını

¹⁷⁷ Teziç, sh. 205 dn. 136; Erem, 1985, sh. 85.

¹⁷⁸ “Aykırılık”, “aykırı olma durumu, mugayeret, muhaliflik, muhalefet, tehalüf” olarak tanımlanmakta, “aykırı” ise “alışılmışa, doğru olarak kabul edilmişe uygun olmayan, karşıt, ters, mugayir” şeklinde tanımlanmaktadır. “İhlâl” ise “bozma, zarar verme; yasa ve düzene uymama” şeklinde tanımlanmaktadır (bkz: www.tdk.gov.tr).

kullanmayı tercih ediyoruz¹⁷⁹. Aşağıda iki kavramı da tanımlayarak farklarını ortaya koymaya çalışacağız.

Bu iki kavramı ayırt edebilmek, ilgili ülkede anayasa mahkemesinin var olup olmadığına¹⁸⁰ veya anayasaya uygunluk denetiminin yapılıp yapılmadığına göre daha zor veya daha kolay olmaktadır¹⁸¹. Zira anayasallık denetiminin bulunmadığı bir sistemde, anayasaya aykırı tasarruflar hukuk düzeni içinde çözüme kavuşamayacaktır¹⁸². Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız üzere, anayasalar, demokratik temellere dayandıkları ölçüde anlam ifade ederler. Ancak bu temellere dayanan bir anayasal düzenin, toplum sözleşmesi özelliği taşıdığı söylenebilir¹⁸³. Anayasallık denetiminin söz konusu olmadığı hallerde, iktidar çoğunluğunu ele alanların, anayasada öngörülen güvenceleri çiğnemeleri, bunları bertaraf eden kanunlar yapmaları veya uygulamalara gitmeleri, sistem içinde engellenemeyecektir. Bu durumda, anayasal düzenin korunması için çok gelişmiş bir siyasi kültürün varlığından başka tek yol anayasal düzenin ceza normlarıyla korunması olabilir.

Ne var ki bu gibi konularda ceza hukuku ile koruma sağlamaya çalışmak başka sıkıntılara yol açar. Her iktidar değişiminin bir “devri sabık” yaratması, dahası evvelki iktidarların, anayasal düzene aykırı olduğu

¹⁷⁹ **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, sh. 129 vd; **Teziç**, sh. 205; **Soysal**, sh. 260 – 261; **Erem**, 1985, sh. 85; **Muhtar Çağlayan**, Türk Ceza Kanunu, 3. Basım, C. II, Yetkin Yayınları, 1984, sh. 192.

¹⁸⁰ **Soysal**, sh. 260. *Başgil*, bu iki kavram yerine “anayasaya aykırı kanun yapma fiili” ve “anayasayı çiğneme fiili” kavramlarını da kullanmıştır (**Ali Fuat Başgil**, “Anayasaya Aykırı Kanun Yapma Fiilinin Hukuki Mahiyeti”, Yeni Sabah 24.12.1960, aktaran **Erem**, 1985, sh. 15 – 16).

¹⁸¹ Benzer yönde: **Soysal**, sh. 262.

¹⁸² Böyle bir sistemde, anayasal sistemin asıl bekçisinin siyasi hayatın kendisi olduğu söylenebilir. Esasen, bu önerme, Anayasa Mahkemesinin var olduğu bir sistemde de geçerlidir. Ancak siyasi sistemin, söz konusu korumayı sağlayamadığı durumlarda, çözümün bir yargı merciinden gelmesi en isabetli çözüm olsa gerek.

¹⁸³ Bu hususta bkz. yuk. **Birinci Bölüm I**

düşünülen uygulama ve kanunlarının ceza davası konusu yapılmasına yol açabilecek böyle bir yöntemin sakıncaları ortadadır. Ayrıca, iktidar çoğunluğunun çıkarmak istediği kanunların, muhalefet tarafından anayasaya aykırı görülmesi durumunda, herkesi tatmin edebilecek bir çözüme ulaşmak, anayasallık denetimi dışında oldukça zordur¹⁸⁴. Böyle bir dönemde, anayasa aykırılık ile anayasayı ihlâl kavramları da iç içe geçmeye müsaittir.

Anayasallık denetiminin varlığı, bahsettiğimiz türden çatışmaları engellemeyi sağlar. Anayasaya aykırılık, anayasal düzenin öngörmediği hatta yasakladığı şekil ve içerikte anayasa değişikliği ile anayasaya aykırı kanun, tüzük, yönetmelik ve sair düzenlemeler ile uygulamalar yapmaktır. Anayasayı ihlâl ise, anayasal düzeni ortadan kaldırmak veya uygulanmasını engellemek amacıyla cebir ve şiddete başvurmak halinde söz konusu olur. Anayasallık denetimi bu iki kavram arasındaki farklılığın belirginleşebilmesini kolaylaştırır¹⁸⁵. Ancak bu denetimin varlığı halinde de kavramların üst üste geldiği kimi örnekler söz konusu olabilecektir. Bu gibi örnekleri aşağıda tartışacağız. Öncelikle bu iki kavram arasındaki temel farklılıkların ortaya konulması gerekir.

İki kavram arasındaki ilk fark yöntem açısındandır. Anayasaya aykırılık, her ne kadar mevcut hukuk düzeninin öngörmediği, bu düzene aykırı kabul

¹⁸⁴ Bu hususta bkz: **Teziç**, sh. 188 vd.

¹⁸⁵ Anayasa Mahkemesinin, anayasayı ihlâli önleyen bir organ olmadığı ifade edilmiştir. Bu görüş yanlış değildir. Gerçekten de hem yöntem hem de içerik yönünden anayasayı ihlâl teşkil eden bir takım eylemlerin, anayasa mahkemesinin göreviyle ilişkisi bulunmayabilir. Anayasa Mahkemesi, netice olarak anayasaya aykırı kanunları denetleyebilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin varlığının, anayasaya aykırılık hallerinin anayasayı ihlâl olarak kabulü önünde önemli bir engel teşkil edeceği de unutulmamalıdır (bu husustaki tartışma için bkz: **Çağlayan**, sh. 194 – 195).

ettiği hususları ifade etmekteyse de özü itibariyle cebri dışlar. Anayasayı ihlâlin temel niteliği ise yöntem olarak cebri benimsemesidir¹⁸⁶. Kavramlar arasındaki cebirden kaynaklanan farklılık, yasama sorumsuzluğu açısından da ayrıca belirleyicidir¹⁸⁷.

Özek, söz konusu durumu, neticenin hukuka aykırılığı kadar vasıtanın da hukuka aykırı olması şeklinde açıklamaktadır. Yazar, anayasaya aykırılığın da bir hukuka aykırılık olduğunu ancak anayasayı ihlâl halinde, bu hukuka aykırı neticeye gene hukuka aykırı vasıtalarla ulaşıldığını ifade etmektedir¹⁸⁸.

Öte yandan, doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulan, hareketin cebri olmasının gerekmediği yönündeki fikirlere iştirak etmiyoruz¹⁸⁹. Bu görüş, belki 765 sayılı TCK'nın, bu konuda 5237 sayılı TCK'ya nazaran daha az açık olan ifadesine dayanılarak ileri sürülebilirdi. Ancak, aşağıda da tartışacağımız üzere¹⁹⁰, 5237 sayılı TCK ile bu konuda herhangi bir tartışma doğmasına mahal vermeyecek şekilde, suç teşkil eden hareketlerin cebir ve şiddet kullanarak gerçekleştirilmesi aranmıştır. Bu bağlamda, anayasayı ihlâl, anayasaya aykırı bir kanunun kabul edilmesi veya hukuka aykırı usullerle anayasaya aykırılığın ortaya çıkarılması halinde söz konusu olmayacaktır. Ancak cebir kullanılarak anayasal düzeni değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik hareketlerin varlığı durumunda anayasayı ihlâlden bahsedilebilir.

Bu hususta dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, hukuk devletini ve demokratik anayasal düzeni ortadan kaldıran anayasa değişikliklerinin cebri

¹⁸⁶ Soysal, sh. 261; Çağlayan, sh. 193.

¹⁸⁷ Bkz. aş. İkinci Bölüm II.D.2.(b)(2)

¹⁸⁸ Özek, Siyasi İktidar Düzeni, sh. 130.

¹⁸⁹ Bu görüş için bkz: Özek, Siyasi İktidar, sh. 131 – 132; Gözübüyük, sh. 169.

¹⁹⁰ İkinci Bölüm II.D.2

nitelik taşıdığıdır. Anayasada öngörülen usullere uyulsa da, yapılan değişiklik ile mevcut anayasal düzenin demokratik hukuk devleti niteliğine zarar verilmesi sonucu doğuyorsa artık geri dönülmez bir değişim yaşanmıştır. Zira söz konusu durumda mevcut iktidarın değiştirilebilmesi imkânını sağlayan güvenceler ortadan kalkmaktadır. Bu şekildeki bir değişiklik ile aynı zamanda devletin cebir kullanma tekeli, hukuksuz hale gelmektedir. Yani anayasal düzen ortadan kalkmakta ve cebri bir düzen kurulmaktadır. Demokratik hukuk devletini ortadan kaldıran değişiklikler ile devlet mekanizması ve sahip olduğu cebir kullanma tekeli ve iktidarı da meşru denetim yöntemlerine tâbi olmadan, iktidarın kullanımına kalmaktadır.

Bu bağlamda, İkinci Dünya Savaşından önce Almanya'da yaşanan tecrübelerin anayasayı ihlâl olmadığı düşünülmemelidir¹⁹¹. Bahsettiğimiz mesele, anayasal düzenin demokratik karakterinin korunması açısından son derece önemlidir. Anayasayı ihlâl ile anayasaya aykırılık kavramlarının birbirine karıştırılması, yalnızca anayasaya aykırı bir düzenleme veya uygulamaya giden kişilerin, son derece ağır bir fiil olan anayasayı ihlâl fiili ile suçlanmalarına sebep olabilir. Bu durum demokratik anayasal düzenin barış içinde işlemlerini tehlikeye sokar. Sanırsanız, anayasaya aykırılığın, anayasayı ihlâl olarak tanımlanmasının, anayasal düzen açısından daha büyük bir tehlike yaratacağını söylemek yanlış olmaz.

Siyasi çoğunluğun, cebir ile bastırma ve temel hakların kullanılmasını cebren engelleme yollarını tercih etmemek kaydıyla, anayasaya aykırı bir kanun çıkarması, esasen anayasal düzen tarafından da öngörülmüş olan bir

¹⁹¹ Bu hususta bkz. aş. dn. 127.

durumdur. Nitekim bu durumun gerçekleşmesi halinde, nasıl bir yol izleneceği de gene anayasada ortaya konulmuştur. Anayasaya aykırılık iddialarının ortaya konulabilmesi için öngörülen sınırlayıcı usuller de bu gerçeği ortaya koymaktadır (AY m. 150, 151, 152). Çıkarılan kanunların, anayasaya aykırı olduğunun her an ve herkes tarafından iddia edilememesi; hukuk güvenliğini tehlikeye sokacağından dolayı, kanun anayasaya aykırı olsa bile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene kadar yürürlükte sayılması; Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığın tespitine rağmen, kararın yürürlüğe girmesinin ertelenebilmesi bu durumun bir sonucudur (AY m. 153/1,3,5).

İki kavram arasındaki ikinci farklılık fiili gerçekleştirene göre yapılan ayırımdır. Her ne kadar kesin bir kriter olmasa da, anayasaya aykırılığın, doğası itibariyle büyük bir ihtimalle çoğunluğu elinde bulunduranlar tarafından gerçekleştirileceği söylenebilir. Zira kanunu ancak mecliste çoğunluğu bulunduranlar çıkarabilir. Ancak anayasa hükümlerinin uygulanmaması, anayasada öngörülen bir takım düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi gibi durumlar da anayasaya aykırılık kavramının içinde değerlendirilebilecekken¹⁹² bunların, mutlaka siyasi iktidar çoğunluğu

¹⁹² Aksi görüş: **Çağlayan**, sh. 193. Yazar, anayasaya aykırılığı, hukuki bir kaidenin konulması ile sınırlı olarak algılamaktadır. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Günümüzde, Anayasa veya kanunlar ile devlet mekanizmasının belli yönde bir takım işlemler yapmasını öngören kurallar artmaktadır. Anayasada, devletin yükümlülükleri arasında sayılan ve devletin aktif bir şekilde davranmasını öngören düzenlemeler ile belli hususların kanunla düzenlenmesini öngören hükümler buna örnek olarak gösterilebilir. Gene anayasa ile öngörülmüş prensiplerin gözardı edilmesi, anayasanın doğrudan uygulanabilir hükümlerinin varlığına rağmen çeşitli saiklerle anayasaya aykırı kanunun uygulanması hatta yargı organları tarafından böyle bir uygulamanın benimsenmesi de bu hale bir örnek teşkil eder. Yalnız, bahsettiğimiz ihtimallerin anayasallık denetiminde olduğu gibi bir yaptırımı bulunmayabilir. Anayasaya aykırı bir kanunun iptali söz konusu olabilirken, yargı organlarının anayasaya aykırı, anayasal teminatlarla çelişen uygulamalarının yaptırımı

tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu olmayabilir. Anayasayı ihlâl ise siyasi çoğunluk tarafından olduğu kadar azınlık tarafından da gerçekleştirilebilir. Bunun dışında, siyaset dışı odaklar da anayasayı ihlâl fiilini gerçekleştirebilir.

Kavramlar arasındaki bir başka fark anayasal düzene yönelen hareketi gerçekleştiren failin iradesi olarak gösterilmektedir¹⁹³. Anayasayı ihlâl fiilini gerçekleştiren failin iradesinin bu neticeyi amaçlaması gerekmektedir¹⁹⁴. Ancak, anayasaya aykırılık halinde failin iradesinin kusursuz olduğu, hukuka aykırı sonucun bilinçli bir şekilde gerçekleşmediği yönündeki görüşe¹⁹⁵ iştirak etmiyoruz.

Anayasaya aykırı bir kanunu çıkaran meclis çoğunluğu, bu kanunun anayasaya uygun olduğu yönünde samimi ve iyiniyetli şekilde bir inanca sahip olabilir. Ancak bu durum anayasaya aykırılığın ayırt edici bir niteliği değildir. Daha açık bir ifade ile anayasaya aykırılık ile aykırılığı gerçekleştirenin iradesi arasında bir bağ yoktur. Gerçekleştirilen işlem, düzenleme veya uygulama anayasaya aykırıdır veya değildir. Bu işlemleri gerçekleştirenlerin niyetlerinin bu durumla bir ilişkisi yoktur. Anayasaya aykırılık ile aykırılığı gerçekleştirenlerin niyetini araştırmayı öngören görüşün tehlikeli yanı, meselâ Meclis çoğunluğunun çıkarılan bir kanunun

yoktur. Halbuki bu durum da anayasaya aykırılıktır. Bu hususta kapsamı sınırlı olan bir yöntem, 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvuru yolu olabilir. Her halükârda, anayasaya uygunluk denetimi mümkün olsun, olmasın bu gibi hallerin kendi başlarına (cebir ile desteklenmeden veya cebri davranışların sonucu olmadan) anayasayı ihlâl teşkil ettiğini kabul etmek mümkün değildir.

¹⁹³ **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, sh. 131; **Çağlayan**, sh. 193.

¹⁹⁴ Bu hususta bkz. aş. **İkinci Bölüm III.B.1**

¹⁹⁵ **Çağlayan**, sh. 193. **Özek** de üstü kapalı şekilde benzer bir görüşü ortaya koymaktadır: *“Anayasaya aykırılık halinde, bunu gerçekleştiren organın, varmak istediği bir hukuki sonuç vardır ve fakat bu sonuç Anayasaya aykırı bulunmaktadır. İrade ise kusursuzdur.”* **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, sh. 131.

anayasa aykırı olduğunu bilmeleri durumunda, anayasayı ihlâl etmiş sayılmaları sonucuna varmayı mümkün kılmasıdır. Aktardığımız görüşlerin mefhumu muhalifinden bu sonuca varılabilir. Böyle bir düşünce ise çıkarılan ve daha sonra anayasaya aykırılığı ortaya konulan her kanunun anayasayı ihlâl fiili teşkil ettiği yönünde bir araştırmaya girişilmesini mümkün kılmaktadır. Halbuki yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, anayasayı ihlâlin ayırt edici unsuru, failerin irade veya saikleri değil, bu sonuca cebri yöntemlerle ulaşılmasıdır.

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, Anayasayı İhlâl Suçundan bahsedebilmek için bu suçu gerçekleştirmek amacıyla girişilen hareketlerin cebri nitelikte olması gerekir. Anayasaya aykırılık ile anayasayı ihlal kavramları arasındaki farklılık, cebri davranış gerekliliğinin vurgulanması nedeniyle 5237 sayılı TCK ile daha da belirgin hale gelmiştir. Esasen, 765 sayılı TCK m. 146 açısından da, hareketlerin cebir niteliğinde olması gerektiği kanısındayız. Anayasayı İhlâl Suçu açısından söz konusu olan cebir, bu suçun gerekleri açısından tanımlanacaktır. Ancak söz konusu tanımlama, kanunun çizdiği sınırları genişletir şekilde olamaz. Ayrıca, anayasayı ihlâlin kapsam olarak, mevcut anayasal düzenin temel niteliklerine yöneldiği dikkate alınmalıdır¹⁹⁶. Anayasaya aykırılık ise şekli anlamda anayasaya aykırılıkla sınırlıdır. Bu yönüyle pozitif hukuka ilişkindir ve hukuken öngörülen; hukukun çerçevesi içinde olan bir durumdur.

¹⁹⁶ Bu hususta bkz: **İkinci Bölüm I.**

3. Anayasal Düzene Karşı Suçların Tarihi Gelişimi ve Özellikleri

a) Tarihi gelişim

(1) Anayasacılık hareketleri öncesi dönem

Sosyal ve siyasi gelişmeler genellikle keskin değişimlerden ziyade yavaş ve zamana yayılan bir seyir izler. Bunun bir sonucu, yeni kurumların hemen hemen daima eski kurumlardan izler taşımakta olduğu gerçeğidir. Bu durum, devlete karşı suçlar açısından da söz konusudur. Bu sebeple, anayasal düzene karşı suçların sistematığı ve tarihi gelişimi değerlendirilirken, anayasacılık hareketlerinin öncesindeki gelişmelerden de bahsetmek şarttır¹⁹⁷.

Anayasal düzene karşı suçlar kavramı, tabiatıyla, anayasal gelişmelerle birlikte ortaya çıkmaya başlamıştır¹⁹⁸. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere, anayasal düzen, esasen iktidarın dayandığı meşru temellerin günümüzdeki yansımalarından biridir. İktidarlar, yukarıda bahsettiğimiz anayasal gelişmelerden ve iktidarın kaynağını demokratik temellere dayandırmadan önce de (elbette bu meşruiyet temelini kabul etmeyen yerlerde halen daha), kendilerine yönelebilecek saldırıları cezalandırmak yoluna gidiyordu. İlgili dönemin ceza sistemleri, devlete ve onu temsil eden değerlere yönelen hareketleri sert bir biçimde cezalandırılmaktaydı.

Topluluk halinde yaşamının getirdiği düzen ve buna yön veren siyasi yapıya karşı eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini doğal görmek gerekir. Netice itibariyle, iktidar ilişkileri, iktidarda bulunanların konumlarını

¹⁹⁷ S. H. Cuttler, *The Law of Treason and Treason Trials in Later Medieval France*, Cambridge University Press, 2002, sh. 2.

¹⁹⁸ Biz de, *Özek* gibi, anayasacılık hareketlerinin ortaya çıkmasından önceki dönemleri “tarihi dönem” olarak adlandıracamız, bkz: *Özek*, *Devlete Karşı Suçlar*, sh. 7 vd.

korumaları için bir takım önlemler alma ihtiyacını hissetmelerine neden olur. Zira iktidarı sağlamlaştırmanın bir boyutu meşru bir dayanağa sahip olmaksa, bir başka boyutu iktidara ve meşruiyet dayanaklarına yönelen eylemleri cezalandırmaktır. Bu bağlamda, iktidarın dayandığı meşruiyet kaynağı ile bu kaynakla özdeşleşen iktidarın kendisi, devlete karşı suçların odak noktası olagelmıştır. İktidar dine dayanıyorsa dinin, toplumun temeli belli bir sosyal düzene dayanıyorsa bu düzenin korunması aynı zamanda devletin ve iktidarın korunması anlamına gelmektedir^{199, 200}.

Din ve devlet kurumlarının iç içe geçtiği Mısır Medeniyetinde, din adamları ve hükümdarın emirleri ve bunların korunmasına yönelen suçlar en önemli siyasi suçlardı. Aynı durum Hint ve İbrani toplumlarında da gözlemlenmekte ve esasen dini düzene yöneldiği kabul edilen, kast sistemi aleyhine fiiller veya peygamberliğini ilan etmek gibi eylemler en ağır suçlar olarak kabul edilmekteydi²⁰¹.

Yunan Medeniyetinde ise bu hususta paralellikler bulunmakla beraber bir evrilme de söz konusuydu. Burada da hükümdar ile devlet aynı anlamda kabul ediliyor ve hükümdarın dini niteliğe sahip olduğu düşünülüyordu. Bu şekliyle, bunlara yönelen fiiller de devlete yönelmiş fiiller olarak görülüyordu. Ancak zamanla, hakimiyetin halka geçişi, devlete karşı

¹⁹⁹ **Çetin Özek**, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul, 1976, sh. 6 vd.

²⁰⁰ Bu konuda, bahsedilen dönemin kaynakları incelendiğinde, açıklamaya çalıştığımız husus son derece saf ifadeler ile açıklanmaktadır. *Baron William Eden Auckland* tarafından kaleme alına 1771 tarihli eserde, bu anlayış açıkça görülmektedir: **William Eden Auckland**, *Principles of Penal Law*, 2. Basım, Londra, 1771, sh. 116 – 117. Yazar, vatana ihanet kavramını açıklarken, konuya Kral'ın hayatına yönelen eylemler ile başlamakta ve bu suçların altında, Krala karşı yönelen her türlü eylemin sonuçlarının, bütün devlet için aynı olacağını söylemektedir. Yazar, bu sebeple, vatana ihanet suçlarının doğaları ve sonuçları itibarıyla işlenebilecek en ağır suç olduğunu ilan etmektedir.

²⁰¹ **Özek**, *Siyasi İktidar*, sh. 11 – 12.

suçlarda da bir anlayış farklılığı yaratmış ve bu defa hakimiyetin temeli olan halk, korumanın odağına alınmıştı²⁰². Bu evrilme tarih boyunca benzer bir şekilde sürecektir.

Fransız İhtilaline kadar süren anayasacılık hareketleri öncesi dönemde (tarihi dönem)²⁰³, iktidarı elinde tutan kişi (veya zümre) ile devletin özdeşleşmesi söz konusu olmaktadır²⁰⁴. Aynı dönemde kurulan devletlerin ezici çoğunluğu açısından, hükümdar, din ve devletin tek elde yoğunlaştığı, adeta aynı anlama geldiği görülmektedir²⁰⁵. Hükümdarın gücünü kaybettiği dönemlerde bu hususta geçici gevşemeler olabilse de, söz konusu dönem için bu kavramların iç içe geçtiği söylenebilir²⁰⁶. Dolayısıyla, hükümdara karşı işlenen fiiller devlete karşı işlenmiş olarak görülüyor ve anılan fiiller yalnızca bir ihaneti cezalandırmayı değil, kamu otoritesinin zarar görmesini engellemeyi de amaçlıyordu²⁰⁷. Bu durum söz konusu suçların siyasi özelliğini de açık şekilde ortaya koymaktadır. Suçun tanımlanmasındaki güçlük bu siyasi niteliği ile de bağlantılıdır. Esasen, halen daha, vatana ihanet teşkil ettiği düşünülen fiillerin içeriğinin belirlenmesinde, diğer bir çok suç tipinden farklı olarak, siyasi kavramlardan yararlanılması söz konusu olmaktadır.

²⁰² **Özek**, Siyasi İktidar, sh. 12.

²⁰³ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 7.

²⁰⁴ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 7.

²⁰⁵ Öte yandan, bu durumun kralın otoritesini tam olarak sağlayamadığı ve yerel beylerin egemenliğe sahip olduğu bölgeler açısından da aynı olmakla beraber, bu gibi yerel güçlere karşı günümüzdeki gibi bir merkezi otoritenin bulunmadığını da belirtelim. Ayrıca bkz: **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 7.

²⁰⁶ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 7 – 8.

²⁰⁷ **Cuttler**, sh. 1; **David Cressy**, Dangerous Talk – Scandalous, Seditious, and Treasonable Speech in Pre-Modern England, Oxford University Press, 2010, sh. 39.

Roma Medeniyetinde ise hukuk sisteminin gelişmişliğinin de etkisiyle, devlete karşı suçların belli bir nitelik kazanmaya başladığı ve kategorize edildikleri görülmektedir. Roma tarihinin erken dönemlerinde, henüz organize bir hukuk sistemi yaratılmamışken, suçların kişiler arasında bir sorun olarak kabul edilmekte olduğu dönemlerde bile, vatana ihanet (*perduellio*) ve cinayet suçları topluma karşı fiiller olarak görülmekte ve bu şekilde cezalandırılmaktaydılar²⁰⁸.

Roma siyasal sistemlerinde *perduellio* devlete karşı suçların ilk görünümünden biriydi²⁰⁹. Ceza ölüm olmakla birlikte, suçlanan kişinin gönüllü olarak sürgüne gönderilmesine izin verilebiliyordu²¹⁰. *Perduellio* daha sonraları *crimen maiestatis* adını alarak genişleyen bir kapsama sahip olmuştur²¹¹.

İki bin yıllık bir döneme yayılan Antik Roma Medeniyetinin tarihi boyunca vatana ihanet suçlarının mahiyet değiştirdiği, kimi zaman genişlediği kimi zaman ise daha dar bir çerçeveye sokulduğu görülmektedir²¹². Bu dönemde, öncelikle devlete karşı savaşla ilgili konularda ihaneti kapsayan *perduellio* daha sonraları devletin üstün haklarını kapsar şekle dönüşmüştür²¹³. Zamanla vatana ihanet kavramı, iç düşmanı, yani haini ifade eder hale

²⁰⁸ **George Mousourakis**, A Legal History of Rome, Routhledge, 2007, sh. 35 – 36; **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 8.

²⁰⁹ **Cuttler**, sh. 6.

²¹⁰ **Mousourakis**, sh. 224, sn. 82.

²¹¹ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 8; **Mousourakis**, sh. 176.

²¹² **Özek**, Siyasi İktidar, sh. 12 – 13.

²¹³ **Carl Ludwig von Bar**, A History of Continental Criminal Law (Terc: Thomas S. Bell), Little Brown, And Company, Boston, 1916, sh. 16. Bu kapsamın içine Cumhuriyet döneminde despotluk oluşturmaya yönelik fiiller de dahil ediliyordu. İmparatorluk zamanında ise, İmparatorun şahsına yönelik fiiller vatana ihanet kabul ediliyordu.

gelmiştir²¹⁴. Temellerini Roma hukukunda bulan düzenlemeler, sonraki dönemlere de kaynaklık etmiştir²¹⁵. Roma hukukunun vatana ihanete ilişkin kavram ve düzenlemeleri uzun dönem boyunca Fransız hukukunun temel yazılı kaynağı olmuştur²¹⁶.

Daha ileri tarihlere gelindiğinde; söz gelimi İngiliz hukukunda ise 1352’de çıkarılan kanun ile vatana ihanet fiilleri yasal bir dayanak kazanmıştır²¹⁷. Her ne kadar Fransız uygulamasında da dönem dönem çeşitli yasal belgeler çıkarılmışsa da, bunlar İngiliz örneğindeki gibi olmamıştır. Böyle bir yasal dayanağın eksikliği de, dönemin Fransız yetkililerini Roma hukukundan yararlanmaya itmiştir²¹⁸.

Vatana ihanet kavramı açısından, önem taşıyan bir diğer akım, Germen sistemi olmuştur. Devlet kavramı Germen hukukunda farklı bir şekilde algılanmaktaydı. Dönemin, Germen toplumunda, iktidarı elinde bulunduranlar ile devlet özdeşleşmemiştir²¹⁹. Bunun sonucu olarak, devlete karşı suçlar bir sadakat ihlâli olarak algılanmıştır²²⁰.

Söz konusu suçların kavramsal olarak tanımlanmalarının güçlüğü, mevcut siyasi düzenin niteliğine ve iktidarda bulunanların yaklaşımına göre yoruma müsait olması, bunların tarih boyunca her türlü muhalefete karşı

²¹⁴ **Cuttler**, sh. 6.

²¹⁵ **J. G. Bellamy**, *The Law of Treason in England in the Later Middle Ages*, Cambridge University Press, 2004, sh. 2 – 3.

²¹⁶ **Cuttler**, sh. 2, sh. 6 vd.

²¹⁷ **Bellamy**, sh. 102 vd; **Cuttler**, sh. 28.

²¹⁸ **Cuttler**, sh. 28.

²¹⁹ **Özek**, *Devlete Karşı Suçlar*, sh. 8 – 9.

²²⁰ **Özek**, *Devlete Karşı Suçlar*, sh. 9; **Bellamy**, sh. 1.

kullanılması imkânını yaratmıştır²²¹. Buna göre, ilgili dönemin hakim güçleri, bir şekilde koruma alanına dahil ediliyor ve otoriteleri, bu şekilde korunuyordu²²².

Vatana ihanet teşkil eden en ağır fiil, hükümdarın canına kastedilmesi²²³. Suikastın planlanması da ölüm cezasını gerektiren bir fiil olarak kabul ediliyordu. Buna ek olarak başta kralın büyük oğlu olmak üzere ailesinden kişilere karşı fiiller de vatana ihanet kapsamındaydı²²⁴. Gene Kralın gelinleri ile zina yapanların, “en kötü türünden hain” olarak kabul edilip cezalandırıldığı örnekler mevcuttu²²⁵. Kralın canına kastedilmesi kadar ciddi görülen bir başka hal ise kralı tutsak etmeye, düşürmeye, değiştirmeye kalkışmaktı²²⁶.

İngiliz hukukuna göre, vatana ihanetin dışa yansıyan düşüncesi bile, suç tamamlanmış gibi ceza tayinine yeterliydi²²⁷. Ancak İngiliz hukukunda, düşüncenin, belli eylemlerle dış dünyaya yansımış olması aranıyordu²²⁸. İngiltere’de 1352 yılında kabul edilen ilk kanunun çıkarılmasının altında

²²¹ Vatana ihanet suçunun bu özellikleri, söz konusu suça ilişkin uygulanan cezaların toplumların belleğinde yer etmesine sebep olmuş, bu gibi vakalar siyasi tarihin önemli birer parçası haline gelmiştir: **Cuttler**, sh. 1 vd; **von Bar**, sh. 42.

²²² **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 9.

²²³ **Cuttler**, sh. 28.

²²⁴ **Auckland**, sh. 119; **Cuttler**, sh. 29.

²²⁵ **Cuttler**, sh. 30. Ayrıca bkz: **Auckland**, sh. 124. Bu durumun vatana ihanet olarak kabul edilmesinin altında, hanedanın soybağının bozulmasını engellemek yatmaktadır. Bu bağlamda, zina yapan kraliçeler ve prensesler de hain olarak kabul ediliyordu. Bu hususta **Auckland** tarafından VIII. Henry’nin eşleri Anne Boleyn ve Catharine Howard örnekleri zikredilmektedir: **Auckland**, sh. 125.

²²⁶ **Cuttler**, sh. 30.

²²⁷ **Auckland**, sh. 117 – 118. Düşüncenin, suç tamamlanmış gibi cezalandırılmasının altında, söz konusu kastın, dönemin değerlerine göre, olabilecek en habis nitelikte kabul edilmesi gösterilmektedir.

²²⁸ **Auckland**, sh. 121. Dış dünyaya yansıma konusunda örnek olarak, bu yönde kışkırtma, kastı ortaya koyan hareketler, suça yönelik mektuplar gönderilmesi, silahların hazırlanması gösterilmektedir: sh. 121 – 122.

önceki dönemlerde yaşanan ve hukuksuz olarak görülen vatana ihanet yargılamalarına olan tepkinin yattığı ifade edilmiştir²²⁹.

Ayrıca krala karşı savaşmak da vatana ihanet olarak kabul edilmekteydi²³⁰. Ne var ki, bu halin vatana ihanet olarak kabul edilmediği dönemler de mevcuttur. Ancak 1300'lü yılların başlarında krala karşı isyan eden ve savaşa katılanların vatana ihanet suçunu işledikleri kabul edilmiştir. Bu örnek bile, kralın kişiliği ile devlet mekanizmasının özdeş görüldüğü ve siyasi sistemin merkezileşmesi ve kralın gücünü sağlamlaştırması ile birlikte vatana ihanet kavramının da genişlemeye başladığını ortaya koymaktadır.

Amerika kıtasının keşfinin ardından kurulan kolonilerde, zamanla kendi toplum yapılarını dikkate alan ve yukarıda sayılanlara nazaran daha dünyevi hususlara yönelen eylemler vatana ihanet olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu eylemler daha çok, koloni içinde devrim yapmaya kalkmak, isyan çıkarmak, koloniye ait kasaba, kale gibi yerleri ele geçirmeye çalışmak şeklinde tanımlanmıştır²³¹. Dikkat edilirse, burada korunan devlet, anayasa veya hükümdar gibi sembolik kavramlardan ziyade toplum yapısı, güvenliği ve barışıdır. İngiliz Kralına bağlı olan bu kolonilerde, İngiliz hukukunun derin etkileri mevcuttu ve vatana ihanet düzenlemeleri bu hukuk sistemiyle sıkı sıkıya bağlı şekilde yapılmaktaydı²³². Bu düzenlemelere ek olarak, İngiliz Kralına karşı hareketleri cezalandıran hükümler de aynı düzenlemelerde

²²⁹ **Bellamy**, sh. 60. Bu kanun ile kral ile derebeylerinin uzlaşarak olası kan davalarının ve intikamların önlenmesi sağlanmak istenmiştir. Bu düzenlemenin vatana ihanet kavramının sınırlanması amacına yönelmiş olması ve bu durumun daha sonraki dönemlerde Amerikada kurulan kolonilerin vatana ihanet kavramını yorumlamalarına etkisi için bkz: **Willard Hurst**, "Treason in the United States – I. Treason Down to the Constitution", Harvard Law Review, Vol. 58, No. 2, 1944, sh. 237 vd.

²³⁰ **Cuttler**, sh. 30.

²³¹ **Hurst**, Treason I, sh. 226 vd.

²³² **Hurst**, Treason I, sh. 241.

muhafaza edilmişti²³³. Ancak dönemin kolonilerinin asıl ilgilendikleri, kendi kurdukları düzenin muhafazasıydı²³⁴.

(2) Anayasacılık hareketleri ve anayasal düzenin korunması

Amerikan Devriminin ardından, yeni kurulmaya başlanan düzen, toplumun üyelerinden sadakat beklemekte gecikmemiş, bunu sağlamak için yasal düzenlemelere gitmiştir²³⁵. Elbette, yeni kanunlar Devrimin ruhuna uygun yeni kavramların korunmasını, bunlara karşı sadakat yükümlülüğünü öngörmekteydi²³⁶. İşin ilginç, Devrim, İngiliz hukuku ile bağlantıyı koparmamıştır. Sadakat yükümlülüğünün yöneleceği kurumların değişmesi bir yana, yasal düzenlemelerin şekil yönünden pek değişmediği gözlemlenmektedir²³⁷.

Ancak Devrimin ardından, vatana ihanet kavramının tanımı da tartışılmaya başlanmıştır²³⁸. Doğal olarak, artık kralın hayatına yönelen fiiller vatana ihanet kapsamında değildir. Bütün bu gelişmelerin sonucu olarak, ABD Anayasası hazırlanırken, vatana ihanet kavramı da açıkça anayasada düzenlenmiş ve hangi fiillerin vatana ihanet sayılacağı ve bu fiillerin ispatına

²³³ Hurst, Treason I, sh. 228.

²³⁴ Hurst, Treason I, sh. 235 – 236.

²³⁵ Hurst, Treason I, sh. 246; Joel Samaha, Criminal Law, 10. Basım, Wadsworth Cengage Learning, 2011, sh. 452.

²³⁶ Samaha, sh. 452 vd.

²³⁷ Hurst, Treason I, sh. 247.

²³⁸ Bu hususta daha sonra Amerika Birleşik Devletleri'nin kurucularından ve ilk başkanlarından biri olan Thomas Jefferson tarafından dikkat çekilen hususlar bugün dahi gözönünde bulundurulmalıdır. Massachusetts'de, yönetimden şikayetçi olanların toplanmaları ve örgütlenmeleri vatana ihanet olarak ilan edilmiştir. Bunun üzerine, Jefferson, İngiltere'de vatana ihanet kanununun vatana ihanet fiillerini sınırlamak için çıkarıldığını ve bu şekilde vatana ihanetin tiranlaşan hükümdarlar ve yöneticiler elinde silah olmasını engellemeyi amaçladığını, bu kanunda tanımlananlar dışındaki fiillerin vatana ihanet olarak kabul edilemeyeceğini söyleyerek yapılan uygulamaya karşı çıkmıştır, bkz.: Hurst, Treason I, sh. 250.

ilişkin temel kuralların ne olacağı açıkça belirtilmiştir²³⁹. Elbette, vatana ihanet suçunun anayasada düzenlenen tek suç²⁴⁰ olmasının altında yatan önemli sebeplerden biri, kavramı anayasal düzeyde düzenleyerek, kısıtlı bir çerçevede kalmasını sağlamaktır. Esasen bu durum, tarihi tecrübelerin sonucu olarak hükümetin vatana ihanet suçunu kullanmasını sınırlandırma amacını taşımaktadır²⁴¹.

Amerika'da yaşanan bu gelişmeler, aynı dönemlerde Avrupa'da yaşanan gelişmelerle paraleldir. Eski dönemlerde kabul edilen düşünceler burjuvazinin gelişmesi ile birlikte başlayan liberal dönemle değişmeye başlamıştır. Fransız ihtilalini hazırlayan süreçte mutlak iktidara ve bu iktidarın ceza hukukuna karşı da tepki ortaya çıkmıştır²⁴². Bunun önemli bir sonucu, Amerikan örneğinde görüldüğü üzere, vatana ihanet kavramına ilişkin kavrayışın değişmesi ve buna getirilen sınırlamalardır.

Liberal dönemin özelliği, bireyin ön plana çıkmaya ve siyasi düzene yönelen fiillerin hoşgörü ile karşılanmaya başlanmasıdır²⁴³. Bu dönemin hakim zümresi olan burjuva sınıfı, kendine karşı güçlü bir iktidar alternatifinin

²³⁹ Düzenlemenin tarihi gelişimi ve hazırlık çalışmaları hakkında bkz: **Willard Hurst**, *"Treason in the United States – II. The Constitution"*, Harvard Law Review, Vol. 58, No. 3, 1945, sh. 395 vd.

²⁴⁰ **Samaha**, sh. 452.

²⁴¹ **Hurst**, Treason II, sh. 395; **Herbert L. Packer**, *"Offenses Against the State"*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, No: 339, 1962, sh. 78 – 79; **Samaha**, sh. 453.

²⁴² Avrupada ceza hukukunun Fransız İhtilâline kadar temelde aynı şekilde devam etmiştir. Vahşi olarak kabul edilebilecek cezalara başvurulmuş suçların yer aldığı bu dönem, mutlak iktidarın ceza hukukunun ortadan kaldırılması ile sona ermiştir. Avrupada medeni hukuk alanındaki gelişmeler, Fransız İhtilaliyle sekteye uğramamış ve medeni hukukta bir devamlılık vardır. Oysa, İhtilalin ardından, önceki ceza hukukundan kesin bir ayrılık söz konusu olmuştur: **von Bar**, sh. 315 vd. Ayrıca bkz: **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 12 vd.

²⁴³ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 13.

bulunmamasının da sonucu olarak, devletin siyasi düzeni ile ideolojisinin özel ve sert bir biçimde korunmasını da fazla önemsememiş, bu yönde düzenlemelere meyletmemiştir²⁴⁴.

Ancak bu dönem fazla uzun sürmemiş, gerek sınıf çatışmaları neticesinde, burjuva iktidarının sarsılması gerekse şiddet hareketleri ile sosyalist hareketlerin ivme kazanması, siyasi düzenin daha şiddetli korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır²⁴⁵.

Bu dönemin ardından dünya savaşları yaşanmış ve ardından uzunca bir süre hakim olan ideolojik kutuplaşmanın sonucu olarak, mevcut siyasi sistemlerin ceza hukuku vasıtasıyla korunması ihtiyacı belirmiştir. Mevcut sistemin, şiddet yoluyla yıkılmak istenilmesi, özellikle karşıt ideolojilerin güçlü olduğu dönemlerde, statükonun şiddetle karşı çıktığı bir husus olmuştur. Siyasi yapının somutlaştığı anayasal düzenlerin ceza normlarıyla korunması ihtiyacının ortaya çıkmasını doğal görmek gerekir.

Liberal dönemle başlayan süreç, genelde kamu hukuku özelde de ceza hukuku anlayışı üzerinde geri dönülmez değişimlere yol açmıştır. Ancak bu dönemin başlangıcından itibaren daima tek bir anlayışın hakim olduğu düşünülmemelidir. Aksine, Fransız İhtilali sonrasındaki dönem hızla farklı düşüncelere sebebiyet vermiş, zamanla farklı farklı ideolojiler ortaya çıkmıştır. Bireysel özgürlükler kavramı bu arada ortaya çıksa da, bunlara ilişkin anlayışın asgari müşterek haline dönüşebilmesi İkinci Dünya Savaşının sonunda mümkün olmuştur. İkinci Dünya Savaşına yol açan faşist

²⁴⁴ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 13; **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, sh. 19 vd.

²⁴⁵ **Özek**, Siyasi İktidar Düzeni, sh. 21.

akımların sebebiyet verdiği felaket, batı dünyası için demokrasinin vazgeçilmez bir değer haline gelmesi sonucunu doęurmuŗtur.

Demokratik temellere dayanan bir anayasal düzenin korunmasına iliŗkin prensiplerin de, önceki dönemlerde kullanılan yöntemlerden farklı olması kaçınılmazdır. Vatana ihanet gibi muğlak ve içi her Şekilde doldurulacak bir kavramın yerini bu sebeple, anayasal düzen, devlet, h k met gibi diğerine kıyasla daha belirgin kavramlar almıŗtır. Ancak bu kavramların da yeterince belirlilik sağlayamayacakları ortadadır. Ayrıca günümüzde, vatana ihanet kavramı yerini tahrik, propaganda ve terör gibi kavramlara bırakmıŗtır.

b) Anayasal düzene karŗı suçların  zellikleri

Elbette, geliŗmiŗ  lkeler de dahil olmak üzere, dünyada ne kadar insanın, insan haklarından gerçek anlamıyla faydalanabildikleri cevap verilmesi oldukça zor bir sorudur. Mevcut siyasi düzenler ile demokrasinin, teorik anlamda ne ölçüde baędaŗtıęı veya günümüz dünyasının insan hakları idealine ulaŗmaya ne kadar yakın olduğu  alıŗmamızın konusu değildir.

Dolayısıyla bu gibi tartıŗmalara girmeden, anayasal düzenin demokrasi ideali ile olan iliŗkisinin, anayasal düzenin ceza hukuku ile korunmasının öncelikli nedenlerinden biri olduğunu ifade etmek istiyoruz. Anayasal düzenin ceza hukuku ile korunmasının altında, demokratik sistemin, toplumdaki bireylerin insan haklarından faydalanmaları açısından en elveriŗli sistem olduğu yönündeki inanıŗ yatmaktadır. Bir baŗka ifade ile anayasal düzenin korunması demek, demokratik bir sistemde yaŗamı öngören toplum s zleŗmesinin korunması demektir.

Bu durumda, demokratik sistemde korunan en üst değer anayasal düzendir. Tarihi dönemle mukayese etmek gerekirse, anayasal düzen, eskiden

meşruiyetin kaynağı olarak görülen monarkın yerini almıştır. Demokratik sistem, tek bir kişinin veya bir zümrenin kendilerine has menfaatlerini değil, gerek toplumun genel olarak, gerekse bireylerin tekil menfaatlerinin maksimize edilmesini öngörmektedir. Bu düzenin, anayasal sistem ile öngörülmemiş yollarla, cebren ortadan kaldırılması, asli kurucu iktidarın asıl sahibi konumunda olan toplumun ve bireylerin aleyhine olacaktır.

Anayasal düzenin tek görünümü, bireysel hak ve özgürlüklerle ilgili olan konularla ilgili değildir. Devletin işleyişine ilişkin temel prensipleri ortaya koyan kurallar anayasal düzenin vazgeçilmez bir parçasıdır. Esasen, demokrasi bir sistemdir ve işleyişi açısından içermesi gereken bir takım temel standartlar, gene anayasal metinlerde yer alır. Bu düzenin işleyişine yönelen cebri hareketler de ceza hukuku ile engellenmek istenir.

Ayrıca, söz konusu anayasal düzende öngörülmüş olan kuralların, demokrasinin asgari standartlarını ihlâl etmeyen içerikte olsalar da ancak anayasada öngörülen yöntemlerle ya da asli kurucu iktidar eliyle değiştirilmeleri mümkün olabilir.

Vatana ihanet suçlarının siyasi özelliği, bu suçların tanımlanması ve kapsamının belirlenmesindeki güçlük ile de ortaya çıkmaktadır. Birçok suç tipinden farklı olarak, bu suçların içeriğinin belirlenebilmesi için siyasi kavramlardan yararlanılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Dahası, tarih boyunca gözlemlenmiş olan uygulamalar da, suçun siyaset ile olan ilişkisini ortaya koymaktadır. Tarih boyunca, iktidara muhalif olanlar veya iktidar alternatifi olabileceğinden şüphelenilenler, hatta hükümdarın otoritesinin sarsılması sonucunu doğurabilecek her türlü fiili gerçekleştirenlerin vatana

ihamet ile suçlanması söz konusu olmuştur²⁴⁶. Özetle, vatana ihamet, tâbi olunan otoriteye itaat edilmemesi ile eş anlamlı olarak görölmüştür²⁴⁷.

Siyasi iktidar düzeninin oluşması büyük ölçüde, toplumsal yapı ve ekonomik ilişkilere bağlıdır. Vatana ihamet kavramı özünde, bu düzenin kabul ettiğı değerler ve düzene sadakat çerçevesinde şekillenmiştir. Bu anlayışın sonucu olarak, vatana ihamet ettiğı söylenen kişilerin, sadakat yükümlölüğüne aykırı davrandıkları kabul edilmiştir²⁴⁸.

Günümüze yansıyan vatana ihamet anlayışının, tarihi dönemdekilerden çok da farklı olduğunu söyleyemeyiz. Belki korunan kavramlar değişmiştir. Ancak bu da egemenlerin değişmesinden kaynaklanan bir sonuçtur. Anayasal düzenin, bir başla ifadeyle demokratik devletin korunması, bunlara yönelen hareketlerin ceza hukukunun alanına girmesi gereksiz değildir. Yapılması gereken, günümüzdeki düzenlemelerin kapsamının sınırlandırılması ve korunan değerlerle çelişki içinde olmayan hale getirilmesi; bu şekilde yorumlanmasıdır.

Bu bağlamda, söz konusu suçlar, yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi, niyeti değil fiili esas alan bir anlayışla düzenlenmeli ve değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğü bu durumun en önemli sınırıdır²⁴⁹. Buna ek olarak, dış dünyada belirmemiş olan eylemler de bu suçların kapsamında kabul edilemez. Özetle, anayasal düzene yönelen suçlar, ceza hukukunun temel

²⁴⁶ **Cuttler**, sh. 6.

²⁴⁷ **von Bar**, sh. 42; **Cuttler**, sh. 5 vd.

²⁴⁸ **Packer**, sh. 80; **Samaha**, sh. 453 – 454.

²⁴⁹ ABD’de devlete karşı işlendiğı iddia edilen fiillerin (isyana teşvik gibi) hemen hemen daima ABD Anayasasının ifade özgürlüğüne ilişkin maddesi çerçevesinde tartışılmıştır: **Packer**, sh. 82.

prensiplerinden sapılmadan düzenlenmeli ve bu şekilde yorumlanarak uygulanmalıdır²⁵⁰.

Bu bağlamda, söz konusu suçların günümüzdeki yansımalarına ilişkin yorum ve uygulamalarda genellikle anılan fiillere olağanüstü bir özellik atfedilmekte oluşu dikkat çekicidir²⁵¹. Bu durum son bir kaç yüzyılda gerçekleşen bütün tarihi gelişmelere rağmen, zihin dünyalarındaki gelişimin henüz tamamlanmamış olduğunun ispatıdır.

Anayasal düzene karşı suçların tarihi gelişimi, bu suçlara ilişkin fikri gelişimin ortaya konulabilmesi açısından önemlidir. Zira bu suçlar mevcut siyasal sisteme ilişkin son derece önemli bir veridir. ABD Anayasasında, açıkça ve ayrıntılı bir şekilde vatana ihanet suçunun düzenlenmesi ve bu şekilde söz konusu suçun kapsamının daraltılmak istenilmesi, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, önceki dönemlerde vatana ihanet adı altında yaşanan haksızlıkların tekrar etmemesini sağlamak içindir.

4. Anayasal Düzene Karşı Suçların Sistemik Olarak İncelenmesi

a) Genel olarak

Anayasal düzene karşı suçlar, 5237 sayılı TCK'nın "*Özel Hükümler*" başlıklı İkinci Kitabının, "*Millet ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlıklı Dördüncü Kısımının içinde yer almaktadır. Bu kısım altında yer alan Beşinci Bölüm, "*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*" başlığını taşımaktadır. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, mehzazı 1889 tarihli İCK olan 765 sayılı TCK'da öngörölmüş olan sistemiktan vazgeçilmiştir.

²⁵⁰ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 164.

²⁵¹ Aynı yönde: **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 164 – 165.

765 sayılı TCK'nın "Cürümler" başlıklı İkinci Kitabı, "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" başlıklı Birinci Bab ile başlıyordu. 1889 tarihli İCK'nın sistematığı, suçların ağırlık ve önemlerine göre sıralanmasını öngörmüş²⁵² ve en ağır suçlar olarak kabul edilen Devlete karşı suçlar, özel hükümlerin en başında düzenlenmişti²⁵³. 1930 tarihli İCK ise, faşizm akımının etkisinde hazırlanmış ve bu ideolojik anlayışın doğal sonucu olarak Devlete karşı suçlar, özel hükümlerin başında düzenlenmişti²⁵⁴. Aynı şekilde, AICK'da da 1871 tarihli orijinalinin²⁵⁵ hazırlandığı dönemin sistematığına uygun olarak, devlete karşı suçlar kanunun özel hükümlerinin başında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da, bu konudaki modern anlayış doğrultusunda²⁵⁶, Devlete karşı suçlar, özel hükümlerin son kısmında yer almaktadır.

Gene 5237 sayılı TCK ile daha isabetli bir terminoloji tercih edilmiş ve günümüzün anlayışına uymayan "Devletin şahsiyetine karşı suçlar" gibi, devleti bir kavram olarak değil, bir hak süjesi olarak kabul eden tabirler kullanılmamıştır²⁵⁷.

"Millet ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü ve son kısmın altında dokuz bölüm yer almaktadır. Bunlardan sonuncusu "Son Hükümler"dir. Diğer sekiz bölümde yer alan suç tipleri, Devletin işleyişi, varlığı, güvenliği ve dış işlerine ilişkindir. Kısaca açıklamak gerekirse, 5237

²⁵² Özek, Siyasî İktidar, sh. 7.

²⁵³ Esasen bu durum, devlete karşı suçların tarihi süreçteki algılanmasına da uygundur.

²⁵⁴ Özek, Siyasî İktidar, sh. 7 – 8.

²⁵⁵ Michael Bohlander, The German Criminal Code – A Modern English Translation, Hart Publishing, 2008, sh. 8. Alman Ceza Kanunu, çıkarıldığı tarihten itibaren bir çok kere değiştirilmiş, özellikle 1970'li yıllarda esaslı değişikliklere tâbi kılınmışsa da, omurgası 1871 tarihli Kanundur. Bu sebeple Kanun'un sistematığı o yılları işaret etmektedir.

²⁵⁶ Özek, 1997 TCK Tasarısı, sh. 664 – 665.

²⁵⁷ Bu hususta bkz: Özek, 1997 TCK Tasarısı, sh. 665.

sayılı TCK ile Devletin maddi anlamdaki fonksiyonları esas alınmış²⁵⁸ ve işleyişi dikkate alan, kurumları yüceltmeyen bir sistematik benimsenmiştir²⁵⁹.

Birinci Bölümde “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlığı altında zimmet, rüşvet, görevi kötüye kullanma gibi, kamu görevlilerinin görevlerini kanuna uygun ifa etmelerini öngören suçlar ile özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma, görevi yaptırmamak için direnme gibi, kamu görevlilerine duyulan güveni ve görevin ifasının teminini sağlamayı amaçlayan suç tipleri yer almaktadır. Bu suç tipleri Devletin idarî işleyişine ilişkindir²⁶⁰.

İkinci Bölüm altında, “*Adliye Karşı Suçlar*” düzenlenmiştir. Bu bölüm, ağırlıklı olarak adli sürecin işleyişini, adil yargılama ilkesini koruma amacı güden suç tiplerini düzenlemektedir²⁶¹.

İlk iki bölümden sonra gelen üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümler Devletin unsurları ve düzenine yönelen cebrî hareketler ile bunların saygınlığını

²⁵⁸ Burada bahsettiğimiz fonksiyonların devletin bütün işlevleri olduğunu belirtmek isteriz. Devletin maddi anlamdaki fonksiyonları, hukuki fonksiyonlarından farklıdır. Maddi anlamdaki fonksiyonlar, içerik ve konularına göre, güvenlik fonksiyonu, savunma fonksiyonu, eğitim fonksiyonu gibi farklı meseleleri kapsar. Biz, aksini belirtmediğimiz hallerde Devletin hukuki fonksiyonlarından bahsediyor olacağız. Bu ayırım hakkında bkz: **Özbudun**, sh. 181.

²⁵⁹ 5237 sayılı TCK’nın da, özellikle Devlete karşı suçlar açısından eleştirilebilecek bir çok hükme sahip olduğu da bir gerçektir. Bizim kastettiğimiz olumlu gelişme, modern demokratik hukuk devleti anlayışına uygun olarak, bir takım kurum ve kavramların yüceltilmesinden kaçınılması, Devletin bir şahsiyet olarak benimsendiğini kabul eden bölümlmeden vazgeçilmesi ve sistematığın işlevsel bir zemine oturtulmasıdır. Yoksa, TCK m. 301 ve 305 gibi bir takım suç tiplerinin, özellikle ifade özgürlüğü alanını daraltmaya devam ettiği kanısındayız. Esasen, yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız anlayış çerçevesinde, böyle suç tiplerine TCK’da yer verilmemesi uygun olurdu.

²⁶⁰ Bu hususta **Özek** tarafından 1976 yılında yapılan tasnifin geçerli olduğunu düşünmekle birlikte, Yazar tarafından kullanılan “Devletin idari menfaatleri” kavramını kullanmaktan özellikle kaçınıyoruz, bkz: **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 49 vd. Bu yaklaşımımızın sebebi için bkz. yuk. dn.

²⁶¹ Ayrıca bkz: **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 58 vd.

korumayı amaçlayan suç tiplerini düzenlemektedir. Bunları aşağıda tahlil edeceğiz.

Nihayet altıncı, yedinci ve sekizinci bölümler, milli savunma ve güvenlik ile ülkenin dış ilişkilerini korumayı amaçlayan suç tiplerini içermektedir.

765 sayılı TCK'da ise İkinci Kitabın, Birinci Babı, *“Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler”* başlığını taşıyordu. Birinci Bab, İkinci Fasil, *“Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler”* başlığını taşımakta ve bu başlık altında, 5237 sayılı TCK'da anayasal düzene karşı suçlar olarak sayılan suç tipleri de yer almaktaydı.

Ancak, 5237 sayılı TCK'da anayasal düzene karşı suçlar kısmında yer alan suç tipleri arasında bulunan Silâhlı Örgüt (5237 s. TCK m. 314), Silâh Sağlama (5237 s. TCK m. 315) ve Suç İçin Anlaşma (5237 s. TCK m. 316) fiilleri, 765 sayılı TCK'da, Birinci Bab Dördüncü Fasil olarak *“Geçen Fasıllar Arasında Müşterek Hükmümler”* başlığı altında düzenlenmişti. Bu farklılığa rağmen, 5237 sayılı TCK'da yer alan örgütlenme, silâh sağlama ve anlaşma suçlarının yalnızca anayasal düzene yönelik suç tipleri açısından uygulanabileceği düşünülmemelidir. Söz konusu maddelerde tanımlanan suç tiplerinde bu fiillerin, ilgili kısmın “dördüncü ve beşinci bölümlerinde” yer alan suçları işlemek amacıyla gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Buna göre, esasen beşinci bölüm altında yer alan bu suçlar, dördüncü bölümdeki suçlar açısından da uygulanabilecektir. 765 sayılı TCK'nın bu konudaki sistematığının bu yönden daha isabetli olduğunu da ifade etmek gerekir.

Anayasal düzen ve bu düzen tarafından öngörülen devletin temel kuvvetlerini ortadan kaldırmaya yönelik cebri fiiller kadar, buna yönelik bir takım hazırlık hareketleri de cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu bölüm altında

yer alan düzenlemelerden 309, 310, 311 ve 312. maddeler, korunan değerlere karşı icra hareketi niteliğini taşımaktadır. Aynı bölümde yer alan, 313, 314, 315 ve 316. maddeler ise yukarıda işaret ettiğimiz suçlara yönelik hazırlık hareketlerini ayrıca suç olarak düzenlemektedir.

Aşağıda “*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*” sistematik açısından incelenecektir. Ancak bundan önce, anayasal düzene karşı suçların, Devlete karşı suçlar arasındaki yerini tayin etmek gerekir.

b) Anayasal düzene karşı suçların, Devlete karşı suçlar arasındaki yeri

Devletin unsurları genel itibarıyla toprak (ülke), halk (ulus), egemenlik (iktidar) olarak sayılmaktadır²⁶². Egemenlik dış ilişkiler açısından bağımsızlık, iç ilişkiler açısından ise kamu gücünün kullanılmasında rakipsizlik ile kendini gösterir²⁶³. Bu unsurlara hukuki ve siyasi düzenin eklendiği de görülmektedir²⁶⁴. *Kapani*’nin tanımıyla, “Devlet, belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip bir üstün iktidar tarafından yönetilen bir insan topluluğunun meydana getirdiği siyasal kuruluştur.” Devletin en önemli ayırt edici özelliği, kendi hukuk kurallarını belirleyebilmesi ve cebir kullanma tekeline sahip olmasıdır²⁶⁵.

Anayasal düzen, bu unsurlar içinde tarihsel olarak daha yenidir ve siyasi iktidar gücünün kullanımı ile devlet – toplum – birey ilişkilerini

²⁶² Devlet kavramının tanımlanmasına ilişkin tarih boyunca bir çok farklı görüş ortaya atılmıştır. Ancak kavram üzerinde tam bir mutabakata varılmış değildir. Bunun sebebi devletin, tanımlayan kişinin ideolojik bakışına göre bir anlam ifade etmesidir. Bu bağlamda, farklı tanımlamaları da doğal karşılamak lazımdır. Biz, elimizden geldiğinde objektif unsurlar çerçevesinde, kurucu unsurları dikkate alan bir tanım kullanarak, bu tartışmalardan kaçınmak istiyoruz. Tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz: **Kapani**, sh. 33 vd.

²⁶³ **Eroğul**, *Anatüze Giriş*, sh. 6; **Teziç**, sh. 125.

²⁶⁴ **Kapani**, sh. 35.

²⁶⁵ **Teziç**, sh. 125.

düzenlemektedir. Bu sebeple, devlete karşı suçlar içinde, devletin siyasi ve hukuki çerçevesinin korunması, günümüzde anayasal düzenin korunması anlamına gelmektedir²⁶⁶.

Bu çerçevede, anayasal düzene karşı suçlar, devletin işleyişine ilişkin temel prensiplerin korunmasını amaçlar. Ancak, yukarıda bu kavramlara ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar uyarınca, anayasal düzene attığımız anlam dikkate alındığında, anayasal düzenin korunmasının aslen demokratik meşruiyete sahip bir hukuk devletinin korunmasına yöneldiğini söylemek gerekir. Yani anayasal düzen salt siyasi iktidarı ve bunun işleyişini değil, düzenin asıl sahibi olan toplumu oluşturan bireyleri de ilgilendirir. Dolayısıyla bireysel özgürlükler de bu suç tipi ile doğrudan ilgilidir.

Teknik analize dönersek, devletin unsurlarından olan iktidar düzeni ile birlikte, bu unsurlar arasında sayılan siyasi ve hukuki düzenin ceza normlarıyla korunması, anayasal düzene karşı suçlar ile söz konusu olur.

Bununla beraber devletin idarî ve adli işleyişi, anayasal düzenin korunmasından farklıdır. Bu iki grup, her ne kadar devletin temel erklerinden ikisinin işleyişine ilişkin suçları içerseler de, söz konusu suç tipleri ile amaçlanan fayda farklıdır. Bu gruplarda yer alan suç tipleri ile idari ve adli işleyişin sıhhati korunmaktadır. Yani korunan, anayasal düzene karşı suçlarda olduğu gibi bir bütün olarak siyasi iktidar düzeni ve demokratik devlet değildir. Her ne kadar, bu iki grupta yer alan suç tipleri, nihayetinde, Devletin fonksiyonlarının yerine getirilmesi ile alakalı olsalar da, bu ilişki sisteme dair olmayıp daha çok işleyişin sıhhatini temin etmeyi amaçlamaktadır.

²⁶⁶ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 47.

Keza Devletin diğ er unsurlarına karşı suçlar, anayasal düzene karşı suçlarla yakın ilişki içinde olmalarına, hatta kimi hallerde bunlarla örtüşmelerine rağmen, sistematik olarak farklı bir başlık altında değerlendirilmelidir. Meselâ Devletin en önemli unsurlarından olan ülke, yani toprak parçası da ceza normlarıyla korunmaktadır (TCK m. 302)²⁶⁷. Ne var ki, ülkenin toprak bütünlüğünün korunması anayasal düzenin korunmasından farklı niteliktedir. Aynı şekilde milli güvenliğ e karşı suçlar, esasen ülkenin ve halkın korunmasına yönelmektedir. Bu suçların bir boyutuyla dolaylı olarak anayasal düzenin de korunmasını sağladığı söylenebilir. Zira iç ve dış güvenliğin sağlanması ve toprak bütünlüğünün muhafazası, dolaylı olarak, anayasal düzenin işleyebilmesine de imkân sağlar. Belli bir anayasal düzen içinde yaşayan insanların yaşadıkları toprak parçasının işgal edilmesi gibi ihtimallerde, artık en azından orada anayasal düzenin uygulanması da mümkün olamayacaktır.

c) Anayasal düzene karşı suçların, egemenliği paylaşan erkler açısından tasnifi

(1) Genel olarak

Anayasal düzene karşı suçların, devlete karşı suçlar içindeki yerini ortaya koyduktan sonra, bu grupta yer alan suç tiplerini tasnif etmek gerekir. Söz konusu tasnifin ilk görünümü, egemenliği paylaşan erkler açısından söz konusu olacaktır.

Yukarıda, anayasal düzene karşı suçların koruma alanına siyasi iktidar düzenini de dahil etmiştik. İşte bu düzen, T.C. Anayasasına (ve diğ er pek çok demokratik devletin anayasasına) göre, kuvvetler ayrılığı sistemi üzerinde

²⁶⁷ Bkz.: **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 45.

durmaktadır. Buna göre, devlet gücünün (egemenliğin, iktidarın) kullanımı, yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında paylaştırılmıştır²⁶⁸. Bu şekilde, gücün tek elde toplanması engellenmek istenilmiştir²⁶⁹.

Anayasa m. 6, bu hususu düzenlemektedir: “Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır” (AY m. 6/2). Bu maddeyi takip eden 7, 8 ve 9. maddeler, sırasıyla Yasama, Yürütme ve Yargı güçlerinin kim tarafından kullanılacağını hükme bağlamaktadır. Anayasal düzenin korunması, şüphesiz bu güçlerin de korunması demektir.

Anayasal düzene karşı suçlar arasında, anayasal düzeni doğrudan koruyan ve inceleme konumuzu teşkil eden Anayasayı İhlâl Suçunun yanı sıra, fonksiyonların korunmasını öngören suç tipleri de yer almaktadır. TCK m. 310, 312 ve 313 doğrudan yürütme organını hedef alan hareketleri cezalandırmaktadır. TCK m. 311 ise yasama organına yönelen saldırılara ilişkindir.

TCK’da anayasal düzene karşı suçların düzenlendiği bölümde, yargı organlarına yönelik eylemleri açıkça cezalandıran bir hüküm yer almamaktadır.

Anayasal düzenin korunması, aynı zamanda anayasal düzene hakim olan temel prensip ve ideolojilerin de korunması anlamına gelir²⁷⁰.

(2) Yürütme organına karşı fiiller

Anayasa m. 8 uyarınca “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından ... kullanılır ve yerine getirilir”. Bu düzenlemeye

²⁶⁸ Özbudun, sh. 179 vd; Teziç, sh. 407 vd.

²⁶⁹ Özbudun, sh. 179; Teziç, sh. 407 – 408.

²⁷⁰ Bkz: Özek, Devlete Karşı Suçlar, sh. 47.

paralel biçimde, yürütme organına karşı fiiller Cumhurbaşkanına ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı suçlar şeklinde iki ayrı başlık altında toplayabileceğimiz suç tipleriyle cezalandırılmaktadır.

5237 sayılı TCK ile Cumhurbaşkanına karşı fiiller açısından, eski kanundaki düzenlemeye paralel bir yaklaşım benimsenmiştir. Kanunun ikinci kitabının, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının, “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümü, “Cumhurbaşkanına hakaret” suçu ile başlamaktadır (TCK m. 299). Aynı kısmın anayasal düzene karşı suçları düzenleyen beşinci bölümünde de “Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı” eylemleri özel olarak suç haline getirilmektedir (TCK m. 310).

Bu düzenlemeye gerekçe olarak, söz konusu suç tipleri ile Cumhurbaşkanının şahsının veya makamının değil ama bir devlet organının korunmakta olduğu ileri sürülebilir²⁷¹. Gerçekten de, Anayasa’nın üçüncü kısmının “Yürütme” başlıklı ikinci bölümü “I.” numaralı başlık altında Cumhurbaşkanını, “II.” numaralı başlık altında ise Bakanlar Kurulunu düzenlemektedir. Bu mantıkla, ceza kanunlarında tercih edilen yöntemin yürütme gücünü oluşturan farklı organların ayrı ayrı korunmaya alınmasından ibaret olduğu ileri sürülebilir. Benzer bir özel korumanın, başbakan için öngörülmemiş olmasının altında yatan neden olarak,

²⁷¹ Özek’in katılmakta olduğumuz görüşüne göre, Cumhurbaşkanının kişisel olarak korunmasını öngören bu düzenlemeler, tarihi dönemin hukuk anlayışının kalıntısıdır: **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 48. Ayrıntılı değerlendirme için ayrıca bkz: **Özek**, Devlet Başkanı, sh. 109 vd. özellikle sh. 113.

Cumhurbaşkanının tek başına yürütmenin bir kanadını oluşturması, Başbakanın ise böyle bir sıfatının bulunmaması gösterilebilir²⁷².

Cumhurbaşkanı için öngörülen bu özel korumanın, Cumhurbaşkanının Anayasamıza göre tarafsız niteliğe sahip olması, Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil etmesi ve yürütme ile Devletin başı olması itibariyle öngörülmüş olduğu da söylenebilir²⁷³.

Ancak bütün bu ihtimallerde, Cumhurbaşkanının kişisel olarak korunmakta olduğu, ancak fonksiyonunun korunmadığı görülmektedir²⁷⁴. Esasen, koruma konusu olması gereken konu, öncelikle Cumhurbaşkanı'nın fonksiyonudur.

TCK'da yürütme organına karşı fiilleri cezalandıran hükümler Cumhurbaşkanına karşı fiilleri cezalandıran hükümlerden ibaret değildir. TCK m. 312 ve 313 ile sırasıyla, "Hükümete Karşı Suç" ve "Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine Karşı Silahlı İsyân" isimli suç tipleriyle, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine yönelik cibrî hareketler cezalandırılmaktadır.

Kanımızca, hükümete karşı suçu cezalandıran özel bir hüküm bulunmasaydı dahi, hükümeti ortadan kaldırmaya, görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi halleri birçok örnekte anayasayı ihlâl kavramı içinde değerlendirilebilirdi²⁷⁵. Aynı husus Cumhurbaşkanı'nın fonksiyonları açısından da geçerlidir.

²⁷² Benzer yönde: **Özek**, Devlet Başkanı, sh. 111.

²⁷³ **Özek**, Devlet Başkanı, sh. 113.

²⁷⁴ 765 sayılı TCK açısından **Özek** aynı hususa son derece haklı olarak dikkat çekmekteydi: **Özek**, Devlet Başkanı, sh. 104. 5237 sayılı TCK'da bu konuda modern yöntemin benimsenmemiş olması bir eksikliktir.

²⁷⁵ Öte yandan, esasen anayasal düzenin ihlâli neticesi doğurmamakla beraber, hükümetin görevini yapmasının engellenmesi söz konusu olabilir. Hükümetin, anayasal düzeni

Fakat gene de, anayasal düzenin temel unsurlarından olan egemenliğin kullanımı yetkisine sahip erklerin ayrı bir düzenleme ile korunması, suç politikası açısından da, demokratik düzenin temel unsurlarından olan kuvvetler ayrılığının vurgulanması açısından anlamlıdır.

Ayrıca, TCK m. 301/1 ile Hükümetin halk nezdindeki itibarının ve saygınlığının korunması amaçlanmıştır. TCK m. 299 ile Cumhurbaşkanına karşı hakaret suç olarak tanımlanmaktayken, Hükümetin manevi varlığının ayrı bir hükümle korunması, yürütme organının iki farklı unsurunun ayrı hükümlerle korunmasına ilişkin tercihin bilinçli olduğunu göstermektedir.

(3) Yasama organına karşı fiiller

Anayasa m. 7 uyarınca, “yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir.” Aynı hüküm uyarınca bu yetkinin devredilemeyeceği de özel olarak hükme bağlanmıştır.

TCK m. 311 uyarınca, TBMM’ye yönelik cebir ve şiddet hareketleri suç haline getirilmektedir. Yasama organının varlığını ve görevlerini ifa edebilmesini temin eden bu maddenin yanı sıra, TCK m. 301/1 ile bu organın manevi varlığı da koruma altına alınmıştır.

doğrudan etkilemeyen bir konuda karar vermeye ya da böyle bir kararı almasını engellemeye icbar edilmesi buna örnek teşkil eder. Böyle bir örnekte, hükümetin icbar edildiği hususun anayasal düzenin temel prensiplerine ilişkin olmaması gerekir. Bu halde, aynen anayasa metninde, anayasanın temel prensipleriyle ilgisiz bir değişikliği amaçlayan fiiller gibi, hükümetin de aslen hükümet fonksiyonunu hedef almayan ancak aynı zamanda bu neticeyi doğuran fiiller anayasayı ihlâl sayılmayacaktır. Bu durumda, hükümet fonksiyonunu özel olarak koruyan düzenleme çerçevesinde uygulama yapılacaktır. Öte yandan, hükümetin siyasi görüşlerine katılınmaması veya uygulamalarının beğenilmemesi gibi sebeplerle çalıştırılmaması ya da cebren düşürülmesi ihtimallerinde esasen anayasal düzenin işleyişi de bozulmaktadır. Bu konuda bkz. ve karş.: **İzzet Özgenç**, Suç Örgütleri, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, sh. 233.

Yasama fonksiyonu, Devletin siyasi düzeninin esaslı bir parçası olup, bu düzene karşı suçların anayasal düzenin korunarak, demokrasinin işleyişinin devamını sağlamayı amaçladığı açıktır. Esasen, yasama organına ve bu organın işlevini görmesine yönelik her türlü cebri hareket, en azından anayasal düzenin fiilen uygulanmasını engellemeyi de kapsayacaktır. Bu bağlamda, yukarıda yürütme organına ilişkin olarak belirttiğimiz görüşümüz, yasama organı için evleviyetle geçerlidir.

(4) Yargı organına karşı fiiller

Anayasa m. 9 uyarınca, “yargı yetkisi, Türk Milleti adına, bağımsız mahkemelerce kullanılır.

TCK’da anayasal düzene karşı suçlar arasında, yargı organlarını koruyan bir suç tipine yer verilmediğini belirtmiştik. Buna karşın “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı bölüm altında yer alan TCK m. 277 ve m. 288 ile adli sürecin işleyişini korumayı amaçlayan suç tipleri düzenlenmektedir. Anılan suç tiplerinin, anayasal düzene karşı suçları düzenleyen bölümde yer almamaları ve kapsamaları itibariyle, TCK’da, Devletin bir fonksiyonu olarak yargı erkinin cezai korunmaya alınıp alınmadığı sorusu sorulabilir. Gerçekten de, anayasal düzene karşı suçların yer aldığı bölümde, Cumhurbaşkanı, Hükümet ve TBMM’ye yönelik cebri hareketler ayrıca suç olarak tanımlandığı halde, yargı erkine ilişkin hiçbir açık düzenleme yer almamaktadır.

Yargı, diğer iki kuvvete nazaran farklı bir konumdadır²⁷⁶. Şöyle ki, demokratik bir düzende yasama ve yürütmenin sahip olduğu güçlü meşruiyete karşın, yargının özellikle bu güçlerle olan ilişkiler açısından

²⁷⁶ Özbudun, sh. 365 vd.

meşruiyeti hep tartışmalı olmuştur²⁷⁷. Yargı gücünü kullananlar, istisnai sistemler bir yana, doğrudan halk oyu ile belirlenmez. Bu bağlamda, yargı, meşruiyetini anayasadan almaktadır. Fonksiyonu ise devlet gücünün anayasa ve yasalara uygun olarak işlemesini sağlamaktır.

Yasama ve yürütme erklerine yönelen cebri fiillerin özel olarak suç haline getirilmiş olmasına karşın, yargı erki doğrudan fonksiyona yönelen cebri saldırılara karşı bu şekilde korunmamıştır. Söz konusu durumun bir eksiklik olup olmadığı sorusu sorulabilir. Nitekim TCK m. 301/1 ile yargı erkinin manevi varlığı devletin diğer fonksiyonları ile birlikte korunmaktadır.

Esasen yargı organları, özellikle de Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere, Yüksek Yargı Organları, devletin hukuki düzeni açısından hayati önemdedir. Anılan organlar, egemenliğin kullanımı paylaşan temel güçlerdendir. Bu sebeple, yargı gücünün Devletin bir fonksiyonu olarak görevini yapabilmesini veya tarafsızlık ve bağımsızlıklarını zedeleyecek, yani anayasadan kaynaklanan yargı yetkisinin kullanımını sınırlayacak cebri hareketlerin, Anayasayı İhlâl Suçunun kapsamında olduğu kanısındayız. Kastettiğimiz husus, bir mahkemeye veya bir başka yargı mensubuna yönelen ve adli sürecin işleyişini engelleyen fiillere ilişkin değildir. Burada önemli olan, devletin yargı fonksiyonunun işlemesinin engellenmesidir.

Ancak söz konusu hallerin Anayasayı İhlâl Suçunun konusu olabileceğini kabul etmekle beraber, bu hususta, diğer kuvvetlerin cezai korunmasında olduğu gibi, açık bir düzenlemeye gidilmesi, en azından Anayasa Mahkemesi ve hatta diğer yüksek yargı organlarına karşı, bunların işlev

²⁷⁷ Sır, sh. 201 vd.

görmelerini engelleyen cebri fiillerin, açıkça suç olarak tanımlanması gerektiği kanısındayız.

Nitekim mukayeseli hukukta, Anayasa Mahkemesinin özel olarak zikredilerek korunduğu İtalya (İCK m. 289/(2)) ve Almanya (AlCK m. 90b(1); 105, 106) dikkat çekici örneklerdir. Bir diğer örnek ise Slovenya Ceza Kanunu'nda yer almaktadır. Bu kanunun 353. maddesi uyarınca, ülkenin demokratik düzeni ve güvenliğine karşı bir kast ile ülkenin üst düzey yetkililerinin (bunlar arasında Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme üyeleri de yer almaktadır) kaçırılmaları, bunlara veya yakınlarına karşı herhangi bir şekilde şiddete başvurulması, ya da bunların makamları veya konutları ile ulaşım araçlarının dokunulmazlığının ihlâl edilmesi halinde ağır cezalara başvurulması öngörülmüştür.

d) Anayasal düzene yönelen suçların hazırlık hareketleri veya icra hareketlerini cezalandırmaları açısından tasnifi

Anayasal düzene yönelen hareketlerin doğurabilecekleri sonuçların önemini dikkate alan kanunkoyucu, bu amaçla gerçekleştirilen kimi bazı hazırlık hareketlerini de ayrıca suç olarak tanımlamıştır. Hazırlık hareketi teşkil eden eylemlerin, cezalandırma alanının dışında bırakılması, ceza hukukunun önemli kurallarındandır ve bu konu doğrudan bireysel hak ve özgürlüklerle ilintilidir²⁷⁸.

Bu temel kuralın istisnası olarak, hazırlık hareketlerini ayrıca suç olarak tanımlayan suç tiplerinin ihdas edildiği örnekler de mevcuttur. Meselâ Devletin fonksiyonlarına karşı suçlar içinde, hazırlık hareketlerinin, ceza

²⁷⁸ Bkz: **Adem Sözüer**, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, sh. XXXIX; 131; 183 vd.; **Turhan Tufan Yüce**, Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin bu Probleme Tatbiki Denemesi, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1968, sh. 4 – 5.

hukuku sahasının dışında bırakılmasının istisnalarına rastlanmaktadır²⁷⁹. Esasen bu gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngören suçlar, ceza kanunlarında nadiren yer almaktadır²⁸⁰.

5237 sayılı TCK'da, anayasal düzene karşı suçlar ile Devletin güvenliğine karşı suçları kapsayan, bir takım hazırlık hareketleri ayrıca suç olarak tanımlanmıştır. Bunlar, TCK m. 314'de düzenlenen "Silahlı Örgüt", TCK m. 315'de düzenlenen "Silah Sağlama" ve TCK m. 316'da düzenlenen "Suç İçin Anlaşma" fiilleridir.

Bahsedilen fiiller, Devlete ve Millete Karşı Suçların düzenlendiği kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, örgüt kurulmasını, silah sağlanmasını ve bu suçları işlemek için anlaşılmasını düzenlemektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, belli bazı suçların hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngören bu suç tiplerinin, farklı bir bölümde düzenlenmesi sistematik olarak daha uygun olurdu. Zira beşinci bölüm altında yer verilen, belli neticelere yönelik hazırlık hareketlerini cezalandıran bu fiillere ilişkin suç tiplerinde (TCK m. 314 ve 316), bunların dördüncü bölümdeki suçları da kapsadığını belirten ibareler yer almaktadır²⁸¹. 765

²⁷⁹ Bu suçların ayrıntılı analizi için bkz: **Çetin Özek**, "Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK. Mad. 168 – 171)", İÜHFM, C: XXIX, No:3, 1963, sh. 458 vd.; **Francesco Antolisei**, Manuale di Diritto Penale Parte Speciale II, 11. Basım, Giuffrè Editore, Milano, 1995, sh. 597 vd.

²⁸⁰ TCK'da, Devlete karşı suçlar dışında, TCK m. 200, 227/1, örnek gösterilebilir.

²⁸¹ Silâhlı Örgüt Suçunu düzenleyen TCK m. 314'ün ilk cümlesi "*Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümünde yer alan suçları işlemek amacıyla...*" kurulan örgütlerden bahsetmektedir. Aynı şekilde, Suç İçin Anlaşma Suçu (TCK m. 316) "*Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümünde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere*" bir araya gelmesi halini düzenlemektedir. TCK m. 315 de, TCK m. 314'de düzenlenen suç tipine atıf yapılarak aynı yöntem benimsenmiştir.

sayılı TCK'nın, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngören suçları ayrı bir bölüm altına aldığı sistematiği bu bağlamda daha doğrudur.

Anayasal düzene karşı suçlara yönelen bir takım hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, istisnai niteliktedir. Bu durum, açıkça öngörülen hazırlık hareketlerinin dışında kalan eylemlerin cezalandırılmayacağı anlamına gelir. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeyi aşağıda yapacağız.



İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASAYI İHLÂL SUÇUNUN UNSURLARI

I. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Genel Olarak

Demokratik anayasal düzene sahip olan bir toplumda, bireylerin temel haklarının sınırlanması, ancak anayasaya dayanarak¹ ve kanun ile mümkün olmaktadır. Ceza yaptırımı, bu sınırlamaların en sert biçimidir². Bu bağlamda hangi hallerde ceza yaptırımına başvurulabileceği, bu yaptırım ile neyin amaçlandığı gibi hususların rasyonel bir cevabının olması demokratik hukuk devleti anlayışının gereğidir.

Çağdaş ceza hukuku anlayışı, uyulmamasının ceza yaptırımı ile karşılanacağı açıklanan yasak eylemlerin veya emirlerin, suç olarak tanımlanmalarının özünde, bireylerin temel haklarını koruması amacının bulunmasını gerektirir³. Bu durum, bir boyutuyla, anayasal düzenin

¹ **Uğur Alacakaptan**, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, C. II, sh. 11 vd.

² **Andrew Ashworth**, Principles of Criminal Law, 5. Basım, Oxford University Press, 2006, sh. 1.

³ **Çetin Özek**, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, 1999, sh. 660 vd, 663; **Alacakaptan**, Düşünce Özgürlüğü, sh. 11 vd.; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, sh. 110; “**TBMM Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 3 Ağustos 2004 Tarihli ve Esas 1/593, Karar 6 sayılı Rapor**”, Rapor metni için bkz: **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, sh. 45. Aksi yönde bkz: **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I., 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, sh. 335; **Yener Ünver**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, sh. 1058.

kuruluşu esnasında var olduğu kabul edilen karşılıklı zımni taahhütlerden ileri gelmektedir.

Anlayışımıza göre, bireyler devlet mekanizmasının kurallarına uymayı taahhüt etmekle, kendilerini, iktidarın keyfi uygulamalarına teslim etmezler. Yapılan, kendi nihai yararları için konulan kurallara uymayı kabul etmektir. Bireyler, kendilerine bahşedildiği için değil, insan oldukları için bir takım haklara sahiptir ve anayasal sistem ile ceza hukuku bu anlamda bir çelişki içinde bulunamaz. Kurulan devlet mekanizması da en nihayetinde bireylerin haklarından yeterince faydalanılabilmesini sağlamak ve bunlara yönelecek tecavüzleri engelleyebilmek için vardır.

Bu durum, esasında yalnızca ceza hukuku açısından değil devletin tüm eylem ve işlemleri için geçerlidir. Devlet mekanizması, işlev görürken, bir takım odakların değil hem tek tek bireylerin, hem de bir bütün olarak toplumun menfaatlerini gözetmek ve bu doğrultuda karar almak durumundadır. Elbette karar alma mekanizması mükemmel çalışmaz. Kimi hallerde alınan bir karar toplumun bazı kesimleri için doğru iken bazıları için yanlıştır. Aynı şekilde, alınan kararların, gerçekleştirilen uygulamaların büyük kısmında, bunlardan faydalanan kadar zarara uğrayan da vardır. Alınan kararlardan, memnun olmayan, gerçekleştirilen uygulamalardan zarara uğrayanlar dahi, demokratik meşruiyete sahip olan erklerin tasarruflarına uymak zorundadır. Kurallara uyma yükümlülüğünün ardında da, demokratik bir meşruiyete dayandıkları varsayımı yatar. Bu bağlamda, ceza yaptırımına ancak yasama organı tarafından suç olarak tanımlanan bir takım eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde başvurulacaktır. Bir eylemin

neden suç olarak tanımlandığı sorusunun cevabı, korunan hukuki değerin belirlenmesi aşamasında verilmektedir⁴.

Bu cevap verilirken bir kaç farklı noktadan hareket edilmesi mümkündür. Bir bakış açısına göre, korunan hukuki değer kavramı, temelde devlete ait çıkarlara ve devletin varlığının korunmasına ilişkindir ve bu doğrultuda tayin edilir⁵. Buna göre işlenen suç tipi çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak, her suç ile genel olarak kamu yararının, özel olarak ise işlenen suç tipine göre kişisel menfaatlerin veya devletin menfaatlerinin korunduğu kabul edilmektedir⁶.

Hukuki değer konusu bir suç tipinin neden ihdas edildiği ve ne şekilde yorumlanacağı açılarından önem taşır. Korunan hukuki değeri olmayan suç olamaz⁷. Böyle bir durumun kabulü, o suç tipinin herhangi bir meşru amaca hizmet etmediğini gösterir ki bu durum da, varlık amacı bireylere hizmet olan demokratik devlet yapısının kuruluş mantığına aykırıdır.

Korunan hukuki değerin belirlenmesi ve tanımlanması, kanımızca, ceza hukuku anlayışının ortaya konulması açısından olduğu kadar, siyasi yapının niteliğini belirlemek açısından da önemlidir⁸. Demokratik anayasal sistemin varlık sebebi bireylerin hak ve menfaatlerinin korunmasını temin etmek olduğuna göre, bu mekanizmanın, anayasa ile kendine verilen ve bireyler

⁴ **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 10. Basım, Ankara, 2014, sh. 156.

⁵ **Demirbaş** bu durumu “her suçun ilk ve zorunlu mağduru devlettir” diyerek açıklamaktadır: **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Basım, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2009, sh. 507, ayrıca bkz. sh. 503 – 504. Öte yandan, yazar, işlenen suçun özelliğine göre, devletin yanı sıra başkalarının da mağdur olabileceğini ifade etmektedir, bkz. sh. 507. Aksi görüş: **Koca/Üzülmez**, sh. 110.

⁶ **Dönmezer/ Erman**, C.I., sh. 335.

⁷ **Koca/Üzülmez**, sh. 109 – 110; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 156.

⁸ **Özek**, 1997 TCK Tasarısı, sh. 660 vd.

üzerinde uygulanabilecek en ağır yaptırım olan ceza yaptırımına başvurusunun meşruiyet temeli, korunan hukuki değerin belirlenmesi aşamasında ortaya çıkar. Bir başka ifadeyle, korunan hukuki değerin belirlenmesi, demokratik hukuk devletinin ceza yaptırımına başvurma gerekçesini somutlaştırmaktadır. Bu açıdan, korunan hukuki değer kavramı demokratik hukuk devletinin ceza hukuku açısından yaşamsal önemdedir.

Kanımızca, korunan hukuki değerler temellerini daima bireyin bir takım haklarında, temel hak ve özgürlükler grubu altında yer alan menfaatlerinde bulur. Bu bağlamda, ceza kanunlarında tanımlanan suç tipleri neticede bireylere ait olan hakların korunmasına yönelik olup, somut suç tipinde korunan hukuki değer de bizatihi bu haklardır⁹.

Korunan hukuki değerin daima veya suç tipine göre devlete ait olduğu fikrine katılmıyoruz¹⁰. Devlet soyut bir kavram olup, kendisi de nihayetinde vatandaşların bireysel ve toplumsal menfaatlerini gözetmek ve dengelemek için kurulmuş olan bir yapıyı ifade eder. Bu bağlamda, devletin kendine has bir takım menfaatlerinin olabileceği ve bu menfaatleri korumak için ceza normu ihdas edebileceği fikrini kabul etmiyoruz.

Devletin mekanizmasını ve fonksiyonlarını korumak amacıyla, yasama organı tarafından bir takım ceza normları ihdas edilmesi, korunan değerin devlete ait olduğu anlamına gelmez¹¹. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, devletin fonksiyonları, bu fonksiyonlar nihayetinde bireylerin menfaati için var oldukları sebebiyle korunmaktadır. Aksinin kabulü, insan eliyle

⁹ **Özek**, 1997 TCK Tasarısı, s 663; **Alacakaptan**, Düşünce Özgürlüğü, sh. 11; **Koca/Üzülmez**, sh. 110; **Ünver**, sh. 1062.

¹⁰ Ayrıntılı değerlendirme için bkz: **Ünver**, sh. 572 vd.

¹¹ Benzer yönde: **Özek**, 1997 TCK Tasarısı, sh. 663 – 664.

kurulmuş dünyevi bir yapıyı, tartışılmaz, aşkın bir makam haline getirmek anlamına gelir.

B. Anayasayı İhlâl Suçu İle Korunan Hukuki Değer

Anayasayı İhlâl Suçu bütün bu tartışmalar açısından ilginç bir konumdadır. Zira bu suç tipinde eylem muayyen bir bireye karşı gerçekleştirilmemektedir¹². Ne var ki bu suç tipinde de korunan hukuki değer bireylere aittir. Bireylerin menfaatleri, mevcut olan en gelişmiş siyasi sistem içinde, iktidarın meşru yollarla belirlendiği, egemenliğin hukuk kuralları çerçevesinde kullanıldığı bir düzende yaşamalarıdır. Bu sistem günümüzde demokrasidir. Demokratik sistem, değişime kapalı ve statik bir sistem olmamakla birlikte, bu sistemin, “cebir ve şiddet” kullanılarak kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması halinde, bireylerin böyle bir sistem içinde yaşama ve sistemdeki değişikliklerin meşru yollarla gerçekleştirmesini isteme hakları ellerinden alınmaktadır.

Hemen ifade etmek isteriz ki, bu şekilde gerçekleştirilen anayasal değişiklikler, yasal geçerliliğe kavuşsalar dahi meşruiyetleri tartışmalı kalacaktır. Zira gayrimeşru değişiklikler, bu değişiklikleri yapanların asimetrik etkiye sahip oldukları bir ortamda gerçekleştirilmektedir. Böyle bir ortamda, gerçek anlamıyla toplumsal bir mutabakata, rızaya veya kabule ulaşıldığından söz edilemez.

Anayasal düzen temelde toplumsal bir mutabakatı yansıtmaktadır ve bu mutabakatın kendisi başlı başına korunması gereken bir husustur.

¹² “Cebir ve şiddet” eylemlerinin kişilere yönelmesi, meselâ birinin öldürülmesi şeklinde tezahür etmesi, Anayasayı ihlâl suçunun konusunun bu kişi olduğu anlamına gelmez. Kişiye karşı gerçekleştirilen söz konusu eylemin ayrıca cezalandırılacağı dikkatten kaçmamalıdır, (TCK m. 309/2).

Yukarıda anayasaların meşruiyeti konusunda yapmış olduğumuz açıklamalarımız ışığında, anayasal değişimlerin meşru şekillerde gerçekleşmesinin önemi de ortadadır. TCK m. 309, anayasal düzenin cebir ve şiddet kullanarak, zorbalık yoluyla değiştirilmesini veya uygulanmasının engellenmesini cezalandırmaktadır.

TCK m. 1 bu bağlamda önem kazanmaktadır. Söz konusu maddeye göre, ceza kanunun amacı kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Bu maddenin varlığı, kapsamı ve yeterliliği, hususunda tartışmalar olsa da¹³, ceza kanunlarının hangi amaçlarla ihdas edilebilecekleri ve hukuki değerlerin tanımlanması için bir takım dayanak noktaları göstermesi açısından önemlidir.

Kanımızca maddede sayılan unsurlar, evleviyetle, korunan hukuki değerlere işaret etmektedir ve ceza normu içeren bütün hükümlerin yorumunda da dikkate alınmalıdır. Bununla beraber bu madde metninde de soyut kavramlar yer almaktadır. Maddenin yorumu, kişi hak ve özgürlüklerini korumak amacı temel çerçeve olarak kabul edilerek yapılmalı ve bundan sonra gelen hukuk devleti, kamu sağlığı gibi hususların bu çerçeveye olan ilişkisi kurulmalıdır.

Özek, Eski TCK'nın 146. maddesinin, inceleme konumuza karşılık gelen ilk fıkrası ile korunanın *"bir bütün olarak siyasi yapı"* olduğunu kabul

¹³ Bu hususta bkz: **Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar** v.d., *"Türk Ceza Kanunu Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü"*, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara, 2004, sh. 289; **Fatih Selami Mahmutoğlu**, *"TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş"*, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara, 2004, sh. 359 – 360.

etmektedir¹⁴. Erem, 146. madde ile “devletin şekil unsuru”nun himaye altına alındığını ve “Anayasanın korunması”nın amaçlandığını belirtmektedir¹⁵. Soyaslan’ın Eski TCK’nun 146. maddesine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmeye göre ise: “Bu suçun hukuki konusu T.C. Anayasasıdır. Ülkesi içindeki şahsiyettir. Devletin temel nizamıdır. Amaç zorla yeni bir devlet düzeninin kurulmasını önlemektir”¹⁶. Özgenç tarafından, 5237 sh. TCK m. 309’a ilişkin yapılan değerlendirmede, korunan hukuki değer, “millet iradesine dayanan demokratik rejim” şeklinde tanımlanmıştır¹⁷. Yaşar ise bu suçun koruduğu hukuki değeri, “siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan ilkelerin bütünü, yani Anayasal düzen...” olarak tanımlamaktadır¹⁸. Yargıtay uygulamasında da, Anayasayı İhlâl Suçu ile korunan hukuki değer, anayasal düzen, siyasi iktidar düzeni olarak gösterilmektedir¹⁹.

¹⁴ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 96 – 97.

¹⁵ **Faruk Erem**, Türk Ceza Kanunu Şerhi – Özel Hükümler, C. II, Ankara, 1993, sh. 1061. Ayrıca bkz.: **Faruk Erem**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III (Özel Hükümler), 3. Basım, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, sh. 80.

¹⁶ **Doğan Soyaslan**, “Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması – T.C.K.’nın 146. maddesi”, Anayasa Yargısı, C. 10, 1993, sh. 68.

¹⁷ **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 215.

¹⁸ **Kenan Evren Yaşar**, “Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlâl Suçu”, CKHD, C: 2, S: 1-2, 2014, sh. 197.

¹⁹ “TCK.’nın 146. maddesinde devletin (siyasi iktidar düzeni ve fonksiyonları) aleyhine işlenen fiiller cezalandırılmaktadır. **Hükümet düzeni, Devlet kuvvetlerinin şekillenışı, Devletin temel ideolojik yapısı, temel insan hakları, seçim sistemi gibi değerler** ise, Devletin Siyasî İktidar düzenini oluşturmaktadır. TCK. ’nın 146. maddesindeki suçun konusu bu olduğuna göre bu kavramın içine **Anayasa ’nın 1. maddesindeki Devlet ve Hükümet şekline ilişkin “Cumhuriyet” ile 2. maddesindeki “Laiklik” ilkeleri de girmektedir**. Cumhuriyet, egemenliğin bir kişiye veya bir zümreye değil tüm topluma ait bulunduğu bir devlet şeklini, Laiklik ise genel anlamda devlet yönetiminin dini kurallara göre değil, toplum gereksinimlerinin akılcı ve bilimsel kurallara göre karşılandığı bir yönetim biçimini tanımlar.” (Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272, HT). “TCK.nun 146. maddesinin 1. fıkrasında tanımını bulan Anayasal düzeni zorla değiştirmeye kalkışma suçuyla korunmak istenen hukuki değer, **Devletin en yüksek düzeninin temel kuruluşunu oluşturan ve Anayasal düzeni meydana getiren normlardır. Hükümet düzeni, Devlet kuvvetlerinin şekillenışı, Devletin temel ideolojik yapısı, temel insan hakları, seçim sistemi gibi değerler** ister Anayasa tarafından düzenlenmiş olsun, ister olmasın, Devletin

Suç ile korunan hukuki değer kavramına ilişkin anlayışımız çerçevesinde, yukarıda zikrettiğimiz hukuki değeri soyut kavramlar şeklinde tanımlayan görüşlerin esasen suçun konusuna işaret ettiğini düşünüyoruz. Yapılan tanımlar yanlış değildir, ancak bunlar inceleme konumuz olan suçla korunan hukuki değeri açıklayamamaktadır.

Anayasal düzende meydana gelecek değişikliklerin meşru yollarla gerçekleşmesi, bireylerin demokratik bir anayasal düzende yaşama haklarıyla doğrudan ilintili ve onun doğal bir sonucudur. Bu doğrultuda Anayasayı İhlâl Suçu ile korunan hukuki değer öncelikle anayasal değişimlerin ve gelişimlerin meşruiyetidir²⁰. Ayrıca anayasa ile öngörülen

temel kuruluş prensiplerini teşkil ediyorsa, 146. maddenin koruduğu hukuki konu içerisinde müatalaa edilmek gerekir. Zira devlet, yalnızca toprak ve halk ögelerinden oluşan bir organizasyon değil, tarihi bir gelişim sonunda; gerçekleşen ideal bir birliktir. Bu iktidarın hukukken şekillenmesi, biçimlenmesi sonucu ortaya çıkan siyasi statüler, devletin Anayasal düzeni kapsamına dahildir.” (Yargıtay 9. CD, 30.9.1996, 688/4716, HT). “... maddenin [TCK m. 146], Anayasa düzeninin ve bu düzene hakim olan ideolojik prensipleri korumak amacını taşıdığıının kabul edildiği bilinen bir keyfiyettir...” (AYDK, 10.3.1983, 65/63, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 1925 – 1926). Kanımızca, bu ve benzeri kararlarda korunan hukuki değer olarak gösterilen hususlarla, esasen suçun konusu tanımlanmaktadır.

²⁰ **Giovanni Fiandaca/Enzo Musco**, Diritto Penale Parte Speciale, Vol. I, 4. Basım, 2008, sh. 13 -14; **Roberto Pascarelli**, Trattato di Diritto Penale Parte Speciale - I Delitti Contro La Personalita Dello Stato, Vol I (Eds. Alberto Cadoppi/Stefano Canestrari/Adelmo Manna/Michele Papa), UTET Giuridica, 2008, sh. 511; **Lucio Galtiero**, “Personalita Dello Stato – I) Delitti Contro la Personalita Dello Stato”, Enciclopedia Giuridica, C. XXVI, 1991, sh. 15. Bu husus Rossi tarafından Devlet düzeninin meşruiyeti olarak ifade edilmektedir. Bu suç tipi ile Anayasal düzenin öngörülen usuller dışında değiştirilmesi engellenmek istenmektedir: **Paolo Rossi**, “Attentato contro la Costituzione dello Stato”, Enciclopedia del Diritto, III, Giuffrè Editore, 1958, sh. 978. **Marconi**, aynı hususu “demokratik yöntemlere” aykırı şekilde değişikliğin karşı olmak şeklinde ifade etmektedir, bkz: **Guglielmo Marconi**, “Stato (Delitti Contro la Personalita Interna dello)”, Digesto delle Discipline Penalistiche, XIII, UTET, 1997, sh. 594; **Alberto Dall’Ora**, Codice Penale Commentato, 3. Basım, UTET, 1995, sh. 570; **Paolo Pisa**, Commentario Breve al Codice Penale (Ed. Giuseppe Zuccala), 10. Basım, CEDAM, 2009, sh. 1062 – 1063; **Pietro Dubolino**, Commento al Codice Penale, 2. Basım, 2007, sh. 1000.

siyasi işleyişin demokratik olması, bu temel niteliğin devamının sağlanması korunan değerler arasındadır²¹.

Bireyler kendilerini geliştirme haklarını ancak özgür bir ortamda kullanabilirler. Bu bağlamda, anayasal düzenin gayrimeşru yollarla bir takım grupların eline geçerek anti demokratik bir iktidarın ülkeye hakim olması, bireylerin kendilerini geliştirme haklarını ortadan kaldıracaktır. Suç ile sadece anayasal düzenin resmen kaldırılmasının değil, onun fiilen uygulanmasının önlenmesinin de cezalandırılması, kanımızca bu anlayışın sonucudur. Zira, demokratik olmayan yönetimler, kaçınılmaz olarak otoriter nitelik taşırlar. Otoriter yönetimler ise baskıcı nitelikleri itibariyle, bireylerin kendilerini geliştirme hakkını sınırlar.

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Suçun Konusu

1. Genel Olarak

Suçun konusu ile suç teşkil eden eylemin yöneldiği varlıklar, eşya ile şahısların fizikî, maddi yapısı anlaşılır²². Bu varlıklar kişi veya mal gibi elle tutulabilen varlıklar olabileceği gibi²³, kanımızca elle tutulamayan kavramlar veya manevi varlıklar da olabilir.

²¹ Özek, terör suçlarını değerlendirirken benzer bir tanımlama yapmıştır: “... terör suçları, bireyin demokratik anayasal düzende yaşama hakkına karşı sayılır”, Özek, 1997 TCK Tasarısı, sh. 663.

²² Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, sh. 61; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, sh. 127; Ferrando Mantovani, Diritto Penale Parte Generale, 6. Basım, CEDAM, Padova, 2009, sh. 132; Dönmezer/Erman, C. I, sh. 333; Koca/Üzülmez, sh. 108 – 109; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 206; George P. Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, 1998, sh. 43.

²³ Hakeri, sh. 119; Dönmezer/Erman, C. I, sh. 333.

Suçun konusu olarak ifade etmeyi tercih ettiğimiz kavrama doktrinde suçun maddi konusu da²⁴ denmektedir. Her suç tipinde, suçun konusunun olup olmadığı tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar her suç tipinin bir konusu olması gerektiğini ifade ederlerken²⁵, diğer bir kısım yazarlar ise kimi bazı suç tiplerinin konularının olmadığını ileri sürmektedirler^{26, 27}.

Kanımızca her suç tipinin bir konusu vardır. Bu konu zarar suçlarında, suç konusu eylemin yöneldiği kişi, şey veya maddi varlığı olmayan kavramlardır. Bu kavramlar, bireyin hak ve menfaatlerinden hareketle belirlenen hukuki değerden farklı olup suçun üzerinde işlendiği kavrama işaret ederler. Meselâ insan öldürme suçunda korunan hukuki değer yaşama hakkı iken, suçun konusu yaşama hakkı elinden alınan kişidir²⁸. Hırsızlık suçunda mülkiyet hakkı korunmaktayken, bu suçun konusu çalınan taşınır maldır. Bir takım suçlarda ise konunun maddi bir görünümü olmaz. İşte bu gibi suçlar açısından suçun konusu, fiilin yöneldiği kavram olarak anlaşılmalıdır.

İnceleme konumuz olan suç tipi buna bir örnektir. Gerçekten de, Anayasayı İhlâl Suçu ile korunan hukuki değer, tarafımızdan, bireylerin anayasal

²⁴ **Dönmezer/Erman**, C. I, sh. 333.

²⁵ **Koca/Üzülmez**, sh. 108; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 206; **M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, sh. 284.

²⁶ **Francesco Palazzo**, Corso di Diritto Penale Parte Generale, 3. Basım, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, sh. 214. Yazar konusu olmayan suça İCK m. 372'de yer alan yalan yere tanıklık yapmak suçunu örnek göstermektedir. Aynı şekilde: **Veli Özer Özbek / Nihat Kanbur / Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, sh. 198.

²⁷ Suçun maddi konusu kriteri hakkındaki tartışmalar için bkz. **Toroslu**, sh. 61, özellikle 57 numaralı dipnot.

²⁸ **Koca/Üzülmez**, sh. 109. İnsan öldürme suçunda suçun konusu ile mağduru birleşmektedir.

değişimlerin ve gelişimlerin meşruiyeti ve demokratik anayasal işleyişin sağlanmasından ve muhafazasından doğan menfaatleri²⁹ olarak tanımlanmışken, suçun konusu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzendir³⁰.

2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Öngördüğü Düzen

Suçun konusunu, maddede öngörüldüğü şekilde "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzen" olarak kabul ettikten sonra bu kavramın ne anlama geldiğini tartışmak gerekir.

Anayasayı İhlâl Suçunun gerekçesinde suçun konusu şu şekilde gösterilmiştir:

"Anayasanın Başlangıç Kısmında aynen "Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı; Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;" şeklindeki ifade ile siyasi iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmaktadır.

²⁹ Bkz. İkinci Bölüm I.B.

³⁰ Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 215. İtalyan doktrinde bu yönde görüş için bkz: Farini/Trinici, sh. 17.

Siyasi 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."

Görüldüğü üzere madde gerekçesinde, Anayasanın Başlangıç kısmının üçüncü ve beşinci paragrafları alıntılanarak, burada yer alan ilkelere ilişkin kuralların bütünü anayasal düzeni oluşturduğu kabul edilmiştir.

Kanımızca, madde gerekçesinde anayasal düzenin bu şekilde tanımlanmış olması isabetli değildir. Zira, Başlangıç Kısmının üçüncü ve beşinci paragraflarında yer alan bu ifadeler oldukça geniş bir çerçeve çizmektedir. Bu tanıma göre, anayasal düzen kavramının somut olarak sınırlandırılması oldukça güçtür.

Her ne kadar AY m. 176 uyarınca, Başlangıç Kısmı, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirtmekte ve bu kısım Anayasa metnine dahil kabul edilse de, söz konusu kısımda yer alan ibarelerin doğrudan uygulamaya temel teşkil edebilecek nitelikte olmadığı da görülmektedir.

Gerekçede, Anayasa metninde yer alan, devletin şekli (AY m. 1) ve cumhuriyetin niteliklerine (AY m. 2) ilişkin maddeler zikredilerek daha belirgin bir düzenlemeye atıf yapılabilirdi. Aynı şekilde, AY m. 14/2'de yer verilen sınırlandırmalar da, Anayasayı İhlâl Suçu açısından, anayasal düzen kavramının nasıl yorumlanacağı konusunda fikir vermektedir.

Doktrinde, Özgenç, suçun konusunu, devletin siyasi yapısının ve kuruluşunun dayandığı ideolojik esaslar olarak tanımlamaktadır³¹.

³¹ Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 215.

Suçun konusunu 765 s. TCK m. 146'ya göre tanımlayan yazarlar arasında fikir birliği mevcut değildir. Bu dönemde, 146/1. maddedeki suç tanımı *“Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya”* cebren teşebbüs edilmesi şeklinde yapılmıştı. Erem tarafından, maddede tercih edilen, *“Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu”* ibaresi ile maddenin kapsamının daraltılmış olduğu görüşü ileri sürülmüştür³². Toroslu da bu düzenleme ile, daha geniş bir “devletin temel kuruluşu kavramını esas alan” mehzaz kanundan ayrıldığını ve suçun oluşabilmesi için fiillerin “doğrudan doğruya” Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını ve “dolayısıyla bununla oluşturulan temel düzeni ihlâlle yönelik olmaları” gereklidir görüşünü savunmaktadır³³. Toroslu, her ne kadar, 765 s. TCK m. 146 ile 1889 tarihli İCK'ya göre daha dar bir konu belirlendiğini ve ilk aşamada suçun konusu olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı göstermekte ise de, kanımızca daha sonra eklediği Anayasa ile oluşturulan temel düzenin de suçun konusuna dahil olduğu şeklindeki açıklama ile suçun maddi konusunu daha geniş yorumlamaktadır. Yazar tarafından yapılan bu ekleme ile esasen iki yorum arasında pek bir fark kalmayacağını kabul etmek gerekir.

Soyaslan da T.C. Anayasası olarak tanımladığı konunun geniş anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir³⁴. Yazarın katıldığı görüşe göre, yazılı anayasanın yanında kamu hukukunun temel prensipleri ve bunların kaynağı

³² Erem, C. III, sh. 81. Erem de maddenin kapsamının bu şekilde daraltılmış olduğunu kabul etmekle beraber bunu yanlış bulmaktadır.

³³ Toroslu, Anayasayı İhlâl Suçu, sh. 591; Toroslu ile aynı yönde: Zafer Gören, *“Anayasayı İhlâl Suçu ve Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”*, Anayasa ve Sorumluluk (Zafer Gören), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992, sh. 85. Ayrıca bkz: Erem/Toroslu, sh. 64.

³⁴ Soyaslan, TCK 146, sh. 68.

olan örfi hukuk da kavrama dahildir. *Gözübüyük* de benzer şekilde, madde metnindeki ibareyi “Anayasa Nizamı” olarak yorumlamakta ve bu kavramı da “yalnız anayasa ve anayasa ile kurulmuş olan kuvvetler değil, fakat genel olarak devletin siyasi yapısı, kurumları, demokrasi yönetimi ve bunların olağan faaliyetleri[nin] tümü” olarak tanımlamaktadır³⁵.

Özek, 765 s. TCK döneminde, maddedeki ibarenin dar yorumlanmasını eleştirerek, anayasal temele sahip ideolojik esasların, açıkça bir anayasal metinde belirtilmese dahi, o anayasal sistemin temelini teşkil ettiği ve bu bağlamda bunların da himayenin özünü oluşturduğunu kabul etmiştir³⁶. Buna göre, 765 s. TCK m. 146/1 ile bir bütün olarak siyasi düzen korunmaktadır³⁷. 765 s. TCK döneminde ileri sürülen görüşler arasında bizim katıldığımız görüş de budur, zira anayasal düzenin, anayasal metinlerde değişiklik yapmadan da işlevsiz bırakılması mümkündür.

Yaşar, suçun konusunu anayasal düzenlemelerin toplumsal değişime cevap verebilirliğini ve çağdaş sesleri içinde barındırmasını ön plana alan bir değerlendirme yaparak, “yaşayan ve toplumun huzuru için mevcut olan devletin meşru Anayasa düzeni” olarak tanımlamıştır³⁸. Yazar tarafından ön planda tutulan bu esaslar yerindedir.

İCK m. 283’te de³⁹ suçun konusu İtalyan Anayasası olarak gösterilmiştir. İtalyan doktrininde, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda fikir

³⁵ *Gözübüyük*, sh. 169.

³⁶ *Özek*, Siyasî İktidar, sh. 109.

³⁷ *Özek*, Siyasî İktidar, sh. 96, 113 - 115.

³⁸ *Yaşar*, sh. 202. Yazar, Alman ve İsviçre hukukları ile mukayeseli olarak yaptığı değerlendirmede, bu iki ülkenin, anayasal düzen kavramını demokratik rejime ilişkin esaslarla birlikte ele alındığını ortaya koymaktadır, bkz.: sh. 200 – 201.

³⁹ 24 Şubat 2006 Tarih ve 85 sayılı Kanun m. 3 ile değiştirilmiş hali şu şekildedir: “Art. 283 (*Attentato contro la Costituzione dello Stato*).- *Chiunque, con atti violenti, commette un fatto diretto*

birliği mevcut deđildir⁴⁰. Yazarların önemli kısmı, bu hususta, Anayasa metni ile bunda vücut bulan prensiplere işaret ederek, demokratik anayasal cumhuriyet niteliğine işaret etmektedir⁴¹. Bazı yazarlar daha da ileri giderek, suçun konusunun salt Anayasa metninden ibaret bulunmadığına ve devletin anayasal düzenine dahil olan bütün kaynakların bu kavrama dahil olduğunu kabul etmektedir⁴². Diğer bazı yazarlar ise, maddede geçen Anayasa tabirinin, şekli anayasaya işaret ettiğini söylemektedirler⁴³.

AlmCK m. 81/(1)1’de de Alman Anayasasına dayanan anayasal düzenin değiştirilmesinden bahsedilmektedir.

5237 sayılı TCK m. 309’da kullanılan ifadenin yalnızca “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası” olmaması, yerinde ve bilinçli bir tercihtir. “Anayasal düzen” ifadesi Anayasanın kendisinden daha geniş bir kavrama işaret eder⁴⁴.

e idoneo a mutare la Costituzione dello Stato o la forma di Governo, e’punito con la reclusione non inferiore a cinque anni.”(Her kim, Devletin Anayasasını veya Hükümet şeklini değiştirmeye yönelik, şiddet içeren, doğrudan ve elverişli hareketler gerçekleştirirse, beş seneyi geçmemek üzere hapsedilir.) Özek, 765 sayılı TCK hazırlanırken, mehz 1889 tarihli İCK m. 118’de “costituzione” kelimesinin küçük harfle yazılmış olduğuna dikkat edilmeden, “temel kuruluş” anlamına gelen bu kavram yerine, “Teşkilatı Esasiye Kanunu” ifadesi ile tercüme yapılmış olmasını dikkatsizlik olarak kabul etmektedir. Yazara göre, mehz kanunda yer alan “costituzione” kelimesinin küçük harfle başlaması, bu kavramın İtalya Devleti’nin Anayasasına değil, temel kuruluşa işaret edildiğini göstermektedir. Yazar, bu sebeple, maddede (765 s. TCK m. 146) yer alan Teşkilatı Esasiye Kanunu ibaresinin 1930 tarihli halen daha yürürlükte olan İCK’daki gibi anlaşılması gerektiğini söylemektedir: Özek, Siyasi İktidar, sh. 95. İCK m. 283’de, 2006 yılında yapılan değişiklik ile maddedeki “costituzione” ibaresinin büyük harf ile başlayan “Costituzione” ile değiştirilmiş olduğunu belirtmek isteriz.

⁴⁰ Leotta, sh. 1349; Fiandaca/Musco, Parte Speciale 2008, sh. 14. Farklı görüşlerin değerlendirilmesi için bkz: Bricola/Zagrebel’sky, sh. 62 – 63.

⁴¹ Marconi, Interna, sh. 594; Dubolino, sh. 1000 – 1001; Delpino, sh. 52; Antolisei, Parte Speciale II, sh. 579; Galtiero, sh. 15.

⁴² Manzini, C. IV 1981, sh. 485; Macchia, sh. 228; Rossi, Attentato Contro la Costituzione, sh. 979; Farini/Trinci, sh. 18., Zaza, sh. 1670 – 1671.

⁴³ Fiandaca/Musco, Parte Speciale 2008, sh. 14; Dean, sh. 1105.

⁴⁴ Özenç, Suç Örgütleri, sh. 215; Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 3460; Erem, 1985, sh. 82.

Kanımızca, burada kastedilen şekli değil “maddi anlamda anayasa”dır⁴⁵. Maddi anlamda anayasa, devletin siyasi yapısı, iktidarın kullanılışı ve yetkileri ile ilgili kuralların bütünüdür. Buna devletin şekli ve hükümet biçimi, kuvvetler ayrılığı çerçevesinde yetki dağılımı, her bir kuvvetin yetkileri, temel hak ve özgürlükler de dahildir⁴⁶. Maddi anlamda

⁴⁵ Kavram için bkz: **Teziç**, sh. 150 – 153; **Modugno**, “Costituzione: I”, Enciclopedia Giuridica, C. X, sh. 3; **Eroğul**, Anayasayı Değiştirme, sh. 14 vd.; **Batum**, sh. 7 vd.; **Kaboğlu**, sh. 15. Kavramın, **Kaboğlu** tarafından Avrupa Birliğinin mevcut anayasal düzenine ilişkin kullanımı, anlamını ortaya koyması açısından önemlidir: **Kaboğlu**, sh. 170 vd., özellikle sh. 172.

⁴⁶ Yargıtayın da bu yönde yapmış olduğu tanımlar mevcuttur: “... TCK.’nın 146. maddesinin 1. fıkrası kapsamında bulunduğu kabul edilen olayın başlangıcındaki, yasa dışı toplantı ve gösteriye bölümler halinde katılarak, **Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna, Cumhuriyetin niteliklerine ve bu hükümlerin değiştirilemeyeceğine, değiştirilmesinin dahi teklif edilemeyeceğine ilişkin Anayasa ’nın 1, 2 ve 4. maddelerine aykırı** sloganlar atmak, güvenlik görevlilerinin uyarılarına rağmen dağılmayarak bu eylemleri sürdürmek, kurulan barikatı aşarak Kültür Şenliğine katılmak için gelmiş kişileri taşlamak şeklindeki eylemleri...” (**Yargıtay CGK**, 7.7.1998, 9-187/272, HT)

“TCK.nun 146. maddesindeki suçun konusu, devletin siyasi biçiminin ve kuruluşunun dayandığı temel ideolojik esaslar ve ilkeler olduğuna göre, bunların içine Anayasanın 1. maddesindeki Devlet ve Hükümet şekline ilişkin “Cumhuriyet” biçimindeki belirleme ile 2. maddesindeki “Laiklik” ilkelerinin girdiğinde kuşku yoktur.

Anayasanın 4. maddesi uyarınca değiştirilemeyeceği hüküm altına alınan 1. maddesi, Türkiye Devleti Bir Cumhuriyettir”, Cumhuriyetin nitelikleri başlığını taşıyan 2. maddesi ise; “Türkiye Cumhuriyeti toplumunun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliği’ne bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir” hükümlerini taşımaktadır.”

Yargıtay bu kararına konu olan somut olayı şu şekilde anlatmaktadır: “Somut olayda, 7-8 saatlik uzun bir zaman süreci içerisinde güvenlik görevlilerince yapılmış olan çeşitli uyarılara rağmen dağılmıyarak Hükümet Konağının önünde bulunan güvenlik görevlilerinin kurduğu barikatın da zorlanıp devlet ve hükümetin ilde temsilcisi olan Vali’ye “Şerefsiz Vali”, “Vali istifa” şeklinde yürüyüşler ve toplanmalar sırasında Cumhuriyetçilik ve Laiklik ilkelerine aykırı biçimde “Şeriat gelecek, zulüm bitecek”, “Cumhuriyeti burada kurduk, burada yıkacağız”, “Yaşasın şeriat”, “Kahrolsun laiklik”, “Şeriat isteriz”, “Dinsiz laikler” sloganlarının atılması, bir kısım işyeri, mesken, ve araçların yakılması, “yak” “yak” sloganları altında, güvenlik görevlilerinin kurduğu barikatın cebir kullanılmak suretiyle aşılıp, otelin yakılması suretiyle 35 kişinin öldürülmüş ve çok sayıda kişi ile güvenlik görevlisinin yaralanmış bulunması ve nihayet Türk inkılabının temel taşlarından birisi olan Sivas Kongresinin imzalandığı ve sonradan müzeye dönüştürülmüş bulunan bina ile önündeki Atatürk heykelinin tahrip edilmiş olması, olayda kullanılan cebri, bir kısım icra hareketlerinin TCK. nun 146. maddesinde belirtilen sonucu yaratmaya elverişliliğini ve (A.N.) ’nin düşünce ve davranışları, bahane edilmek suretiyle Anayasal düzenin en önemli ilkelerinden olan “Cumhuriyetçilik” ve “Laiklik” ilkelerinin ortadan kaldırılmasına yönelik bulunduğunu tüm açıklığı ile ortaya koymaktadır.” (**Yargıtay 9. CD**, 30.9.1996, 688/4716, HT). Yargıtay’ın suçun

anayasa kavramına, anayasal konulara ilişkin tüm kurallar girmektedir. Dolayısıyla bu kuralların anayasa koyucu tarafından konulmuş olmasına da gerek bulunmamaktadır⁴⁷.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen kavramını, maddi anlamda anayasa olarak kabul etmenin doğurabileceği bir takım sorunlar da mevcuttur. Bunların en önemlisi maddi anlamda anayasa kavramının yeterince kesin olmamasıdır⁴⁸. Suçun konusunun bu kadar geniş şekilde belirlenmesinin, sistemi statik hale getirebileceği ve bu geniş cezai koruma sahasının, sistemde yapılacak değişiklikler konusunda tereddüt yaratabileceği endişesi doğabilir.

Bu yersiz bir endişe değildir. Ancak, bu endişe suçun konusu darlaştırılarak giderilemez. Kanımızca çözüm, korunan hukuki menfaat ile suçun hareket unsurundadır. Her iki başlık altında da, suç ile anayasal düzenin gayrimeşru kalkışmalara karşı korunmakta olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, işlenen fiil cebri nitelik taşımadıkça, suçun konusuna yönelse bile, suç teşkil etmeyecektir⁴⁹. Buna ek olarak, suçun manevi unsurunu açıklarken izah edeceğimiz üzere, failin fiilini anayasayı ihlâl maksadıyla işlemesi şartının da sorunun çözümü açısından önemli olduğunu düşünüyoruz.

Öte yandan, suçun konusunun şekli anlamda anayasa olduğunun kabulü durumunda ise suç yalnızca anayasa yapmak veya değiştirmek için gerekli

konusunu bu şekilde tanımlaması bir yana, kararına konu olan somut olayı 765 s. TCK m. 146 kapsamında değerlendirmesi, kanımızca hatalıdır. Faillerin, Yargıtay'ın kabulü çerçevesinde, Cumhuriyet'in temel ilkelerin redderek, hatta bunlara yönelik olarak, bir takım şiddet hareketlerini gerçekleştirdikleri kabul edilse dahi, bunların neticeye yönelmiş ve elverişli icra hareketleri olduğunun kabulü güçtür.

⁴⁷ Teziç, sh. 151; Kaboğlu, sh. 16.

⁴⁸ Teziç, sh. 151.

⁴⁹ Ayrıca bkz.: **Birinci Bölüm, II.B.2.**

olan usuller ile yapılan işlemleri kapsayacaktır⁵⁰. Bu şekilde tanımlanan anayasal düzen, anayasa metninden ibarettir. Böylece, anayasa metninde yer alıp da, esasında anayasal düzene ilişkin olmayan konular, suçun konusuna dahil hale gelmekte, esasen anayasal düzene ilişkin olup da, anayasa metninde yer almayan konular ise suçun konusunun dışında kalmaktadır. Bu durumun maddenin konuluş amacına uygun olmayacağı açıktır.

Modern devletlerin, kuruluşları sırasında bulunduğu varsayılan toplumsal mutabakat, Anayasa metni ile somutlaşır. Bu metin kuşkusuz anayasal düzenin en temel unsurudur⁵¹. Ancak anayasal düzen kavramı anayasa metninden ibaret değildir. Ne var ki, Anayasa metninde yer alan bazı hükümler, anayasal düzenin tanımlanması açısından özellikle önemlidir.

Aralarında normlar hiyerarşisi açısından bir alt-üst ilişkisi bulunmamakla beraber, düzenin temel ilkelerini belirleyen hükümlerin anayasal düzen kavramı açısından belirleyici nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Anayasanın, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez hükümlerinin, prensip olarak bu kapsamda oldukları söylenebilir. Zira bu hükümler, tam da inceleme konumuz olan suç tipinin korumak istediği asıl değerlere işaret etmektedir. Bu değerler, devletin temel nitelikleridir.

Gerçekten de, Anayasa metninde yer alan bazı maddeler, anayasal düzenin bütününe ilişkindir ve bu düzeni tanımlamak açısından diğerlerine göre daha açıklayıcıdır. Devletin Cumhuriyet olarak tanımlanan şekli ve

⁵⁰ Teziç, sh. 152; Kaboğlu, sh. 15.

⁵¹ Konu hakkında bkz. yuk. **Birinci Bölüm, I.A.**

demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti karakteri, bu vazgeçilmez temel niteliklere işaret etmektedir⁵².

Öte yandan Anayasada yer alan kimi bazı maddeler, yukarıda saydığımız niteliklerin kapsamını belirleyen ve hayata geçmesini temin eden güvenceler ihtiva etmektedir. Meselâ, yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesinin bir ön şartıdır (AY m. 138). Dolayısıyla yargı bağımsızlığını ortadan kaldırmaya yönelik değişiklikler, doğrudan devletin temel niteliklerinden birini de hedef almaktadır.

Keza, esasen maddi anayasa kavramına dahil sayılan⁵³, seçimlerin temel kurallarını belirleyen hükümler, demokratik olmak özelliği açısından hayati değerdedir (AY m. 67). Seçim usullerinde, seçme ve seçilme hakkının özünün zarar görmesine sebep olacak değişiklikler yapılması, anayasal düzenin demokratik niteliğine zarar verecektir. Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma haklarının nasıl kullanılacağı, AY m. 67 hükmü çerçevesinde kanun ile belirlenecektir (AY m. 67/4). Bu örnekte, çıkarılacak bir kanun ile Anayasanın temel prensipleri ve bu temel prensiplerin önemli bir görünümü olan 67. maddeye tamamen aykırı bir değişiklik getirilse ve seçme ve seçilme hakkının özü ortadan kaldırılırsa, anayasal düzene yönelik bir eylemin varlığından bahsedilebilecektir. Elbette inceleme konumuz olan suçun oluşması için gerekli olan diğer şartların da olayda bulunması gerekecektir.

Anayasal düzeni tanımlamak için özel önem attığımız değiştirilemez maddeler açısından, 1982 Anayasası'nın sorunlu bir düzenlemeye sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Kanımızca, T.C. Anayasası, ilk üç maddesi ile

⁵² Benzer yönde: **Yargıtay 9. CD**, 30.9.1996, 688/4716.

⁵³ **Teziç**, sh. 151.

son derece geniş bir değiştirilemez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez alan yaratmıştır⁵⁴. Söz konusu durum yukarıda işaret ettiğimiz esaslar açısından sıkıntılıdır. Gerçekten de, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez olan yalnızca devletin cumhuriyet olan şekli olsa idi, bu takdirde cumhuriyet kavramının içini doldurmak için devletin temel niteliklerini de ekleyerek suçun konusu açısından makul bir değerlendirme yapabilecektik. Ne var ki, 1982 Anayasası, hazırlanışına sebep olan koşullar ve dönemin askeri yönetiminin benimsediği dünya görüşü çerçevesinde otoriter ve sınırlandırıcı bir ruh taşımaktadır⁵⁵. Bu anlayışın sonucu olarak ilk üç maddede yer alan ve oldukça geniş olduğunu düşündüğümüz bir alan yaratılmış ve bu alan değiştirilemez kabul edilmiştir⁵⁶.

Bu hususu bir örnek ile açıklamaya çalışalım: AY m. 3/4 uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin başkenti Ankara'dır. Çeşitli gerekçelerle başkentini başka bir ile taşınması kararı alınması veya yeni bir şehir inşa edilerek buranın başkent yapılması, tek başına anayasal düzeni temelinden yıkmaya yönelik bir eylem olarak kabul edilemez. Halbuki, zikrettiğimiz madde uyarınca, Ankara'nın Türkiye Cumhuriyeti'nin başkenti olması, Anayasa'nın değiştirilemez maddeleri arasında sayılmıştır. Bu bağlamda, başkentini taşınmasını öngören

⁵⁴ **Mümtaz Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Basım, Gerçek Kitabevi, İstanbul, 1997, sh. 266 – 267.

⁵⁵ 1982 Anayasası'nın, Danışma Meclisi tarafından hazırlanan taslağında, değiştirilemez hüküm, 1961 Anayasasında olduğu gibi Devletin şekli olan Cumhuriyet'e ilişkindi. Ne var ki, Milli Güvenlik Konseyi, bu konuda bir değişikliğe giderek Anayasanın ilk üç maddesini değiştirilemezlik kapsamına almıştır, bkz: **Onar**, Anayasayı Değiştirme Sorunu, sh. 11 vd.

⁵⁶ Bkz.: **Birinci Bölüm II.A.1.c**

bir değişiklik, Anayasayı İhlâl Suçunun konusunu teşkil edebilir mi? Bu hususta olumlu bir cevap vermek güçtür⁵⁷.

Ülkenin başkentinin taşınması, anayasal düzene yönelik eylemlerin sembolik bir tamamlayıcısı olabilir. Ancak, yalnızca başkentin taşınmasına bakılarak, anayasal düzenin değiştirildiğinin ileri sürülmesi güçtür. Bu bağlamda, anayasal düzen kavramının tanımlanması aşamasında⁵⁸ dikkat çektiğimiz, Anayasanın değiştirilemez maddelerinin öneminin, başkentle ilgili kısım açısından da söz konusu olacağını kabul etmek güçtür.

Bununla birlikte anayasa metni bir ülkenin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin temel esaslarla birlikte pek çok farklı konuda prensipleri belirlemekte, hatta kimi hallerde ayrıntılı düzenlemeler dahi içerebilmektedir. Dolayısıyla, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın öngördüğü düzen” ifadesi, anayasanın tek tek maddelerinden ziyade, bir bütünlük içinde anayasal düzeni kapsamaktadır⁵⁹.

Suçun konusunu tanımlarken maddi anayasa kavramına dikkat çekmemizin sebebi de budur. Maddi anayasa kavramı, Anayasayı İhlâl Suçunun konusunu tanımlamak açısından daha isabetlidir. Aşağıdaki örneklerde de göstereceğimiz üzere, suçun konusu şekli anayasa kavramı çerçevesinde belirlenirse, suçun kapsamı esasen daralmamaktadır. Niteliği itibariyle, geniş şekilde yorumlanması halinde temel hak ve özgürlükler açısından tehlikeli bir hale gelebilen suçun kapsamının doğru belirlenmesi, anayasal düzen kavramının amaca göre yorumu ile söz konusu olabilir.

⁵⁷ Aynı örneğe ilişkin ayrıca bkz.: **Soysal**, sh. 267 – 268.

⁵⁸ Bkz. yuk. **Birinci Bölüm I**.

⁵⁹ Aksi görüş: **Soyaslan**, TCK 146, sh. 68 – 69.

Bu bağlamda, devletin kamulaştırma (AY m. 46) ve devletleştirme (AY m. 47) yetkisine karşı çıkılması, mülkiyet hakkının sınırlarını (AY m. 35) tanımayarak bunların cebir ve şiddet yoluyla değiştirilmesinin amaç edinilmesi halinde, her ne kadar Anayasal düzeyde Devlete verilmiş bir takım yetkilere karşı mücadele edilmekte ve nihai olarak da bunların ilgası amaçlanmaktaysa da eylemler bir bütün olarak “anayasal düzene” yönelmemektedir.

Meselâ, kamulaştırma yetkisine dayanılarak ve ilgili hukuk kuralları içinde kalınarak yapılan kamulaştırmalar halkın bir kesiminde tepki oluşturabilir. Bu tepkinin sonucu olarak ortaya kamulaştırma yetkisinin ilgasını sağlamayı amaç edinen ve bunun için cebir ve şiddet kullanımını yöntem olarak benimseyen bir grubun çıkması durumunda, gerçekleştirilen cebri hareketlerin, suçun konusu yönünden Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışma konusu olabilir.

Bir boyutuyla özel mülkiyetin sınırlandırılması anlamına gelen kamulaştırma, Anayasa ile tanınan bir yetkiye dayanılarak yapılmaktadır (AY m. 46). Anayasa ve yasalardaki kurallara uyularak yapılan kamulaştırma işlemlerinin sonucunda mağdur olduğuna inanan bir grubun, bu yetkinin ilgası için silahlı mücadele vermesi, bu amaçla örgüt kurması ve hatta eylemlerinin elverişli hale gelmesi, Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturmaz. Her ne kadar, anılan kişiler netice itibariyle anayasanın bir hükmünün ortadan kaldırılmasını veya değiştirilmesini (kamulaştırma yetkisinin ilgası) amaç edinseler de, bu amaç anayasal düzene veya bu düzenin temel prensiplerine yönelik değildir.

Gene AY m. 72’de yer alan ve Devlete, vatandaşları zorunlu askerlik hizmetine alma yetkisi veren hükme karşı çıkan bir ideolojik akımın, askerlik hizmetinin zorunlu olmaktan çıkarılması ve devletin bu yetkisinin ilgası amacıyla cebir ve şiddet eylemleri gerçekleştirmesi şeklindeki hipotetik örnekte de, eylemler anayasal düzenin bütününe yönelmiş değildir. Bu itibarla, söz konusu hareket, silahlı da olsa, eylemlerin yöneldiği konu TCK m. 309’da gösterilen konu değildir.

Bu görüşümüz, anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşik ilişki bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilebilirse de, mesele Anayasa’nın hükümleri arasındaki hiyerarşik ilişkiyle ilintili değildir. Anayasa hükümlerinin hepsi, anayasal düzene ilişkin değildir. Anayasayı İhlâl Suçunun konusu bu düzen olduğundan dolayı, eylemin yöneldiği maksadın, anayasal düzen değil de, bu düzene ilişkin olmaksızın, Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesini kapsamaması halinde suçun oluşmayacağını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, maddede yer alan anayasal düzen ibaresinden, maddi anlamda anayasanın anlaşılması gerektiği yönündeki görüşümüz çerçevesinde, bu ibarenin anayasanın metninden ve bu metnin maddelerinden daha geniş ve farklı bir anlama sahip olduğunu kabul ediyoruz.

Madde ile T.C. Anayasasının öngördüğü düzen korunmaktadır. Bu bağlamda anayasal düzenin temellerine yönelen eylemler suç oluşturur. Söz konusu eylemlerin neticede Anayasanın sadece bir maddesinin veya bir kelimesinin ilgasını öngörmesi, anayasal düzene yönelik eylemler olarak görülebileceği gibi, bunun aksine olarak, anayasadan kaynaklanan bir yetkinin veya görevin ilgasına yönelen cebri hareketlerin de, kendiliğinden “anayasal düzeni” hedef aldığı söylenemez.

Anayasal düzen kavramı, devletin temel niteliklerini, kuruluştaki temel mutabakatları ifade eder. Eğer bunların işlevsiz kalmasına yol açacak bir değişiklik, cebri şekilde gerçekleştirilmeye çalışılırsa, eylem anayasal düzene yönelmiş olarak kabul edilmelidir. Söz konusu hareketlerin hukuki değişiklikler ile desteklenmesi gerekmez. Yani demokratik hukuk devleti niteliğinin kaybolması sonucunu doğuran uygulamalar da suçun konusuna yönelmiştir.

Bu durumda, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen” kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusuna yanıt aranırken, korunan hukuki değer de dikkate alınmalıdır.

Anayasal düzen, anayasa metni ile sınırlı olmayan bir kavramdır. Sistemin temel niteliklerini öncelikle ihtiva eder. Bu durumda, anayasal düzen, anayasa kavramının ortaya çıkışı ve altında yatan fikrî temel de dikkate alındığında, meşru, insan haklarını korumayı amaçlayan, çoğulcu bir düzeni ifade eder.

Her toplum temel devlet şeklini kendisi belirler. Anayasal düzene ilişkin olarak yukarıda Birinci Bölüm altında yapmış olduğumuz tanım, bu düzenin cumhuriyet olmasını zorunlu kılmaz. Dünyada demokratik nitelikler taşıyan pek çok monarşik yönetim, otoriter pek çok cumhuriyet vardır.

Gene, sosyal devlet niteliği, yukarıdaki tanıma uyan kimi bazı ülkeler tarafından, ya kabul edilmemekte ya da son derece sınırlı olarak uygulanmaktadır. Dolayısıyla, bu kavramlar dahi demokratik anayasal düzen açısından zorunlu değildir.

Ancak, her anayasal düzen, kendi içinde bir bütünlük arz eden ve başka anayasalarda yer dahi verilmeyen bir takım prensiplere veya kurumlara

sahip olabilir⁶⁰. Dahası bunlar, değiştirilemez, yani bahis konusu olan anayasal düzenin temel nitelikte gördüğü hususlardan olabilir. Sadece başka anayasalarda bulunmamaları ya da değiştirilemez, vazgeçilemez olarak görülmemeleri, gereksiz oldukları anlamına gelmez.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, anayasal düzenin, değiştirilemez olarak kabul edilenler başta olmak üzere, temel niteliklerinin, suç açısından öncelikle dikkate alınması gereken unsurlar olduğu kanısındayız.

Bu bağlamda, adil şekilde cereyan eden seçimler neticesinde, hakkaniyetli bir temsil tablosunun oluştuğu meşru bir süreç sonunda iktidara gelen siyasi gücün dahi, anayasal düzeni istediği gibi tasarlama yetkisine sahip olduğu kabul edilemez.

Meselâ, yargı erkinin işleyişini bozacak, onu bağımlı hale getirecek değişiklikler bu kapsamdadır. Böyle bir örnekte, anayasal düzen kısmen ortadan kaldırılmakta, temel kuvvetlerden biri işlevsiz bırakılmaktadır. Meclisin yasama yetkisinin devri anlamına gelecek bir anayasa değişikliği yapması da böyle bir duruma örnek teşkil eder.

Bu konuda akla gelebilecek başka örnekler, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin kötüye kullanılması; anayasal hükümlere aykırı şekilde olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilân edilerek olağan dönemin sonlandırılması

⁶⁰ *Eroğul*, bu husustaki değerlendirmesini, “teklifleri muhteva bakımından sınırlandıranlar” başlığı altında, “geçmişe karşı sınırlandırma”, “geleceğe karşı sınırlandırma” ve “mevcudu aşırı koruma gayretleri” şeklinde üç alt başlık şeklinde incelemektedir: **Eroğul**, Anayasayı Değiştirme, sh. 48 - 50. Söz konusu kısımda gösterilen, cumhurbaşkanının yeniden seçilememesine ilişkin hükmü değiştirilemez olarak kabul eden anayasalar (Honduras Anayasası m. 342/2, Guatemala Anayasası m. 267) bu hususta ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Keza Alman Anayasası m. 79 ile, ülkenin federal yapısına, bunların yasama sürecine katılımlarına ve ilk 20 maddede sayılan temel haklara ilişkin maddeler değiştirilemez olarak kabul edilmiştir.

ve bu yönetim biçimlerinin sağladığı hukuki olanaklardan yararlanılması olarak gösterilebilir.

AY m. 14 bu konuda yol göstericidir. Maddenin ilk fıkrasına göre, *“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde yorumlanamaz”*. İkinci fıkrada ise *“Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz”* hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin son fıkrası ile yukarıda sayılanlara aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyidelerin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

AY m. 14/1 ve 2’de sayılmış olan hususlar, anayasal düzen kavramının tanımlanması ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının temellerinin belirlenmesi aşamasında önem taşımaktadır. AY m. 14/2’de, Anayasa hükümlerinin, temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya Anayasada belirtilenden daha geniş bir şekilde sınırlandırılması şeklinde kullanılamayacağını hükme bağlamaktadır.

Yukarıda vermiş olduğumuz, olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânlarına ilişkin örnek çerçevesinde, AY m. 120 ve 122’de gösterilen koşulların kaldırılarak, olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilânının bakanlar kurulunun sınırsız takdirine bırakılması, Anayasada öngörülen koşulları bulunmadan olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edilmesi, bunların koşullarının ortadan

kalkmış olmasına rağmen sürdürülmesine devam edilmesi gibi durumlar tartışılmaya değerdir⁶¹.

Anayasal düzenin kendisi tarafından öngörülen ve niteliği itibariyle cebri özellikler taşıyan, adı geçen olağandışı yönetim biçimlerine, şeklen hukuk kurallarına uyularak, ancak somut olayda, Anayasada öngörülen koşullar bulunmaksızın geçilmesi durumunda da suçun konu itibariyle olduğu kabul edilebilir. Zira Anayasada öngörülen koşullar bulunmaksızın, bu yönetim biçimlerine geçilmesi, Anayasal hak ve özgürlüklerin askıya alınması sonucunu doğurmakta olup (bkz: AY m. 119, 120, 121, 122 ve 148/1) anayasanın ihlâli sonucunu doğurabilir.

Anayasal düzen kavramı açısından Anayasa Mahkemesi'nin de ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, AY m. 148 uyarınca, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün, Anayasaya şekil ve esas yönünden uygunluğunu denetler. Anayasa değişiklikleri ise şekil yönünden incelenip ve denetlenebilmektedir.

Görevleri dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin anayasal düzen açısından oldukça kritik bir pozisyonu olduğu görülmektedir. Bu mahkemeye yönelen ve mahkemenin vereceği kararların baskı altına alınması sonucunu doğuran hallerde de anayasal düzenin işleminin fiilen engellenmesi söz konusu olabilecektir.

Elbette, böyle bir eylemin Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturduğunun kabul edilebilmesi için, cebir ve şiddet unsurlarının somut olayda bulunması gerekmektedir.

⁶¹ Bu hususları aşağıda tartışacağız, bkz.: **İkinci Bölüm II.D.2**

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, kendisi açısından kritik sonuç doğuracak bir karara etki etmek amacıyla Mahkemenin üyelerine cebir uygulanması, Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturmaz. Ancak anayasal düzenin işleyişine ilişkin bir hususta cebri yollarla Mahkemenin karar almasını engellemek veya karara etki etmek gibi ihtimaller bu suçun kapsamındadır. Anayasal düzenin temel niteliklerini ortadan kaldıran bir kanunun, incelenmesi neticesinde verilecek olan iptal kararını engellemek için mahkeme üyelerinin tamamı veya bir kısmına cebri hareketler uygulanması, mahkemenin ablukaya alınarak karara etki edilmesi bu duruma gösterilebilecek örneklerdir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasal düzenin temellerine ilişkin olarak kabul etmiş olduğu prensiplerin de suçun konusuna dahil olduğunu ifade etmek isteriz.

Suçun konusuna ilişkin yapmış olduğumuz bu değerlendirmeler, anayasal düzenin değiştirilmesinin meşru yöntemlerle olması gerektiği yönündeki korunan değer ile birlikte yorumlanmalıdır. Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik kişiler, daha ileri bir düzen kurmak istediklerini ifade edebilirler. Aynı şekilde, kurulu düzenin gayri meşru hale geldiğine inanıyor olabilirler. Fakat tüm bu inanışlar, anayasal düzeni cebir ve şiddet yoluyla değiştirme hakkını vermez. Kurulu anayasal düzenin tümüyle değiştirilmesi, ancak meşru bir şekilde oluşturulmuş asli kurucu iktidar tarafından yapılabilir. Bu sebeple, her ne kadar failler ve onlara sempati duyanlar tarafından meşru bir amaca hizmet ettiği düşünülse de, Marksist – Leninist ilkeye dayalı bir sistem taratmak, milliyetçi ve otoriter bir düzen oluşturmak, din esaslarına dayalı bir devlet düzeni kurmak amacıyla cebir ve şiddete

başvurulması durumunda, bu eylemlerin yöneldiği konu anayasal düzendir⁶².

B. Fail

Anayasayı İhlal Suçu herkes tarafından işlenebilen suçlardandır⁶³. Yani bu suç özgü suçlardan değildir. Ancak buna rağmen, söz konusu suçun işlendiği örnekler dikkate alındığında, bir takım özelliği olan kişilerin fail olmasının daha muhtemel olduğu görülmektedir. Bu yüzden

⁶² "... Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasını zorla değiştirip yerine Marksist – Leninist ilkeye dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik olarak vahamet arz eden eylemleri gerçekleştirdiği..." (Yargıtay 9. CD, 23.2.2004, 2015/464, Baltacı, s. 147). "Toplanan delillere göre, sanığın mensubu olduğu silâhlı çete niteliğindeki örgütün Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasını zorla değiştirip yerine (marksist – leninist ilkeye) dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik olarak vahamet arz eden silahlı çatışma ve silahlı saldırı olaylarına fiilen katıldığının beyan, diğer ifadeler ve tekmil dosya kapsamı ile anlaşılması karşısında TCK'nın 146. maddesi yerine yazılı madde ile ceza tayini..." (Yargıtay 9. CD, 12.2.2002, 123/324, Baltacı, s. 147). "Silahlı örgüte üye olan sanıkların ... eylemlerinin örgütün Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasını zorla değiştirip yerine dini esaslara dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik olarak vahamet arz eden olaylar cümlesinden olduğu..." (Yargıtay 9. CD, 6.2.2008, 2007/9830, 2008/651, Akkaya, s. 169 - 170). "Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın mensubu bulunduğu silahlı çete niteliğindeki örgütün Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını zorla değiştirip, yerine İslami esaslara dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik olarak vahamet arz eden olaylara fiilen katıldığının sübutu kabul ve eylemin amaç suçun işlenmesi doğrultusundaki örgütsel bağlılık ile ülke genelindeki organik bütünlüğüne göre soruşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin edilmiş, cezayı azaltıcı sebebin niteliği ..." (Yargıtay 9. CD, 27.2.2008, 2007/10278, 2008/1304, Akkaya, s. 170 – 171). Aynı yönde bkz: Yargıtay 9. CD, 6.2.2008, 2007/11339, 2008/684, Akkaya, s. 171; Yargıtay 9. CD, 8.11.2007, 8552/8036, Yargıtay 9. CD, 16.11.2009, 14759/11466, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8479; Yargıtay 9. CD, 7.7.2009, 2008/18723, 2009/8678, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8480; Yargıtay 9. CD, 6.7.2009, 1879/7813, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8481.

⁶³ Aynı yönde: Özek, Siyasî İktidar, sh. 71; Gören, sh. 94; Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 228; Soyaslan, TCK 146, sh. 77. "TCK'nun 146. maddesinde "Teşebbüs edenler" deyiminin kullanılmış olması, suçun işlenmesi bakımından şahıs itibarıyla bir ayırım yapılmadığını ortaya koymaktadır. Maddenin koruduğu değer yukarıda değinilen niteliği de korunan hususu ihlal eden bir kimsenin konumuna bakılmaksızın suç faili olabileceğini göstermektedir." (Yargıtay 9. CD, 30.9.1996, 688/4716, www.hukukturk.com)

soruşturulmaları ve kovuşturulmaları özellik arz eden kimselerin durumlarının ayrıca incelenmesi gerekir⁶⁴.

Buna ek olarak inceleme konumuzu teşkil eden suçun kendisi, bir kısım failer açısından çeşitli özellikler arz edebilir. Meselâ, Cumhurbaşkanının vatana ihanet nedeniyle görevinden alınmasına izin veren Anayasa maddesinin içi doldurulurken dikkate alınacak suç tiplerinden biri de Anayasayı İhlâl Suçudur.

765 sayılı TCK'da düzenlenen Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin olarak, suçun, "Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" kısmında yer almış olmasından dolayı, özellikle İtalyan doktrinde, suç failinin sadece bu kuvvetler dışındaki kişiler olabileceği yönünde görüşler belirmiştir⁶⁵. Biz, sözü edilen görüşün, 765 sayılı TCK döneminde de kabulünün mümkün olamayacağını ortaya koyan Özek'in görüşlerine iştirak ediyoruz⁶⁶.

C. Mağdur

Ceza hukuku anlamında mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişidir⁶⁷. Mağdur kavramı, suçun konusu ve suçtan zarar görenden farklıdır. Anayasayı İhlâl Suçu, mağduru belli bir kişi olmayan suçlardandır⁶⁸. Bu, inceleme konumuz olan suç tipinin mağdurunun belirli bir kimse olmasının mümkün olmadığı anlamına gelmektedir.

Öte yandan, suç ile korunan hukuksal değere ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet

⁶⁴ Bu hususta ayrıntılı inceleme için bkz.: **Üçüncü Bölüm I.B.**

⁶⁵ Bu görüşler için bkz.: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 69.

⁶⁶ Ayrıntı bilgi için bkz.: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 69 vd.

⁶⁷ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 209.

⁶⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 212.

hareketlerinin, demokratik ve meşru bir anayasal düzende yaşama hakkına sahip olan bütün bireyleri mağdur ettiği kabul edilmelidir⁶⁹. Dolayısıyla bu suçun mağduru anayasal düzenin ait olduğu toplumu oluşturan bütün bireylerdir.

Anayasayı İhlâl Suçunun işlenmesi sırasında, ortadan kaldırılan, ilga edilen, işlevini yerine getirmesi fiilen engellenen bir takım anayasal kurumların suçun mağduru oldukları kabul edilemez. Zira bütün bu kurumlar da, anayasal düzenin asıl sahibi olan toplumun menfaati için işlev görmektedir. Bu bağlamda, Anayasayı İhlâl Suçunun mağdurunun devlet olduğu yönündeki fikre katılmıyoruz⁷⁰.

Suçtan zarar gören kavramı ise mağdurdan farklı bir anlam taşımaktadır. Kimi hallerde bu iki sıfatın aynı kişide birleşebilmesi, bu iki kavramın aynı olduğu yorumuna yol açmamalıdır. Suçtan zarar gören kişi genellikle mağdurken, bazı hallerde mağdurun dışındaki kişileri de ifade edebilir.

Suçtan zarar gören kavramının, konumuz açısından önemi, ceza muhakemesinde, kamu davasına katılma açısından ve CMK m. 237 uyarınca, mağdur ve suçtan zarar gören kişiler kovuşturma evresinin (ilk derece mahkemesindeki kısmın) her aşamasında hüküm verilinceye kadar

⁶⁹ Aynı yönde: **Özgenç**, Suç Örgütleri, s. 228; **Koca/Üzülmez**, s. 107. Ayrıca bkz: **Özek**, 1997 TCK Tasarısı, s. 663 - 665; **Alacakaptan**, Düşünce Özgürlüğü, s. 12 vd; **Yaşar**, sh. 193. **Özek**, suçun pasif süjesinin Devlet, korunan hukuki değer sahibinin ise birey olduğunu söylemektedir. Kanımızca Devlet, bu suçun pasif süjesi değil, suçun konusu olan anayasal düzenin bir sonucudur. Kendinden menkul hak ve menfaatlere sahip olmadığını kabul ettiğimiz devletin, bir sistem, düzen; bireylerin menfaatlerini korumak ve artırmak için oluşturdukları bir mekanizma olduğunu düşünüyoruz. Kanımızca, **Özek** ve **Alacakaptan** tarafından kastedilen de budur.

⁷⁰ Aynı yönde: **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 211. Karşı görüş: **Dönmezer/Erman**, Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt: II, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 429; **Demirbaş**, s. 508.

şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Yukarıda belirtmiş olduğumuz, Anayasayı İhlâl Suçunun mağdurunun muayyen bir kimse olmadığına ilişkin görüş bu noktada pratik önem kazanmaktadır. Biz, herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin, Anayasayı İhlâl Suçunun suçtan zarar göreni konumunda olmadığını ve bu sıfatı da taşımayacağını düşünüyoruz⁷¹. Zira anayasal düzen ve bu düzenin varlığını sürdürmesi konusunda bütün toplumun ve kurumlarının menfaati vardır. Bu düzene yönelik cebir saldırıların sayılan herkese yönelik olduğu da kuşkusuzdur. Ancak davaya katılma hakkı tanınması açısından, bütün toplumu ilgilendiren bu fiile ilişkin herkesin suçtan zarar gören sıfatı taşıdığının kabulü muhakeme hukuku prensipleri açısından uygun değildir.

Bu bağlamda, Anayasayı İhlâl Suçunun muhakemesine CMK m. 237 uyarınca katılan sıfatını taşıyabilecek kimse olmadığını ve bu suça ilişkin davaya katılma söz konusu olamayacağını düşünüyoruz⁷².

⁷¹ Nitekim Yargıtay da bu çerçevede karar vermiştir: “Sanığın 765 sayılı TCK’nın 146/1, 59/1, 31, 33, 40 maddeleri gereğince mahkûmiyetine ilişkin dosya incelenerek gereği düşünüldü: 1- İçişleri Bakanlığının suçtan doğrudan zarar görmemesi nedeniyle davaya katılma ve hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığından vekilinin temyiz talebinin CMUK’nun 317. maddesi gereğince REDDİNE...” (Yargıtay 9. CD, 7.7.2009, 2008/18723, 2009/8678, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8480).

⁷² Bu durum, TCK m. 301’e ilişkin olarak verilen, ve CGK’ya kadar giden bir davada tartışma konusu olmuş ve belirttiğimiz yönde sonuca varılmıştır: “Davanın niteliği itibarıyla suçtan, doğrudan zarar görmeleri söz konusu olmayan müştekilerin katılmalarına ilişkin karar hukuki değerden yoksun olup yok hükmünde bulunmakla hükmü temyize de yetki vermeyeceğinden katılanlar vekillerinin temyiz isteklerinin CMUK’nun 317. maddesi uyarınca reddine” (Yargıtay 9. CD, 1.5.2006, 711/2497 sayılı kararın ilgili kısmını aynen aktaran Yargıtay CGK, 7.10.2006, 9-169/184).

Bu kararın değerlendirildiği CGK kararına muhalif kalan Yargıtay CGK başkanı Osman Şirin ile Üye Muvaffak Tatar, muhalefet şerhlerinde, Sanık Müdafileri tarafından dosyaya sunulan Sami Selçuk tarafından hazırlanmış bulunan hukuki mütalaanın bir kısmını aynen naklederek, buradaki görüşlere iştirak ettiklerini belirtmişlerdir. Buradan konumuza ilişkin olan kısmı, önemi nedeniyle aktararak değerlendirmek istiyoruz: “TC Yasasının 159. maddesinde öngörülen suçun edilgin öznesi (mağduru) tüzel kişiliği olan devlettir. Çünkü, değerlerin sahibi de, taşıyıcısı (hamili)da devlettir. Zarar gören ile mağdur nitelikleri devlette örtüşmüşlerdir.

Bu görüşü ortaya koyduktan sonra, suç tipinin maddi unsurunda gösterilen cebir ve şiddete maruz kalanların katılma taleplerinin nasıl değerlendirilecekleri, bunların suçtan zarar görüp görmedikleri sorusu sorulabilir. Kanımızca, inceleme konumuz olan suçun cebir ve şiddet kullanılarak işlenmesi, cebir ve şiddete doğrudan maruz kalanları, Anayasayı İhlâl Suçu açısından, mağdur veya suçtan zarar gören konumuna sokmaz.

Ancak bu kişiler veya yakınları, TCK m. 309/2 uyarınca Anayasayı İhlâl Suçunun “işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur” hükmü karşısında, maruz kaldıkları cebir ve şiddet fiilleriyle ilgili olarak, mesela mağduru oldukları yaralama suçu açısından katılma talebinde bulunabileceklerdir.

Bu noktada suçtan zarar gören sıfatına ilişkin 765 sayılı TCK açısından farklı bir durum söz konusu olduğunu da ifade etmek gerekir. 765 sayılı TCK döneminde, cebir ve şiddet eylemlerinin, Anayasayı İhlâl Suçunun içinde

Türk Ulusu ve maddede sayılan kurum ve kuruluşların çoğu tüzel kişiliği haiz bulunmadığına, korunan değerlerin sahipleri değil, konuları olduklarına göre, olaydan doğrudan zarar görmeyen, değerlerin sahibi bulunmayan kimi yurttaşların davaya katılan (müdahil) olarak kabulü hukuka aykırıdır. Katılma gerekçesine karşın, bu kez bir derneğin katılma isteğinin reddine karar verilmesi ise bir iç çelişkidir. Sayın Mahkemenin mantığına göre, eğer Türk Ulusu ve Türkler aşağılanmış iseler, davada yargılama yapan yargıçlar dahil, her Türk yurttaşının davaya katılması gerekmez miydi? Eğer mağdur, zarar gören kavramları böyle algılanırsa, bu sorunun sorulması doğaldır. Demek, yanlışlık, korunan değeri ve sahibini algılamakta duraksayan Sayın Mahkemenin katılma kararındadır.” Kanımızca, bu mütalaada varılan sonuç doğru olmakla beraber gerekçesi hatalıdır. Selçuk tarafından ifade edilen suçun mağdurunun devlet olduğu yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz. Anılan davada katılmanın mümkün olmamasının sebebi, mağdurun devlet oluşu değil, mağdurun belirli bir kimse olmayışı dolayısıyla suçtan zarar gören sıfatını taşıyabilecek belirli bir kişinin bulunmasının söz konusu olmayışıdır.

eriyeceği kabul edilmekteydi⁷³. Hal böyle olunca, anayasal düzene yönelik cebir eylemlerinden dolayı zarar görenlerinin bu açıdan davaya müdahil olmaları kabul edilebilirdi.

D. Fiil

1. Genel Olarak

Ceza sorumluluğunun doğabilmesi, ancak belli bir amaca yönelik, iradî olarak gerçekleştirilen ve dış dünyada beliren bir “hareket”in bulunması halinde mümkün olabilir⁷⁴. Bu temel ilkeye göre, hareket olmaksızın suç da olmaz (*nullum crimen sine actione*). Ceza hukukunun temel kaidelerinden olan bu prensip, Anayasayı İhlâl Suçu açısından özellikle dikkate alınmalıdır.

Anayasal düzene yönelen ve bu düzeni ortadan kaldırmayı hedefleyen muhalif fikirler, mevcut düzende muktedir olanlar tarafından hoş karşılanmayan ve karşı konulması gerekli akımlar olarak kabul edilegelmiştir. Anayasayı İhlâl Suçu ile mevcut anayasal düzenin fikren reddedilmesi arasında önemli bir fark vardır⁷⁵. İkinci ihtimalin Anayasayı

⁷³ “Öğreti ile yine süreklilik gösteren Yargısal kararlarda TCK’nun 146. maddesinde yer alan cebir ögesini gerçekleştirmek üzere, diğer bir deyişle bu maddedeki suçu işlemek saiki ile adam öldürüldüğünde de yalnızca TCK’nun 146. maddesi hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.” (Yargıtay 9. CD, 30.9.1996, 688/4716, HT); “... sanıkların mensubu oldukları örgütün amacı doğrultusunda 14 ayrı eyleme katıldıklarının anlaşılması karşısında, sanıkların 5237 sayılı Yasanın 309/1. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesi sırasında başka suçları da işlemleri nedeniyle, aynı Yasa maddesinin 2. fıkrası uyarınca yasanın amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alındığında, haklarında ayrıca bu suçlardan dolayı da ilgili hükümlere göre ceza tayini gerektiği, bu durumda da 765 sayılı TCK’nın 146/1. maddesinin sanıklar lehine olduğu gözetilmeden yasaya uygun olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi...” (Yargıtay 9. CD, 30.5.2006, 1276/2927, Akkaya, s. 203; Aynı yönde: Yargıtay 9. CD, 8.5.2007, 2572/3890, Parlar/Hatipoğlu, s. 4574).

⁷⁴ Hakeri, sh. 136; Dönmezer/Erman, C.I, sh. 366, 371 vd; Fletcher, sh. 44; William Wilson, Central Issues in Criminal Theory, Hart Publishing, 2002, sh. 78; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sh. 199; Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 214.

⁷⁵ Rossi, sh. 979. Yazar, kamuya ifşa edilsin ya da gizli olsun; yazılı veya sözlü her türlü propogandanın anayasal düzene yönelik suç kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar bu hususta Fransız Yargıtay’ının 26 Nisan 1817’de vermiş olduğu, kararın

İhlal Suçu kapsamında olmaması bir yana, düşünce ve ifade özgürlüğü çerçevesinde bir hak teşkil ettiği unutulmamalıdır.

Cebir ve şiddet kullanımı içermeyen, ancak anayasal düzene karşı olan, anayasal düzenin değiştirilmesi gerektiğini savunan eylemlerin anayasayı ihlâl niteliğinde olduğunun kabul edilmesi düşünce ve ifade özgürlüğünün önünde önemli bir tehdit teşkil edecektir.

Anayasayı ihlâl ile anayasaya aykırılık birbirinden farklı ve ayırt edilmesi gereken iki kavramdır. Bu hususa yukarıda ayrıntılı olarak değinmiştik⁷⁶. Cebir ve şiddet kullanımı içermemekle birlikte, anayasal düzenin değiştirilmesine veya fiilen uygulanmaması sonucuna yol açan kimi bazı hareketlerin anayasayı ihlâl değil anayasaya aykırılık teşkil ettiği gözden kaçırılmamalıdır.

Anayasayı İhlâl Suçu ile anayasanın çiğnenmesi sonucunu doğuran, anayasal hakların kullanımını engelleyen her türlü eylem cezalandırılmamaktadır. Bu suçun ihdas edilmesinin altında yatan neden, cebir ve şiddet kullanımı içeren ve bu surette anayasal düzenin demokratik ve meşru yollar dışında değiştirilmesini veya fiilen uygulanmasını engelleyen davranışları önlemektir.

Yukarıda değindiğimiz sakıncaların farkında olan kanunkoyucu, suçun ancak cebir ve şiddet kullanılarak işlenebileceğini öngörmüştür. Toplumun geniş kesimleri tarafından benimsenen, hatta insanlığın gelişim düzeyi

verildiği tarihte yürürlükte olan Fransız Ceza Kanunu'nun 87. maddesine ilişkin (bu madde İCK 283'e karşılık gelmektedir) kararına atıf yapmaktadır. Söz konusu karara göre, maddi olmayan hareketler, yani söylem ve yazılar hiçbir şekilde kalkışmayı oluşturan dışsal hareketi (davranışı) teşkil etmezler.

⁷⁶ Bkz: **Birinci Bölüm II.B.2**

bağlamında en gelişmiş sistem olduğu kabul edilen, mevcut anayasal düzenin tartışılabilmesi, gene toplumun menfaatinedir. Bu sebeple, cebir ve şiddet içermeyen eylemlerin, Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturabileceğinin kabulü, T.C. Anayasasının temel değerleri arasında yer alan demokrasiye en büyük darbeyi vuracaktır.

Anayasayı İhlâl Suçu açısından özel önemine işaret ettiğimiz hareket unsuru, suç tipinde öngörülen özelliklerine göre çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutulmaktadır⁷⁷. Bu sınıflandırmalara göre, hareket unsuru, hareketin önemi açısından, serbest hareketli, bağlı hareketli veya seçimlik hareketli suçlar⁷⁸; suçun oluşması için gerekli olan hareketin sayısı bakımından, tek hareketli veya çok hareketli suçlar⁷⁹; hareketin doğası açısından icraî veya ihmali suçlar olarak sınıflandırılabilir⁸⁰. Ayrıca suç ile korunan hukuki değere zarar verilmesinin arandığı zarar suçları ile bu değerlerin tehlikeye sokulmasının yeterli olduğu tehlike suçları şeklinde de bir ayırım yapılmaktadır⁸¹. Son

⁷⁷ Ülkemiz doktrinde bahsedilen bu sınıflandırmaların hangi başlıklar altında yapılması gerektiği ve tercih edilen bazı kavramlar açısından bir terim birliği bulunmamaktadır. Tercih ettiklerimize karşılık gelen terimlere dipnotta yer vereceğiz.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 164 vd; **Dönmezer/Erman**, C.I., sh. 372; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 210; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 247 vd. *Dönmezer/Erman* ve *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, seçimlik hareketli suçları hareketin sayısı açısından incelemektedir.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 234 vd; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 163 - 164; **Dönmezer/Erman**, C.I., sh. 373 vd.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 216 vd.; **Dönmezer/Erman**, C.I., sh. 376 vd.; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 238 vd.. *Dönmezer/Erman* ve *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, icrai ve ihmali suçlar ayırımını “*hareketin şekline göre tasnif*” başlığı altında incelemektedir.

⁸¹ Tehlike suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Vesile Sonay Daragenli**, “Tehlike Suçları”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, 1999; **Alacakaptan**, Düşünce Özgürlüğü, sh. 19 -26; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 207; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 286 vd.

olarak fiilin icrasının devam edip etmemesine göre, ani suç, mütemadi suç ayırımı çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekir⁸².

Bu saydıklarımıza ek olarak, Anayasayı İhlâl Suçunun, “kalkışma suçları” olarak adlandırılan bir kategori içinde yer almasından ötürü, bu konuda da bir değerlendirme yapılması zorunludur⁸³.

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminden beri, Anayasayı İhlâl Suçunun tatbikine ilişkin bir takım prensipler geliştirmiştir ve uygulaması, ayırık kararlar bir yana, bu prensipler paralelinde devam etmektedir. Buna göre Yargıtay’ın, konuya ilişkin içtihatlarının büyük çoğunluğu; maddede gösterilen neticelere ulaşma amacının varlığını tespit ettikten sonra, sanıkların eylemlerinin “*vahamet arz eden olaylar cümlesinden olduğu*”⁸⁴, sanığın “*vahamet arz eden olaylara fiilen katıldığı*”⁸⁵ kabulü, “*...eylemlerin niteliği, vahameti ve yoğunluğu nazara alındığında...*”⁸⁶ gibi ifadelerle, somut olayda gerçekleşen eylemlerin, örgüte katılmak veya yönetmek düzeyini aşarak “*vahamet arz eden*” nitelikte olduğunu kabul ederse, Anayasayı İhlâl Suçundan hüküm kurulması gerektiği yönündedir.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 247 vd., Özgenç, Genel Hükümler, sh. 168 – 169. Doktrinde, ani suç – mütemadi suç ayırımının netice unsuruna ilişkin olduğu ve devam edenin netice olduğuna ilişkin görüşler de bulunmaktadır, bkz: Dönmezer/Erman, C.I., sh. 385; Hakeri, sh. 159.

⁸³ Kavram için bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 253; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 471.

⁸⁴ Yargıtay 9. C.D., 6.2.2008, 2007/9830, 2008/651 (Akkaya, sh. 169 – 170); Yargıtay 9. C.D., 8.12.2003, 478/2194.

⁸⁵ Yargıtay 9. C.D., 27.2.2008, 2007/10278, 2008/1304 (Akkaya, sh. 170 – 171); Yargıtay 9. C.D., 8.11.2007, 8552/8036; Yargıtay 9. C.D., 16.11.2009, 14759/11466 (Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 8479), Yargıtay 9. C.D., 12.2.2002, 123/324; Yargıtay 9. C.D., 1.12.2003, 1915/2142 (Akkaya, sh. 176).

⁸⁶ Yargıtay 9. C.D., 23.2.2004, 2015/464 (Akkaya, sh. 175 – 176)

Kanımızca, uzunca süreden beri takip edilen bu içtihatlar, gerek 765 sayılı TCK m. 146 açısından, gerekse 5237 sayılı TCK m. 309 açısından, hatalıdır⁸⁷. Sivil ve Askeri Yargıtay içtihatları çerçevesinde şekillenen tatbikat, zikredeceğimiz istisnai kararlar haricinde, suç tipi ile öngörülen asıl standardı uygulamaktan uzak kalmıştır.

Anayasayı İhlâl Suçunun kanuni tipinde teşebbüs aşamasına gelinmekle, tamamlanmış gibi ceza verilmesi öngörülmektedir. Anılan düzenlemenin, suça olağanüstü bir karakter verdiği sonucuna varılmamalıdır. Bu bağlamda, ceza kanunlarında ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan bütün suç tipleri açısından söz konusu olan temel prensipler Anayasayı İhlâl Suçu açısından da geçerlidir⁸⁸. Meselâ, kanunilik prensibi çerçevesinde, suçun yalnızca gerçekleştirilen cebir ve şiddet hareketleri ile işlenebileceği unutulmamalıdır. Söz konusu cebir ve şiddet hareketleri ise her türlü cebir ve şiddet olmayıp, bunların icra hareketi niteliğinde ve maddede gösterilen neticeleri gerçekleştirmeye elverişli olması da aranacak bir diğer unsurdur.

Söz konusu uygulama uyarınca, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen her türlü cebir ve şiddet eyleminin, Anayasayı İhlal Suçunu oluşturduğu sonucuna varılabilmektedir⁸⁹. Halbuki, dava konusu eylemin maddede gösterilen

⁸⁷ Aynı yönde: **Özek**, Silahlı Çete, sh. 361.

⁸⁸ **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, sh. 164 vd.

⁸⁹ Askeri Yargıtay'ın 765 sh. TCK m. 125 ve 146'ya ilişkin vermiş olduğu bazı kararlarında bu anlayış görülmektedir: *"... hal böyle olunca bu tür tehlike suçlarında, ceza hukukunun genel bir kuralı olan fiilin suç sayılan sonucu oluşturmaya elverişli olup olmadığı değil, suçun maddi unsurunun gerçekleştirilmesinde ciddi bir tehlikenin doğup doğmadığı cezalandırma için esas alınan bir konudur..."* (Askeri Yargıtay 2. D., 17.7.1984, 236/312; **Özek**, Silahlı Çete, sh. 361); *"Kanunda nakıs ve tam teşebbüs ayırımı yapılmaksızın (teşebbüs edenler) denilmekle iktifa edildiğinden nakıs teşebbüsün hukukî anlamı gereği, dış alemde gerçekleşen bir netice aranmayıp, kastedilen neticenin gerçekleşebilme tehlikesinin varlığı cezalandırma için yeterli görülmüş ve tehlike düşüncesine dayalı olarak da teşebbüs halinde dahi tamamlanmış suça ait ceza ile*

neticeyi meydana getirmeye elverişli olması ve icra hareketi niteliğinde bulunması gerekmektedir. Uygulamada genellikle, bu prensipler de göz ardı edilmekte ve cebir ve şiddet tanımına uyan hareketlerin, Anayasayı İhlal Suçunun icra hareketi niteliğinde olup olmadığı da bir çok olayda tartışılmamaktadır⁹⁰.

Bütün bu sebeplerle, kaynağını kanundan almayan ve ceza hukukunun temel prensipleri açısından bir anlam ifade etmeyen “*vahamet arz eden eylemler*” veya “*vahamet arz eden olaylara fiilen katılım*” gibi kavramlar ile silahlı örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen her türlü cebir ve şiddet hareketinin Anayasayı İhlal Suçunu oluşturduğu yönündeki uygulama değiştirilmelidir⁹¹.

Konu çerçevesinde verilmiş olan ve bahsettiğimiz prensiplerin tatbik edildiği kararlar da mevcuttur⁹². Bu içtihatların yerleşmesi, istikrar kazanması

cezalandırma esası kabul edilmiştir.” (Askeri Yargıtay Drl. K. 25.3.1983, 70/73, Gözübüyük, sh. 182 – 183.)

⁹⁰ “... sanıklardan Mehmet’in örgütçe sorgulanıp bilahare öldürülen Ramazan ve İlyas ile akıbeti halen belli olmayan Hüseyin adlı şahısların kandırılıp sorgu evlerine getirilerek ellerinin, ayaklarının ve gözlerinin bağlanarak zorla alıkonulmaları eylemlerine katıldığı; sanık Ali’nin de Ramazan ve Hüseyin’e karşı aynı şekilde gerçekleştirilen eylemlere katıldığı anlaşılmaması, kabulün de bu şekilde olması karşısında eylemlerin kül halinde suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın 146/1. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu...” (Yargıtay 9. CD, 13.6.2006, 1278/3390, Baltacı, s. 145). Alıntılanmış olduğumuz kararda yer alan eylemlerin, suçun neticesine yönelmiş icra hareketleri niteliğinde olmadığı açıktır. Bu hususta başka örnekler için ayrıca bkz: Yargıtay CGK, 27.5.1997, 9-102/127; Yargıtay CGK, 2.4.1996, 9-59/70; Yargıtay 9. CD, 8.4.2003, 2002/2368, 2003/506.

⁹¹ Bkz: Özek, Silâhlı Çete, sh. 361 vd.

⁹² “TCK.nun 146. maddesinde, fiilin bu suçu oluşturması bakımından gerekli ve zorunlu hareketlerin belirlenmediği, yalnızca “cebren teşebbüs edenler” sözcüklerinin kullanılması ile yetinildiği görülmektedir. Bu durumda 146. maddedeki hareketin ne olduğunun “teşebbüs” deyiminden yararlanılarak maddede öngörülen belirli neticelere yönelmiş ve bu neticeleri yaratmaya elverişli icra hareketleri şeklinde anlaşılması gerekmektedir.” (Yargıtay 9. CD., 30.9.1996, 688/4716, HT; “...Anayasa’yı ihlal suçunun işlenebilmesi için fail tarafından cebir ve şiddet kullanılması gerekir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmek amacıyla silahlı örgüt kurulması yeterli olmayıp, kurulan

gerekmektedir. Aşağıda, suçun maddi unsurlarından hareket bahsini bu çerçevede inceleyeceğiz.

a) Bağlı hareketli suç oluşu

Anayasayı İhlâl Suçu, hareketin önemi bakımından bağlı hareketli bir suçtur⁹³. Aşağıda ayrıntılı olarak tartışacağımız üzere, 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK döneminde tercih edilen "*cebren teşebbüs edenler*" ibaresinden farklı olarak, "*cebir ve şiddet kullanarak*" ibaresi tercih edilmiştir.

765 sayılı TCK döneminde, maddede "*cebren teşebbüs edenler*" şeklinde gösterilmesinden dolayı suçun maddi unsurunu "*teşebbüs etmek*" olarak kabul eden görüşler ileri sürülmüştür⁹⁴. Ancak bu görüşe, haklı olarak karşı çıkılmış, teşebbüsün hareketi ifade etmediği söylenmiştir⁹⁵.

Kanımızca, 5237 s. TCK'da tercih edilen ibare ile 765 sayılı TCK döneminde yapılan bir takım tartışmaların hükmü kalmamış⁹⁶ ve suçun oluşması için cebir ve şiddet hareketlerinin gerçekleştirilmesi bir şart olarak öngörülmüştür. Yani, cebir ve şiddet, icra hareketleri olarak kabul edilmiş, kanuni tipte gösterilen neticelere, ancak cebir ve şiddet kullanılarak teşebbüs edilirse cezalandırma mümkün kılınmıştır. Bunun sonucu olarak, maddede

örgütün amaç suçun işlenmesi doğrultusunda ülke genelinde bu amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte cebir ve şiddet içeren ve ağır suç teşkil eden icra hareketlerine girişmiş olması da gerekir." (Yargıtay 9. C.D., 25.1.2010, 2009/11204, 2010/855, HT).

⁹³ Aynı yönde: Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 8461.

⁹⁴ Erem, 1985, sh. 83 vd.; ayrıca bkz: Özek, Siyasî İktidar, sh. 120.

⁹⁵ Özek, Siyasî İktidar, sh. 120 – 121. Özek, "teşebbüs edenler" ibaresi ile hareketin icra hareketi niteliğinde olması ve maddi bir hareketin mevcudiyeti lüzumuna işaret etmektedir.

⁹⁶ Bu hususa aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz: İkinci Bölüm, II.D.2.(b)

gösterilen neticelere ulaşmak için cebir ve şiddet olarak kabul edilenlerin dışında gerçekleştirilen hareketler bu suçu oluşturmayacaktır⁹⁷.

Doktrinde suçun, kanunda ne surette işlenebileceği açıkça belirtilmemiş olan seçimlik hareketli suçlardan olduğunu ifade eden görüşlere rastlanmaktadır⁹⁸. Maddede kullanılan “cebir ve şiddet” kavramı, ilk bakışta iki farklı harekete yer verildiği düşüncesini uyandırabilir. Ancak, kanaatimizce, cebir ve şiddet kavramları birbirlerinden farklı olan iki hareketi ifade etmemektedir⁹⁹. Cebirin bir suçun unsuru olarak gösterilmesi durumunda, söz konusu suçun işlenmesi aşamasında şiddet kullanılmasının her halükârda cebri nitelik taşıyacağı konusunda şüphe duyulmamalıdır. Bir başka ifadeyle, cebir ve şiddet kavramları aynı anlama gelmemekle birlikte, şiddetin cebir kavramına dahil olduğunda tereddüt edilmemelidir¹⁰⁰. Kanunun suçun unsuru olarak yalnızca “cebir”den bahsettiği haller ile “cebir ve şiddet” şeklinde bir kalıbı tercih ettiği hallerin arasında bir fark bulunup bulunmadığı konusuna aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz¹⁰¹.

Dolayısıyla, Anayasayı İhlâl Suçunun, normda birden fazla hareketin birbirinden bağımsız olarak gösterildiği ve suçun oluşması için bunlardan

⁹⁷ Değerlendirme ve mukayese için bkz.: **İkinci Bölüm, II.D.2.**

⁹⁸ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, sh. 8461.

⁹⁹ Aynı yönde: **İlhan Üzülmaz**, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, sh. 45. Yazar, cebirin 309. maddede tanımlanan suçun işlenebilmesi için “yegâne unsur” olduğunu ifade etmektedir. Bunun sebebi, Yazarın, “cebir ve şiddet” kalıbının kullandığı halleri, cebirin unsur olarak yalnız kullanıldığı hallerden farklı görmemesidir.

¹⁰⁰ Aynı yönde: **Üzülmaz**, sh. 45; **Recep Gülşen**, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, sh. 216.

¹⁰¹ Bkz: **İkinci Bölüm, II.D.2(b)**

birinin ika edilmesinin yeterli olduğu “seçimlik hareketli” suçlardan olmadığı görölmektedir¹⁰².

b) Tek hareketli suç oluşu

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar ışığında suçun “tek hareketli” suçlardan olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira, maddede kullanılan “cebir ve şiddet” kavramı, birbirinden farklı iki hareketi ifade etmemektedir¹⁰³. Suçun icra hareketlerine başlandığının kabul edilmesi için cebir ve şiddet oluşturduğu kabul edilecek eylemlerin gerçekleştirilmesi yeterlidir.

Bu bağlamda, suç, oluşması için birden fazla farklı hareketin gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu çok hareketli (birleşmiş hareketli¹⁰⁴) suçlardan da değildir¹⁰⁵. Zira suçun oluşması için farklı hareket biçimlerinin birlikte gerçekleştirilmesine lüzum yoktur. Cebir sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesi, diğer koşulların da varlığı halinde, suçun icra hareketlerine başlanıldığının kabulü için yeterlidir.

c) Hareketin doğası bakımından

Anayasayı İhlal Suçu cebir ve şiddet kullanılarak işlenebilmektedir. Buna göre maddede gösterilen neticelere ulaşmak amacıyla cebir ve şiddet kullanımı yasaklanmaktadır. Dolayısıyla suç, aktif bir hareketin yasaklandığı icrai suçlardandır.

Suçun ihmali davranış ile işlenip işlenemeyeceği tartışılması gereken bir ihtimaldir. Nitekim Türk doktrinde, konuya ilişkin yapılan değerlendirmeler, ekseriyetle suçun ihmali davranışla da işlenmesinin

¹⁰² Aksi görüş: Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 8461.

¹⁰³ Ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yuk.

¹⁰⁴ Artuk/Gökcen/Yenidünya, sh. 235.

¹⁰⁵ Bu hususta bkz. aş. İkinci Bölüm II.E.1.

mümkün olduğu yönündedir¹⁰⁶. Bu konuda ilk akla gelen örnek, anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet eylemlerini engelleme görevi bulunduğu kabul edilenlerin, bu görevlerini yerine getirmemeleridir¹⁰⁷.

Konuyu değerlendirirken, öncelikle icrai hareket niteliğindeki bağlı hareketli suçların ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceklerini değerlendirmek gerekir. Bağlı hareketli suçların, kanuni tarifte gösterilen hareket ile işlenmesinin zorunlu olduğu, dolayısıyla, başka hareketler ile bu suçların işlenemeyeceği ileri sürülebilir¹⁰⁸. Bu mantığa göre, Anayasayı İhlâl Suçunun kanuni tipinde gösterilen ve ancak icrai nitelikte hareketler ile ika edilebilecek olan “cebir ve şiddet” kullanımının, ihmali davranış ile gerçekleştirileceği kabul edilemez¹⁰⁹.

Konu, doktrinde, icrai hareket ile ihmali hareketin eşdeğerliği bakımından tartışılmıştır. Bağlı hareketli bir suçun ihmali davranışla işlenebilmesi için, ihmali hareketin haksızlık içeriğinin icrai harekete eşdeğer olması gerekmektedir¹¹⁰. Bu hususta derinlemesine tartışmaya girmeden, Anayasayı

¹⁰⁶ Bu hususta Türk doktrinindeki görüş ve tartışmalar için bkz: **Özek**, Siyasi İktidar, sh. 153 vd.; **Erem**, 1985, sh. 84; **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 220; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 72.

¹⁰⁷ **Erem**, 1985, sh. 84.

¹⁰⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler kitabının “İhmali suçlar” başlıklı kısmında, “*kanunda serbest hareketli suç olarak tanımlanmış olan suçlar, icraî davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir*” diyerek, kanımızca, zımnen bu hususa işaret etmektedir: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 220.

¹⁰⁹ Aynı yönde: **Yaşar**, sh. 217 – 218. Aksi görüş: **Erem**, 1985, sh. 84; **Özek**, Siyasi İktidar, sh. 154; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 72. Ancak söz konusu fikirlerin 765 sayılı TCK döneminde ortaya atılmış olduğunu da belirtmek gerekir.

¹¹⁰ **Koca/Üzülmüş** tarafından konu şu şekilde açıklanmaktadır: “Bağlı hareketli suçlarda, neticeyi önlemek yükümlülüğünün yanı sıra ikinci bir eşdeğerlik koşulu daha araştırılmalıdır. Çünkü bu suçlarda kanun koyucu herhangi bir icrai hareketle neticeye sebebiyet verilmesini değil, belli hareketlerle tipikliğin gerçekleştirilmesini istemektedir. Bu nedenle bağlı hareketli suçlarda neticeye hangi tarz hareketle varılması gerektiği belli olduğundan, böyle bir suçun ihmali hareketle işlenebilmesi için, ihmali hareketin de haksızlık içeriği bakımından icrai harekete eş değer olması gerekir.” Yazarlar bu açıklamanın ardından, dolandırıcılık suçunda, hileli davranışların,

İhlâl Suçunun oluşması için gerçekleştirilmesi gereken cebir ve şiddet hareketlerine eşdeğer bir ihmali hareketin düşünölemeyeceğini beyan etmek isteriz¹¹¹.

Bu sonuç, kanunilik ilkesi çerçevesinde, kanunkoyucu tarafından ancak belirli bir takım hareketlerle işlenebileceği kabul edilen suçların, suç tipinde gösterilenlerden başka hareketle işlenebilmesinin mümkün olmadığı görüşüne de dayandırılabilir¹¹².

Soruna ilişkin olarak Türk hukukunda mevcut bir tartışmayı da ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'da, icrai suçun ihmali hareketle işlenebileceğini gösteren bir genel hüküm mevcut değildir.

Bu hususta TCK m. 83, 88 ve 94/5'de öngörölmüş olan özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, Türk Ceza Hukuku uygulamasında, işaret ettiğimiz hükümlerle bağlantılı olan suçlar dışındaki suç tiplerinin, açıkça ihmali suç olarak öngörölmemeleri halinde, ihmali davranışla işlenip işlenemeyecekleri tartışmalıdır¹¹³.

ihmali davranışla gerçekleştirilmesi durumunda, aynı haksızlık içeriğinin mevcut olması gerektiğini, yani ihmali davranışın hile karakteri göstermesi gerektiğini savunmaktadırlar, bkz.: **Koca/Üzülmöz**, sh. 381 – 382. Aynı yönde: **Hakeri**, İhmali Suçlar, sh. 194 – 195.

¹¹¹ Nitekim, yukarıdaki dipnotta alıntılادیğimiz görüşler, dolandırıcılık suçunun oluşması için gerekli olan hileli davranışları örnek göstermektedir. Hileli davranışın doğası itibariyle ihmali nitelik taşıması mümkündür. Cebir ve şiddetin ise ihmali davranışla işlenmesi düşünölemez. Cebir ve şiddete eşdeğer bir ihmali davranış da olamaz, olsa olsa cebir ve şiddetin amacına ulaşmasını sağlayan ihmali davranışlar olabilir.

¹¹² Bkz.: **Dönmezer/Erman**, C.I, s. 362. Yazarlar, bağı hareketli suçların işlenebilmesi için, yapılan hareketin kanundaki tarife “tıpa tıp uygun olması” gerektiğini söylemektedir.

¹¹³ **Koca/Üzülmöz**, sh. 370 - 371; **Hakeri**, sh. 151; **Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe**, sh. 208 – 209. Kanunilik ilkesinin bir gereğı olarak, kasten öldürme ve yaralama ile işkence suçları dışındaki suçların, aksi kanunda açıkça öngörölmedikçe, ihmali davranışla işlenmelerinin mümkün olmadığı kanısındayız.

Her ne kadar, 765 sayılı TCK döneminde, doktrin ve uygulama tarafından, kanunda icrai suç olarak tanımlanmış suçların, ihmali davranışla işlenebilecekleri kabul edilmiş olsa da, 5237 sayılı TCK'nın bu hususta farklı bir sistem öngördüğü söylenmektedir. Buna göre, TCK m. 83'de ihmali davranışla kasten öldürme suçu açısından, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer sayılması hususunda özel bir düzenleme yapılmış olduğu ve bu bağlamda, kanunda açıkça ihmali davranışla işlenebileceği öngörülmemiş olan suç tipleri açısından, bu maddenin kıyasen uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹¹⁴. Kanunkoyucu, bu durumdan kaynaklanabilecek sakıncaları gidermek için, açık düzenlemelere gitmelidir¹¹⁵.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, Anayasayı İhlâl Suçunun, ihmali davranışla işlenebilmesinin iki sebepten dolayı söz konusu olamayacağı kanısındayız.

İlk olarak, bu suç, bağlı hareketli bir suçtur. Dolayısıyla, suçun Kanunda öngörülmüş olan ve icrai nitelikte bulunan cebir ve şiddet hareketleri dışındaki hareketlerle işlendiğinden bahsedilemez. Buna, doğası itibariyle cebir ve şiddet içermesi mümkün olmayan ihmali davranışlar evleviyetle dahildir. Bu sebeple, 5237 sayılı TCK'nın, ihmali davranışla işlenebilecek suçlara ilişkin bir genel hükme sahip olmamasından kaynaklanan tartışmalar bir yana, her şeyden önce, suçun, bağlı hareketli bir suç olmasından dolayı,

¹¹⁴ Aynı yönde: **Hakeri**, Genel Hükümler, sh. 151; **Koca/Üzülmez**, sh. 370 – 371; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 242. **Özgenç** ise serbest hareketli suçların, icrai davranışla işlenebilecekleri gibi, ihmali davranışla da işlenebileceklerini söylemektedir: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 220.

¹¹⁵ Bu hususta, görevi kötüye kullanma suçunun icrai hareketle işlenen şeklinin yanısıra ihmali şekli de ayrıca kanunda öngörülmüş olması (TCK m. 257/1,2) veya denetimle yükümlü kamu görevlisinin, zimmet veya irtikâp suçlarının işlenmesine kasten göz yummaları halinde müşterek fail olarak kabul edilmeleri (TCK m. 251/1) örnek olarak gösterilebilir.

maddede gösterilen hareketler gerçekleştirilmeden oluşmayacağı kabul edilmelidir.

İkinci olarak ise, 5237 s. TCK'da, genel hükümler arasında bu yönde bir düzenlemenin yer almaması ve özel hükümlerde, ihmali davranışla işlenebilecek suçlar ile bunlara ilişkin uygulama koşullarının yalnızca belli bazı suç tipleri için açıkça gösterilmiş olması karşısında, kanuni tipte bu yönde bir açıklığa yer vermeyen Anayasayı İhlâl Suçunun ihmali davranış ile işlenemeyeceğini düşünüyoruz.

Suçun ihmali davranışla işlenebileceğini kabul eden görüşler açısından ortaya çıkacak bir diğer çelişki, suça teşebbüs hükümlerinin koşullarına ilişkindir. Doktrinde, ihmali davranışla suça teşebbüsün mümkün olup olamayacağı tartışmalıdır. Nitekim, icrai davranışla işlenebilen suçun ihmali davranışla işlenebilmesinin ilk koşulu olarak, suçun neticesinin gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁶.

Bu konu, Anayasayı İhlâl Suçunun, bir kalkışma suçu olmasından dolayı önemlidir. İhmali davranış ile bu suçun işlenebileceği kabul edilirse, meselâ Cumhurbaşkanının Anayasaya aykırı kanunu Anayasa Mahkemesine göndermediği anda teşebbüs başlamış mı sayılacaktır?¹¹⁷ Kanaatimizce de, TCK m. 35'de açıkça işlenmesi kastedilen suçun "elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya" başlanmasından bahsedilmesi karşısında, ihmali davranışlar ile teşebbüse başlandığının kabulü oldukça güç olacaktır¹¹⁸. Bu

¹¹⁶ **Koca/Üzülmez**, sh. 371 – 372; Benzer yönde: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 472. Aksi görüş: **Hakeri**, İhmali Suçlar, sh. 266; *Hakeri* bu görüşünü, 5237 s. TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da sürdürmektedir: **Hakeri**, Genel Hükümler, sh. 428.

¹¹⁷ Bu örnek için bkz.: **Soyaslan**, TCK 146, sh. 72.

¹¹⁸ Bu yönde bkz.: **Koca/Üzülmez**, sh. 405; **Özgenç**, sh. 472. Ancak *Hakeri* bu görüşe karşı çıkarak, TCK m. 35'de kullanılan "icraya başlama" ibaresinin, hazırlık hareketleri ile icra

hususla belki, Anayasayı İhlâl Suçunun tamamlanması halinde, ihmalî davranışların cezalandırılabilmesi görüşü ileri sürülebilir. Ancak, bu ihtimal açısından suçun tamamlanmasının ardından ihmalî davranışların cezalandırılabilir hale gelecekleri kabul edilebilir. Buna rağmen, yukarıda zikrettiğimiz diğer gerekçelerle, suçun ihmalî davranışla işlenemeyeceği kanısındayız.

Öte yandan, bu suça yönelik ihmalî davranışların, koşullarının bulunması halinde, suça iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür.

Bu tip davranışlar iştirak bahsi altında değerlendirilebilecekleri gibi, ceza kanunlarında yer alan, görevin ifa edilmemesini cezalandıran diğer bir takım suçlara da sebebiyet verebilirler. Bu nedenle, suça iştirak bahsi altında, bu kapsamda olan bir takım örnekleri değerlendirerek, ihmalî nitelikte davranışların, ne surette bu suça iştirak sonucunu doğuracağını tartışacağız¹¹⁹.

d) Zarar suçu niteliğinde oluşu

Anayasayı İhlâl Suçu açısından, suçun tamamlanması için konusunun zarara uğramış olmasını arayan zarar suçları ile konunun zarara uğramasını aramayan ancak bunun tehlikeye düşmüş olmasını suçun oluşması için yeterli kabul eden tehlike suçları yönünden de bir değerlendirme yapmak gerekir.

Anayasayı İhlâl Suçunun icrasına başlanmasından bitmesine kadar farklı birkaç aşamadan geçilmektedir. Bunlar, suçun icrasına başlanması, suçun

hareketlerini birbirlerinden ayırmayı amaçladığını, bu bağlamda ihmalî davranışlarla da pekala icraya başlanmasının söz konusu olacağını kabul etmektedir: **Hakeri**, Genel Hükümler, sh. 428.

¹¹⁹ Bkz: **İkinci Bölüm, VI.B**

tamamlanması ve suçun bitmesidir¹²⁰. Her ne kadar bu üç aşama için aynı cezanın uygulanması öngörülmüşse de, suçun doğru bir şekilde tetkiki ve diğer problemlerin isabetli şekilde çözümü için bütün aşamaların ayrı ayrı değerlendirilebilmesi icap eder¹²¹.

Suçun oluşması için maddede yer alan neticelerin gerçekleşmesine gerek yoktur¹²². Bu haliyle, suçun oluşması için bir zararın ortaya çıkması gerekmemekte, öngörülen neticeleri gerçekleştirmeye, cebir ve şiddet kullanarak teşebbüs edilmesi yeterli kabul edilmektedir.

Tehlike suçları, suçun oluşması için bir zararın ortaya çıkmasının aranmadığı ve kanun koyucunun suçun konusunun tehlikeye düşmesini, suçun tamamlanması için yeterli kabul ettiği suç tiplerine verilen genel isimdir¹²³. Tehlike suçları, somut tehlike suçları ve soyut tehlike suçları olarak iki ana başlık altında incelenmektedir.

Somut tehlike suçları, suçun konusunun gerçekten de tehlikeye düşmesinin açıkça arandığı suç tipleridir. Bu tip suçların oluşabilmesi için, suçun konusunun gerçekten de tehlikeye düşmüş olduğunun da ispatlanması gerekecektir¹²⁴. Soyut tehlike suçları ise, kanunda öngörülen hareketlerin gerçekleştirilmesi ile tehlikenin de gerçekleştiğinin varsayıldığı suç tipleri olup, bu suçların oluşması için kanunda tanımlanmış eylemlerin

¹²⁰ Bkz: **İkinci Bölüm, II.D.1.(e)**

¹²¹ Benzer yönde: **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh.118; **Özek**, Silahlı Çete, sh. 362.

¹²² Ancak bu durum, Anayasayı İhlâl Suçunun neticesiz suç olduğu anlamına gelmez. Suç tipinde gösterilmiş bir takım neticeler mevcuttur, bu hususta bkz: **Özek**, Siyasi İktidar, sh. 126, 153; **Özek**, Anayasalı İhlâl, sh. 103; ayrıca bkz: **İkinci Bölüm.II.E**.

¹²³ **Koca/Üzülmmez**, s. 111; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 207; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 202.

¹²⁴ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 208; **Koca/Üzülmmez**, s. 111 – 112; **Daragenli**, s. 184; **Hakeri**, Genel Hükümler, sh. 157; **Fianca/Musco**, Parte Generale, sh. 203 – 204.

gerçekleştirilmesi yeterlidir. Suçun konusunun tehlikeye düştüğünün ayrıca ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır¹²⁵.

İnceleme konumuz olan suç, Yargıtay'ın pek çok kararında¹²⁶ ve doktrinin önemli bir kısmı¹²⁷ tarafından, bir tehlike suçu olarak kabul edilmektedir.

¹²⁵ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 208; **Koca/Üzülmez**, s. 111; **Hakeri**, Genel Hükümler, sh. 157.

¹²⁶ "TCK. nun 146. maddesinde yer alan Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun **tehlike suçu oluşunun tabii sonucu olarak** ancak kastedilen neticenin gerçekleşebilmesi tehlikesini doğuran eylemlerin teşebbüs kabulü mümkündür." (**Yargıtay 9. CD**, 12.5.1987, 739/2514, HT); "Kanunda nakıs ve tam teşebbüs ayırımı yapılmaksızın (teşebbüs edenler) denilmekle iktifa edildiğinden nakıs teşebbüsün hukuki anlamı gereği, dış alemde gerçekleşen bir netice aranmayıp, kastedilen neticenin **gerçekleşebilme tehlikesinin varlığı cezalandırma için yeterli görülmüş ve tehlike düşüncesine dayalı olarak** da teşebbüs halinde dahi tamamlanmış suça ait ceza ile cezalandırma esası kabul edilmiştir." (**AYDK**, 25.3.1983, 70/73, **Gözübüyük**, s. 183); "Sanığın, mensubu olduğu TKP/ML-Tikko (Partizan) örgütünün amacı izlediği strateji ve yurt düzeyinde gerçekleştirdiği eylemler de bütünü ile değerlendirildiğinde, sabit olan eylemlerinin kişi ve toplumda panik ve dehşet havası yaratabilecek, Anayasal düzenin yıkılması tehlikesini doğuracak nitelikte ve birinci derecede önemi haiz eylemler oldukları aşıkâr olup, örgüt içerisindeki yeri, eylemleri, suç kastındaki yoğunluk nazara alındığında hakkında TCK.nun 146/1. maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığı sonucuna varılmış..." (**Yargıtay 9. CD**, 8.3.1990, 109/1008). "Bir tehlike suçu niteliğinde olan Anayasa düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun niteliğinin doğal sonucu olarak ancak amaçlanan sonucun gerçekleşebilmesi tehlikesini doğurabilecek eylemlerin teşebbüs olarak kabulü mümkündür. Bu nedenle eylemin amaçlanan sonucu meydana getirmeye elverişli olması, elverişli vasıtalarla zorlayıcı eylemlere girişilmesi gerekir. **Belirli bir plan içerisinde uygulamaya konulan sistemli ve örgütlü bir bağlantı içinde organik bütünlük arzeden eylemler, tehlike suçunun oluşması için yeterlidir.** Eylemin işlenme şekli, zamanı, vehameti, etkisi hep birlikte değerlendirilmelidir." (**Yargıtay CGK**, 27.5.1997, 9-102/127)

¹²⁷ **Erem**, (1985), sh. 80; **Özgenç**, Suç Örgütleri, s. 225; **Gözübüyük**, sh. 170; **Yaşar**, sh. 213 vd. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, bu suçu soyut tehlike suçu olarak tanımlamaktadır, bkz: **Yaşar/Gökcan/Artuç** sh. 8461. **Parlar/Hatipoğlu** ise suçu hem "tehlike suçu" hem de "peşinen tamamlanmış suç" ve "neticesi harekettten ayrı suç" olarak tanımlamaktadır, bkz: **Parlar/Hatipoğlu** sh. 4566. **Daragenli**, 765 sayılı TCK'nın 146. maddesinde düzenlenen Anayasayı İhlâl Suçunu, "peşinen tamamlandığı kabul edilen suçlar"a örnek olarak göstermektedir. Yazara göre, bu grupta yer alan suçlar da tehlike suçlarıdır, bkz: **Vesile Sonay Daragenli**, "Tehlike Suçları", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, sh. 167 – 168. **Özek** de, Anayasayı İhlâl Suçunun "peşinen tamamlanmış suç" olarak isimlendirilen suç tiplerinden olduğunu kabul etmektedir, bkz: **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 103. Ne var ki, yazar, bu görüşünü açıkladıktan bir paragraf sonra, "... bu suç tipinin 'salt tehlike suçu' veya 'salt hareket suçu' olarak yorumlanması, nitelenmesi yerinde değildir" demektedir. Kanımızca bu bir çelişki değil, **Özek**'in "peşinen tamamlanmış suç" olarak adlandırılan suçları tehlike suçlarının bir alt grubu olarak görmemesinden kaynaklanmaktadır. Kanımızca, Anayasayı İhlâl Suçunun, "peşinen tamamlanmış suç" olarak adlandırılan bir grubun içinde yer alması doğru değildir. Bu sınıflandırmanın özellikleri dikkate alındığında (bkz.: **Daragenli**, s. 167 –

Buna mukabil bir takım Yargıtay içtihatları¹²⁸ ve doktrinin bir kısmı¹²⁹ aksi fikri savunarak Anayasayı İhlâl Suçunun esasen bir zarar suçu olduğu görüşünü benimsemektedir. Kanımızca, TCK'nın 309. maddesinde düzenlenen suç, bir tehlike suçu değildir. Gerek doktrin gerekse Yargıtay içtihatlarında, suçun tehlike suçu olarak tanımlanmasının, kanuni tipte teşebbüs edenlerin cezalandırılacağından öngörülmesinden kaynaklandığını sanıyoruz.

Kullanılan bu ifade, suç ile neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı ve cebir ve şiddet hareketleriyle anayasal düzene yönelik ortaya çıkan tehlikenin cezalandırıldığı şeklinde, kanımızca yanlış fikirlere sebebiyet vermiştir¹³⁰.

Halbuki, kanunda öngörülen ve doğası itibariyle teşebbüse müsait bulunan bütün suç tipleri açısından benzer bir durum söz konusudur. Bir suç işleme

168), belli bir neticeye yönelen icra hareketlerinin cezalandırılmasını öngören Anayasayı İhlâl Suçunun bu gruba dahil olmadığı daha iyi anlaşılacaktır, aksi görüş: **Daragenli**, sh. 167; **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 103.

¹²⁸ "TCK.'nın 146. maddesinde düzenlenen suçun icrasına başlandığına, faile; suçun tamamlanmış halinin cezasının uygulanabilmesi **nedeniyle öğretideki bir görüşe göre bu suç tipinin "salt tehlike suçu" veya "salt hareket suçu" olarak nitelendirilmesi de yerinde değildir.** Zira tehlike ve salt hareket suçları hukuka aykırı hareketten ayrı olarak hukuka aykırı neticenin öngörülmediği suç tipleridir. Oysa TCK.'nın 146. maddesinde, hareketten ayrı olarak neticede belirtildiğine göre bu suç aynı zamanda bir "zarar suçudur"(Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272).

¹²⁹ Bkz.: **Çetin Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 103 – 104, 112, 118; **Özek**, Silâhlı Çete, sh. 360 – 361. **Özek**, 1967 ve 1963 yılında yayınlanan iki eserinde de "Devletin şahsiyetine karşı cürümlerin çoğu, teşebbüs dahi tamamlanmış suç gibi kabul edildiğinden zaten tehlike suçudur"demekteydi: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 348, ayrıca bkz.: sh. 153; **Özek**, Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri, sh. 467. Öte yandan, Yazar, 1967 tarihli eserinin sonuç kısmında, yukarıda alıntılarımız görüşünü geliştirerek, Kanunun teşebbüs halini tamamlanmış suç gibi cezalandırmasının, ilgili suçları sırf tehlike suçu haline sokmayacağını söylemektedir: "... Demek oluyor ki, tetkik konusu suçlar, sırf tehlike suçları değildir. Zarar teşkil edecek neticeleri kanun tarif etmiştir ve zarar tehlikesini tam suç gibi cezalandırmıştır..." **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 420 – 421. Yazar, daha yakın tarihli eserinde, "... 146. maddenin, korunan hukuki değeri gözönünde bulundurarak, teşebbüs durumunu özel olarak düzenlemesi, bu suç tipinin, "teşebbüs suçu", "salt hareket suçu", "salt tehlike suçu" olarak nitelendirilmesine olanak vermez." diyerek fikrini belirginleştirmiştir, **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 104.

¹³⁰ **Özek**, Silâhlı Çete, sh. 362.

kastıyla, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanıp da failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamayan suçlara teşebbüs hükümleri uygulanmaktadır. Teşebbüsün cezalandırılmasının altında, ortaya çıkan tehlikenin cezalandırılması esası da yatmakla beraber¹³¹, bu gerekçe, teşebbüs halinde kalan suçların tehlike suçu olduğu anlamına gelmez. Yasakoyucu, teşebbüs aşamasında kalan; yani tamamlanmamış bulunan suçlara yönelik olarak, tamamlanmış suçlara göre daha az ceza verilmesi esasını kabul etmiştir. Anayasayı İhlâl Suçunun özelliği, ceza uygulaması açısından teşebbüs ile tamamlanmış suç ayırımının yapılmamasındadır¹³².

Anayasayı İhlâl Suçu, neticelere yönelik elverişli icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi ile oluşur¹³³. Ancak suç bu aşamada tamamlanmaz. Tamamlanma ânı, neticenin gerçekleştiği andır. Suçun, tehlike suçu olarak kabul edilmesi, suçun neticelenmesi durumunda cezalandırmanın imkânsız olacağı öngörüsüne dayanmaktadır¹³⁴. Ne var ki, bu durum, suçun tehlike suçu olarak düzenlendiğinin kabulü için yeterli bir gerekçe teşkil etmez.

Nitekim bu suç tipi açısından zarar neticesinin ortaya çıkması da mümkündür. Aynı suç tipinin, zararın ortaya çıktığı hallerde zarar suçu, çıkmadığı hallerde ise tehlike suçu olarak tasnif edilmesi mümkün değildir. Bu durumda, Anayasayı İhlâl Suçunun, zararın meydana gelmesinin suç tanımında öngörülmediği tehlike suçları arasında sayılması hatalı olacaktır.

¹³¹ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 153; **Uğur Alacakaptan**, İşlenemez Suç, Ankara, t.y., sh. 65; **Sözüer**, Suça Teşebbüs, sh. 139 vd, özellikle sh. 149 vd., sh. 187; **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, sh. 29, 37; **Koca/Üzülmez**, sh. 388 vd.; **Demirbaş**, sh. 415.

¹³² **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 104, 112; **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 153.

¹³³ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 108; **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 218.

¹³⁴ Kaldı ki, bu görüş ne tarihi ne de hukuki gerçeklere uygundur, bkz. aș.: **İkinci Bölüm, II.E.**

765 s. TCK döneminde, Hükûmete Karşı Suç (765 s. TCK m. 147), bir kalkışma suçu olarak düzenlenmemiştir. Anılan suç, Anayasayı İhlâl Suçu ile paralel nitelikte bir suçtur. Anayasayı İhlâl Suçunun tehlike suçu olarak kabulü, benzer hukuki değerleri koruyan bu suç tiplerinden birinin zarar diğerinin tehlike suçu olduğu sonucuna varmamızı gerektirirdi ki, bu da çelişkili bir durum olurdu.

Bu ayırımın önemi, suçun yorumuna ilişkin uygulamalarda kendini göstermektedir. Suçun tehlike suçu olarak görülmesi, hareketlerin icrai niteliği ile elverişliliğine ilişkin değerlendirmelerin neticenin göz ardı edilerek yapılmasına sebep olmaya müsaittir.

Anayasayı İhlâl Suçunun bir zarar suçu olduğuna ve maddede bir takım neticelerin gösterildiğine ilişkin görüşümüz eleştiriye açıktır. Nitekim doktrinin büyük bir kısmı suçu bir tehlike suçu olarak vasıflandırmaktadır. Biz aşağıda belirttiğimiz üzere¹³⁵, suçun neticeli bir zarar suçu olduğunu ve kalkışma suçu vasfının bu özellikleri ortadan kaldırmadığını düşünüyoruz. Öte yandan doktrin tarafından ekseriyetle kabul edilen görüş, kanuni tipte gösterilen fiilin işlenmesiyle suçun tam ceza ile cezalandırıldığını ve suçun bir neticesinin olduğunun kabul edilebilmesi için suçun kanuni tanımında bağımsız bir unsur olarak gösterilmesi gerektiğine¹³⁶ dayanmaktadır.

Biz anılan görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, suçun uygulaması açısından bir fark doğmaması gerektiğini düşünüyoruz. Zira suçun neticesiz bir tehlike suçu olduğunu kabul eden görüşe göre de, bahsettiğimiz esaslar çerçevesinde ceza hukukunun güvence fonksiyonunu zedeleyecek bir yorum

¹³⁵ Bkz. **İkinci Bölüm II.E.1**

¹³⁶ Neticenin unsur olarak kabul edilebilmesi için kanuni tanımda gösterilmiş olması gerektiği ve konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: **Koca/Üzülmez**, sh. 119.

yapılmamaktadır. Zira bu görüşe göre de, suçun oluşması için anayasal düzene yönelen elverişli cebir ve şiddet hareketlerinin ika edilmiş olması gerekecektir. Bu esaslar çerçevesinde hareket edildiği ve ceza hukuku güvencelerine uygun yorum yapıldığı sürece her iki görüş çerçevesinde varılacak sonuçların birbirlerinden farklı olmayacağını düşünüyoruz.

e) Kesintisiz suç niteliği

Hareketin yapılmasıyla tamamlanan ve sona eren suçlar, “ani suçlar” olarak adlandırılmaktadır¹³⁷. Bu gruba giren suçlar, hareketin yapılması veya neticenin gerçekleşmesi ile biter.

Mütemadi (kesintisiz) suçlar ise kanuni tariftaki fiilin icrasının süreklilik arz ettiği suç tipleridir. Bu suçlarda fiil belli bir zaman dilimine yayılır¹³⁸. Mütemadi suçta devam edenin hareket mi, yoksa netice mi olduğu konusu tartışmalara sebebiyet vermiştir¹³⁹. Neticenin devam ettiği yönündeki görüşün Türk Ceza Hukuku doktrinde hakim görüş olduğunu söylemek yanlış olmaz¹⁴⁰. Önder tarafından yapılan tanıma göre, fail, kendisinin meydana getirdiği veya kanunun bertaraf edilmesini cezalandırdığı durumu, bunu bertaraf etmek yükümlülüğüne rağmen, kusurlu olarak bir müddet sürdürür ve bu şekilde suç durumuna devamlı olarak meydan verirse bu suç mütemadi suçtur¹⁴¹.

¹³⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 247.

¹³⁸ Koca/Üzülmez, sh. 115 – 116; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 168.

¹³⁹ Tartışmalar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: Ayhan Önder, “Mütemadi Suç”, İÜHFM, C. XXIX, S. 1-2, 1963, sh. 79 vd.. Ayrıca bkz: Koca/Üzülmez, sh. 115 – 116; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 168 – 169; Dönmezer/Erman, C.I., sh. 385; Demirbaş, sh. 228; Alacakaptan, Suçun Unsurları, sh. 51 vd.

¹⁴⁰ Bkz.: Dönmezer/Erman, C.I., sh. 385; Alacakaptan, Suçun Unsurları, sh. 51 vd; Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe, sh. 213; Demirbaş, sh. 228; Hakeri, sh. 159.

¹⁴¹ Önder, Mütemadi Suç, sh. 92 – 93.

Anayasayı İhlâl Suçunun hareket unsurunun niteliği konusunda, doktrinde derinlemesine bir tartışma yapılmamış, suçun hareketin devam ettiği, mütemadi suçlardan mı, yoksa ani suçlardan mı olduğu konusu değerlendirilmemiştir. Bunun yerine, suçun elverişli icra hareketlerinin başlaması ile tamamlanacağını belirtilmesiyle yetinilmiştir¹⁴².

Yargıtay uygulamasında, suçun mütemadi nitelik taşıdığına ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemekteyse de, kimi kararlarda, mütemadi suça ilişkin prensiplerle uyum içinde sonuca varıldığı görülmektedir. Bu konuda örnek olarak, Yargıtay'ın anayasal düzene yönelen ve farklı zamanlarda işlenen cebir ve şiddet eylemlerini, tek bir amaca yönelmiş olmasından hareketle tek bir Anayasayı İhlâl Suçu olarak kabul etmekte oluşu gösterilebilir¹⁴³.

¹⁴² Özgenç, "... söz konusu suçun oluşumu için icra hareketlerine en azından başlanmış olmalıdır. Yani cebri hareketlere bilfiil teşebbüs edilmiş olması suçun oluşumu için gereklidir." görüşünü ileri sürmüştür: **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 218. Diğer yazarlar da, suçun "oluşması için" maddede gösterilen neticelere teşebbüs edilmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir: **Parlar/Hatipoğlu**, s. 4565; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 8467; **Baltacı**, s. 142; **Fiandaca/Musco**, Parte Speciale 2008, s. 15.

¹⁴³ "...Dosya içeriğine göre; yasadışı silahlı bir örgüt üyesi olan sanığın, örgüt elemanları ile birlikte 16.3.1991 günü bir otomobil galerisinin bombalanması, 13.4.1991 günü özel bir havayolu şirketinin Kadıköy bürosuna gidilerek görevlinin bağlanıp bomba konulması, 24.4.1991 tarihinde bir işhanına baskın yapılması, 25.4.1991 tarihinde bir sigorta şirketine bomba yerleştirilmesi eylemlerine katıldığı iddiasıyla dava açılmıştır.

Sanığın, önceden istihbaratı yapılan Kadıköy'deki özel bir havayolunun bürosuna kod adı C. olan A.A.'ün talimatı üzerine H. ve M.D. ile gittiği, bilet alacaklarını söyleyip görevliyi etkisiz hale getirdikten sonra bağladıkları, bombayı yerleştirip fitili ateşleyerek uzaklaştıkları, patlayan bombanın hasara neden olduğu ikrar, tanık beyanı, yer gösterme tutanakları, iki yıl sonra yakalanan M.D.'in beyanı ile sübuta ermiştir.

Sanığın mensubu olduğu yasadışı silahlı örgütün, Anayasal düzeni yıkmak amacıyla giriştikleri silahlı şiddet hareketleri, düzeni zorlayıcı ve Anayasal düzen yerine istedikleri düzeni kurmayı sağlayıcı hareketlerdir. **TCY'nın 146/1. maddesinin uygulanabilmesi için, tüm Anayasal kuruluşlara yönelik toplu bir harekette bulunulması şart değildir. Sanığın dahil olduğu örgütün, kendi iktidarlarını gerçekleştirmek için yaptıkları ve mevcut düzeni zorlayıcı bu silahlı eylem, cebre dayalı icrai hareket niteliğindedir. Olayın boyutu, vehameti, yasa dışı örgütle organik bağlantısı, TCY'nın 146. maddesinin üçüncü fıkrasında fer'i failerin cezalandırılmış olması, sanığın ise sabit olan suçun asli faili olması nedeniyle hakkında TCY'nın 146/1. maddesinin uygulanması gerekmektedir.** (Yargıtay CGK, 27.5.1997, 9-102/127,

Yargıtay, bunun dışında, farklı zamanlarda birden fazla eylemi olan sanıkların eylemleri açısından, suç tarihini son eylem tarihine göre belirlemektedir¹⁴⁴.

Anayasayı İhlâl Suçu ile anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet eylemleri suç haline getirilmektedir. Öngörülmüş olan neticelere yönelik cebir ve şiddet kullanımının, belli bir zaman dilimine yayılması mümkündür. Dolayısıyla Anayasayı İhlâl Suçu, doktrinde “muhtemel mütemadi (kesintisiz) suçlar” olarak adlandırılan suçlardandır. Bahsettiğimiz fiilin

Savaş/Mollamahmutoğlu). *“Sanıkların eyleme geçiş saik ve sebepleri ile, amaçları ve amacın gerçekleşmesi için gösterilen faaliyetlerin tümü ve geneldeki ağırlığı ile kendi içindeki akışı, küll olarak değerlendirildiğinde fiilin TCK. nun 146. maddesine mümas olduğu ve sanıkların eylemdeki yerine ve gösterdikleri faaliyetlerin niteliğine göre sözü edilen maddenin fıkraları içinde hukuki durumlarının tesbiti gerekirken bir bütün olan eylemin bölümlere ayrılması sonucu yazılı maddelerle uygulama yapılarak hüküm kurulması...”* (Yargıtay 9. CD, 21.1.1983, 3/118, Gözübüyük, s. 187). *“Suçun niteliği itibarıyla, suç tarihinin, hükme esas alınan son eylem tarihi olduğu, lehe yasa değerlendirmesinin buna göre yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...”* (Yargıtay 9. CD, 14.12.2006, 7149/7313, Akkaya, s. 173); Yargıtay 9. CD, 13.6.2006, 1278/3390; Yargıtay 9. CD, 14.12.2006, 7149/7313.

¹⁴⁴ *“Suçun niteliği itibarıyla, suç tarihinin, hükme esas alınan son eylem tarihi olduğu, lehe yasa değerlendirmesinin buna göre yapılması gerektiğinin gözetilmemesi”* (Yargıtay 9. CD, 14.12.2006, 7149/7313, Akkaya, s. 173); *“Kayden 01.01.1977 doğumlu olduğu belirlenen sanık, sorumlu tutulduğu Anayasal düzeni cebren ortadan kaldırmaya teşebbüs suçuna vücut veren ve suçun 765 sayılı TCY’nın 146/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesini gerekli hale sokan öldürme ve yaralama eylemlerinin gerçekleştiği 18.10.1993 tarihinde henüz 16 yaşının içindedir. Suç tarihinde 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanık hakkında, 765 sayılı TCY’nın yaş küçüklüğü nedeniyle cezada indirim öngören 55. maddesinin uygulanması zorunludur. Sanığın Anayasal düzeni cebren kaldırmaya teşebbüs niteliğinde görülen bu eylemi sonrasında, başkaca eyleme katılmaksızın örgüt üyeliğini 18 yaşını bitirdiği tarihten sonra da sürdürmüş olması, yaş küçüklüğüne dayalı ceza indirimine engel değildir. Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.”* (Yargıtay CGK, 26.12.2006, 9-295/322). Kanımızca, örnek olarak gösterdiğimiz kararlardan ikincisinde yapılan uygulama tartışmaya açıktır. Esasen, örgütün eylemlerinin neticeye yönelmiş ve neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması durumunda, cebir devam etmektedir. Burada, failin son eylemi kaç yaşında gerçekleştirdiği, kendisinin cebri hareketleri ne zaman sona erdirdiğinin tespiti açısından önemlidir. Karardan, failin, son cebri hareketinin ardından örgüt içindeki eylemlerinin niteliği hususunda bilgi edinilememektedir. Ancak, amaç suç olan Anayasayı İhlâl Suçu ile bu amaçla kurulan örgüte üyelik birbirleriyle sıkı ilişki içerisinde olan eylemlerdir. Bu bağlamda, tespit edilmesi gereken husus failin son cebri hareketi ne zaman gerçekleştirdiği olmalıdır.

işlenmeye devam edildiği zaman dilimi kısa olabileceği gibi neticenin gerçekleşmesi halinden bağımsız olarak, oldukça uzun da sürebilir.

Suçun, mütemadi suç olarak işlenebileceğini kabul etmemizin sebebi, suçun oluşması için gerekli olan cebir ve şiddet kullanımının başarıya ulaşması ve maddede gösterilen neticelerin gerçekleştirilmesi halinde anayasal düzeni bastıran fiilin sona ermemekte oluşudur. Aynı şekilde suçun icra hareketleri de çoğu kez mütemadi nitelik göstermekte ve aynı amaç için birden çok cebri davranış işlenerek tek bir Anayasayı İhlâl Suçuna sebebiyet verilmektedir. Suçun niteliğinden ve kendine has özelliklerinden dolayı, ani ve tek bir cebri hareketle işlenmesi muhtemel olmayıp, özellikle neticeye ulaşılması durumunda, anayasal düzenin ihlâli belli bir sürece yayılmakta ve bu süreç boyunca cebri bir düzen hâkim durumda bulunmaktadır.

Öte yandan suç ani şekilde de işlenebilir. Bu sebeple suçun zorunlu mütemadi suçlardan olmadığını ifade etmek gerekir. Özellikle anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi şeklinde tanımlanan neticenin ani şekilde oluşması muhtemeldir. Ancak bu ihtimalde de, anayasal düzenin fiilen uygulanması sonucuna zamana yayılan cebri davranışlarla ulaşılmış olabilir. Bu durumda da eylemin mütemadi nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Meselâ genel seçimlerin yapılması için öngörülen tarihte yapılamamasını sağlamak için askeri kuvvetlerin sokağa çıkarılması ve genel seçimlerin o tarihte yapılmasının engellenmesi buna örnektir. Bu durumda genel seçimlerin yapılmayacağının anlaşıldığı anda netice de ortaya çıkmıştır. Ancak suç teşkil eden eylemler belli bir zamana yayılmaktadır. Keza Anayasa Mahkemesinin önündeki bir meselede belli bir şekilde karar almasını engellemek için güvenlik kuvvetleri Anayasa Mahkemesini kuşatır

ve istedikleri kararı çıkarttırırsa, bu durumda netice kararın Anayasa Mahkemesinin iradesini değil, Mahkemeye yönelen cebir yansıttığı anda gerçekleşir. Halbuki cebri davranışlar kuşatmanın başladığı anda başlar kalktığı anda biter.

Suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı sorununa, mütemadi suç olma niteliğinden hareketle şöyle bir yanıt vermek gerekir: Suç, esasında, elverişli cebir ve şiddet hareketleri ile maddede öngörülen, anayasal düzeni ortadan kaldırmak veya değiştirmek veya bu düzenin uygulanmasını fiilen engellemek şeklindeki neticelere ulaşılması ile tamamlanır. Ancak kanunkoyucu, bu neticelere yönelen icra hareketlerini de neticenin kendisi kadar önemsemiştir. Bu sebeple, neticeye yönelik icra hareketlerine başlanmakla, yani teşebbüs aşamasına geçilmekle, suçun neticeleri ortaya çıkmış, suç tamamlanmış gibi ceza verilmesi öngörülmüştür.

Bu durumda maddede gösterilen neticelere yönelik cebir ve şiddet içeren, elverişli icra hareketlerinin işlenmeye başlanması ile teknik olarak suç tamamlanmamakta ancak neticelere yönelik teşebbüs başlamaktadır. Eğer bu neticelerden biri gerçekleşmez ise, herhangi bir mütemadi suça teşebbüste olduğu gibi yalnızca suçun icrasına başlanmış olacak ve suçun bir kalkışma suçu olarak düzenlenmiş olması sebebiyle, maddede öngörülen neticelere teşebbüs, tamamlanmış suç gibi cezalandırılacaktır.

Bu noktada, elverişli cebir ve şiddet kullanımı ile icra hareketlerine başlanmış sayıldığı andan itibaren, cebir ve şiddet kullanımı sona erene kadar fiilin icrasının sürmekte oluşuna dikkat edilmelidir.

Konuyu şu şekilde izah etmek isteriz: Anayasal düzene yönelik olarak elverişli cebir ve şiddet hareketlerinin gerçekleştirilmesine başlanması ile

birlikte suçun icrası da başlar. Suçun failinin, cebir ve şiddet hareketlerini gerçekleştirmesi gerekir. Aralarında iştirak ilişkisi bulunan failer tarafından farklı yer ve zamanlarda gerçekleştirilen cebir ve şiddet hareketleri iştirak halinde işlenen tek bir Anayasayı İhlâl Suçu oluşturur. Zira iştirak iradesi içinde aynı konuya yönelmiş olan bu eylemler sonuca ulaşmak için ortak bir amaç çerçevesinde işlenmektedir. Yani, failer arasındaki bağ sürdükçe, anayasal düzene yönelmiş olan cebir ve şiddet eylemleri bir bütün olmaya devam etmektedir.

Anayasal düzeni yıkma amacını taşıyan bir örgütün elverişli olduğu kabul edilen hareketlerle, maddede öngörülen neticelere yönelik doğrudan icraya başlaması durumunda, cebir ve şiddet kullanımı da başlamış olur. Bu durumda cebir ve şiddet kullanan failer, TCK m. 309'da öngörülen tipe uygun hareketi gerçekleştirmiş olurlar.

Burada önemli olan husus, bir failin maddede öngörülen neticeleri gerçekleştirme amacıyla, birden fazla cebir ve şiddet hareketi gerçekleştirmesinin, birden fazla Anayasayı İhlâl Suçuna sebebiyet vermeyeceğidir. Zira maddede gösterilen cebir ve şiddet, Anayasal düzene yönelik olarak bir bütün şeklinde dikkate alınmaktadır. Bu durum, mütemadi suçu açıklayan teoriler açısından, birden fazla fiilin tek bir fiil olarak kabul edildiği yönündeki görüşe de uygundur¹⁴⁵. Cebir ve şiddet kullanımı bir defa başladıktan sonra, sona erene kadar kesintisiz şekilde devam eder. Kesinti gerçekleşirse temadi de sona ermiş olur.

Varmış olduğumuz bu netice, suçun bağlı hareketli ve tek hareketli suç olma özelliği ile de teyit edilmektedir. Şöyle ki, bağlı ve tek hareketli suç olmasının

¹⁴⁵ Bkz.: Önder, Mütemadi Suç, sh. 98.

sonucu olarak, cebir ve şiddet hareketlerinin bir defa icrasına başlanmış olması suçun oluşumu için yeterlidir. Eğer suçun ani suçlardan olduğu kabul edilecek olursa, her bir icrai davranışın ayrı suç oluşturacağının kabul edilmesi gerekir. Zira ani suçlarda hareket zamana yayılmaz¹⁴⁶.

Eğer suç failleri amaçlarında muvaffak olurlar ve neticeye ulaşırlarsa bu durumda suç tamamlanmıştır. Suçun tamamlanmış olduğu, bittiği anlamına gelmez, dolayısıyla anayasal düzenin cebren bastırıldığı süreç boyunca suç işlenmeye devam edilmiş olacaktır. Bir başka ifade ile suç cebir ortadan kalkana kadar işlenmeye devam eder. Bu ihtimalde suç tamamlanmış ama bitmemiştir ve işlenmeye devam edilmektedir. Anayasal düzen yeniden tesis edilene veya yeni ve meşru bir anayasal düzen kurulana kadar suç teşkil eden fiillerin icrası devam eder. Bunun anlamı suç tipi ile tanımlanan haksızlığın sürmesidir¹⁴⁷. Bu özellik de suçun mütemadi niteliği ile uyum içindedir. Zira mütemadi suçların tamamlanması ve bitmesi farklı zamanlarda olmaktadır¹⁴⁸.

Suçun bitmesi ise, bu saydığımız ihtimallerin gerçekleşmesi ve eski düzenin kesin olarak ortadan kalkarak yeni bir Anayasal düzen tesisi veya eski düzene karşı sürdürülen cebir ve şiddet hareketlerinin herhangi bir surette sona erdirilerek, Anayasal düzenin tekrar kurulması veya fiilen uygulanması engellenen düzenin ihya edilmesi ile söz konusu olacaktır.

¹⁴⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 247 – 248. Mütemadi suçun esasını neticenin sürmesi olarak açıklayan görüşler açısından da değişen bir şey yoktur. Bu durumda da devam etmeyen neticedir: Dönmezer/Erman, C.I, sh. 385; Demirbaş, sh. 228; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sh. 213.

¹⁴⁷ Dönmezer/Erman, C.I, s. 385; Koca/Üzülmez, sh. 115 – 116.

¹⁴⁸ Koca/Üzülmez, sh. 116 – 117.

Mütemadi suçta devam edenin hareket mi, yoksa netice mi olduğu tartışmalarının bu konuda önemli sonuçları bulunmaktadır. Devam edenin hareket olduğunun kabulü durumunda, neticeye ulaşmaya elverişli cebir ve şiddet hareketleri ile bu suçun icrasına başlanmış olacaktır. Temadi cebir ve şiddet hareketlerinin devamı süresince mevcuttur. Failin bu hareketlere kendiliğinden son vermesi veya bir gücün etkisiyle hareketlerine son vermek zorunda kalması ile temadi de sona erer.

Mütemadi suçta neticenin devam ettiği görüşünün kabulü durumunda ise, temadinin neticenin ortaya çıkması ile başladığı ve neticenin ortadan kalkması ile bittiğini kabul etmek gerekecektir.

Bu bağlamda, Anayasayı İhlâl Suçu, mütemadi suçta devam edenin netice değil, hareket olduğunu göstermekte olup bu konudaki tartışmalar açısından da önemli bir örnek teşkil etmektedir. Mütemadi suçta süreklilik teşkil eden unsurun netice olduğu kabul edilecek olsaydı, öncelikle, anayasal düzene karşı, maddede gösterilen neticelerden biri gerçekleşmedikçe, işlenen bütün elverişli icra hareketlerinin ayrı ayrı Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekecekti.

Bu konuyu çeşitli ihtimalleri dikkate alarak açıklamak yerinde olacaktır:

- *Birinci ihtimale göre*, maddede gösterilen neticelere yönelik olarak elverişli icra hareketleri (cebir ve şiddet) gerçekleştirilir. İcra hareketleri elverişli olmasına rağmen netice gerçekleşmez. Failler hareketlerini sürdürürler.

Bu ihtimalde anayasal düzene yönelen hareketler devam etmekte, yani temadi sürmektedir. Elverişli hale ulaşan hareketlerin elverişli şekilde devam ettikleri sürece kesintisiz olduğu kabul edilmelidir. Amaçlarından

vazgeçerek başka hareket gerçekleştirmeyen failler açısından son cebir ve şiddet hareketini gerçekleştirdikleri anda temadi sona ermiş sayılır¹⁴⁹.

- *İkinci ihtimalde*, elverişli cebir ve şiddet hareketleri gerçekleştirenler, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik elverişli cebri eylemlerinin hemen ardından yakalanırlar.

Bu ihtimalde de netice ortaya çıkmamış ama elverişli icra hareketleri gerçekleştirilmek suretiyle teşebbüs aşamasına ulaşılmıştır. Cebir ve şiddet hareketlerini gerçekleştirdikten sonra yakalanan failler açısından temadi sona ermiştir.

- *Üçüncü ihtimalde*, elverişli icra hareketini gerçekleştirenlerin bir kısmı yakalanır, kalanlar hareketleri devam ettirir.

Bu durumda, hareket elverişli olarak başlamış, fakat faillerin bir kısmı yakalanmıştır. Faillerin yakalanması onlar açısından temadinin sona erdiği anlamına gelir. Ancak diğer failler açısından temadi devam etmektedir. İcra hareketlerinin bir süre sonra elverişli olmaktan çıkması mümkündür. Anayasal düzene yönelik kalkışmanın, çeşitli sebeplerle (taraf tarf yitirmesi, maddi kaynaklarını kaybetmesi vs.) elverişli olmaktan çıkması halinde, temadinin de sona erdiğini kabul etmek gerekir. Zira bu durumda artık ceza hukukunun alanından çıkmış bir hareket söz konusudur. Ancak burada, elverişliliğin geçici şekilde ortadan kalktığı hallerden bahsetmiyoruz. Elverişliliğin objektif ve kesin olarak ortadan kalkması halinde temadinin sona erdiğinden bahsedilebilir.

¹⁴⁹ Nitekim, Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir, bkz: **Yargıtay CGK**, 26.12.2006, 9-295/322; **Yargıtay 9. CD**, 14.12.2006, 7149/7313.

- *Dördüncü ihtimalde*, netice gerçekleşir ve Anayasal düzen ortadan kalkar veya fiilen uygulanamaz. Yeni ve meşru bir düzen kurulana veya önceki meşru düzen yeniden tesis edilene kadar cebri durum devam eder.

Bu durumda, ortadan cebren kaldırılan anayasal düzenin yerine, yeni ve meşru bir düzenin hiç kurulmadığını varsayalım. Bu halde mevcut düzen içinde yer alan herkes suça iştirak eden mi sayılacaktır sorusu haklı olarak ortaya atılabilir. Elbette böyle bir sonucun kabulü mümkün değildir. Söz konusu soruna ilişkin olarak, anayasal düzeni deviren yeni düzenin siyasi iktidarının çekişmesiz şekilde kabul görmesinin temadiyi sona erdireceği söylenebilir. Ancak bu ihtimalin kabulü de baskıcı rejimin insan hakları ihlallerini meşru kılmaz¹⁵⁰.

Anayasayı İhlal Suçunun mütemadi suç olarak kabulünün bir takım sonuçları vardır:

- Temadi süresince suça iştirak mümkündür. Bu bağlamda, Anayasal düzenin cebren bastırıldığı süreç içerisinde bu cebir eylemlerine iştirak edenler suçun şeriki olacaklardır. Suçun işlenmesinin bitmesi ile suça iştirak imkânı da ortadan kalkar.
- Dava zamanaşımı temadinin sona erdiği anda işlemeye başlar. Bu durumda anayasal düzenin ortadan kaldırıldığı veya uygulanmasının

¹⁵⁰ AİHM'nin, Demokratik Almanya Cumhuriyeti döneminde, sınırı gayri kanuni şekilde geçmeye çalışanların öldürülmelerine ilişkin, iki Almanya'nın birleşmesinin ardından verilen cezaları değerlendirdiği kararı ve bu kararın gerekçesi bu konuda önemli bir örnektir: AİHM, Streletz, Kessler ve Krenz – Almanya, (22 Mart 2001).

fiilen engellendiği tarih değil, cebrin ortadan kalktığı tarih dikkate alınmalıdır¹⁵¹.

- Temadi eden cibrî fiil tek olduğundan dolayı, temadi başladıktan sonra sürekli olarak, kesintisiz şekilde devam eden cibri hareketlerin varlığı gerekmez. Esasen, böyle bir koşulun gerçekleşmesi beklenemez.
- Elverişlilik hususundaki değerlendirme temadinin devamı süresince yapılabilecektir. Mütemadi suç olmasının bu konuda da bir sonuç doğurduğunu kabul etmek gerekir. Temadi ile hareket de devam ettiğinden elverişlilik değerlendirmesi temadinin devamı süresince yapılabilir: Cebir ve şiddet hareketleri elverişli hale gelene kadar temadinin başladığından söz edilemez. Sorumluluk bu hareketler neticeyi meydana getirmeye elverişli olduğu andan başlar. Temadi de bu anda başlamıştır. Buna göre elverişsiz aşamada cebir ve şiddet hareketlerini gerçekleştirenler ve buna katılanlar Anayasayı İhlâl Suçundan dolayı sorumlu olmazlar. Hareketler bir defa elverişli hale gelip temadi başladıktan itibaren cebir ve şiddet hareketleri gerçekleştirenler ve bunlara katılanlar sorumlu olacaktır.

f) Kalkışma suçu niteliği

(1) Genel olarak

Anayasayı İhlâl Suçu, bir kalkışma (teşebbüs) suçudur¹⁵². Türk doktrininde, “kalkışma suçları” üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmış değildir. Doğru

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **İkinci Bölüm, VIII**

¹⁵² **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 221; **Koca/Üzülmez**, sh. 404; **Hakeri**, sh. 158; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 70; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 215; **İpekçioğlu**, sh. 195.

bir terminoloji kullanabilmek adına öncelikle kavramı açıklamak ve kabulümüze göre, sınırlarını belirlemek gerekir.

Kalkışma suçlarına, 5237 sayılı TCK'nın 262, 272, 288, 309, 310, 312 ve 333. maddelerini örnek gösterebiliriz. Kanunumuzda, kalkışma suçu olarak düzenlenen suç tiplerinde yerinde bir tercih ile "teşebbüs etmek" ifadesi kullanılmaktadır. Bu tercih yerindedir, zira kalkışma suçu olarak düzenlenen suç tiplerinin teşebbüse ilişkin temel prensiplere tâbi olduğu hususunda çıkabilecek olası tartışmalar, bu şekilde bertaraf edilmiş olmaktadır.

Nitekim, İCK'da devlete karşı suçlar kısmında yer alan bir takım suç tiplerinde tercih edilen, "*attentato*" tabiri tam anlamıyla teşebbüs ifadesini karşılamamakta; saldırmak, bir başkasının hayatına kastetmek gibi anlamlar taşımaktadır¹⁵³. Kelimenin, etimolojik açıdan, İtalyancada teşebbüs anlamına gelen ve İCK'da da bu terim ile karşılanan "*tentativo*" kelimesi ile ilişkisi olmasına rağmen, suç tiplerinde, Kanunda kullanılan teşebbüs kavramına doğrudan atıf yapılmaksızın suçun bu kavram ile isimlendirilmesi, İtalyan doktrininde ve uygulamasında bu suçlara ilişkin uygulamanın nasıl yapılacağı hususunda tereddüt yaratmıştır¹⁵⁴. 1960'lı yıllara kadar hakim olan görüş, suça teşebbüse ilişkin koşullar ile bu grup altında yer alan suçlar açısından öngörülen koşulların farklı olduğu, suça teşebbüste aranan elverişlilik koşulunun bu suçlar açısından aranmadığı yönündedir¹⁵⁵.

¹⁵³ Meselâ inceleme konumuz olan suçun İCK'daki karşılığı olan "*attentato contro la Costituzione dello Stato*" (ICK m. 283).

¹⁵⁴ Kavram hakkında ayrıntılı inceleme için bkz.: **Ettore Gallo**, *Il Delitto di Attentato nella Teoria Generale del Reato*, Giuffrè, 1966, s. 1 vd.

¹⁵⁵ **Fiandaca/Musco**, *Parte Speciale* 2008, sh. 8; **Padovani**, *Diritto Penale*, sh. 277.

Bu hususta, çıkan bir diğer tartışma anılan grupta yer alan suç tiplerinin, hazırlık hareketlerini de cezalandırıp cezalandırmadığına ilişkindir¹⁵⁶.

Ancak neticede, İtalyan doktrini, İCK m. 283’de düzenlenen suçun da aralarında bulunduğu, “*delitti di attentato*” olarak kabul edilen suç tiplerine, teşebbüse ilişkin prensiplerin uygulanması esasını kabul etmiştir¹⁵⁷.

Kalkışma suçları olarak adlandırmayı tercih ettiğimiz¹⁵⁸ bu grubu teşebbüs suçu olarak isimlendiren yazarlar da mevcuttur¹⁵⁹. Kanımızca kurumu daha iyi ifade eden terim “teşebbüs suçu”dur. Ancak “teşebbüs suçu” teriminin, “suça teşebbüs” ile yakın ilişkisine rağmen aynı hususu ifade etmemesi ve her iki terimin de birbirlerine benzerliği sebebiyle karıştırılmaya müsait olmaları nedeniyle, kavramı “kalkışma suçu” olarak isimlendirmeyi tercih ediyoruz¹⁶⁰.

Öte yandan, kalkışma suçu veya teşebbüs suçu olarak adlandırılan bu gruba, hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suç tiplerini de ekleyen görüşler mevcuttur¹⁶¹. Kanımızca bu yaklaşım doğru değildir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, kalkışma suçları, teşebbüs kurumuna ilişkin

¹⁵⁶ **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 484; **Padovani**, Diritto Penale, sh. 277.

¹⁵⁷ Bkz.: **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 484 – 485; **Fiandaca/Musco**, Parte Speciale 2008, sh. 7 – 8; **Pulitanò**, sh. 452 – 453; **Gallo**, Digesto, sh. 347 vd.; **Padovani**, Diritto Penale, sh. 277.

¹⁵⁸ Kalkışma suçu terimini kullanan yazarlar: **Demirbaş**, sh. 232; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 253; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 215. **Hakeri**, “Kalkışma Suç Tipleri” başlığının yanında parantez içinde “Teşebbüs Suçları” ibaresine de yer vererek iki kavramı birden kullanmaktadır: **Hakeri**, Genel Hükümler, sh 157.

¹⁵⁹ **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 471; **Koca/Üzülmez**, sh. 404.

¹⁶⁰ Aynı şekilde **Özgenç** de, “suça teşebbüs” konusunu açıklarken, “suça teşebbüs durumunda bağımsız bir ‘teşebbüs suçu’ndan söz edilemez” demektedir: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 452. Nitekim, **Soyaslan** “Teşebbüs Suçu” isimli monografisinde, esasen suça teşebbüs konusunu anlatmaktadır. Bu durumun, işaret etmeye çalıştığımız terminolojik soruna bir örnek olduğu kanısındayız, bkz: **Doğan Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994.

¹⁶¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 215; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 253; **Demirbaş**, sh. 232; **İpekçioğlu**, sh. 195.

prensipilerin aynen uygulandığı, ancak ceza tayini açısından, suçun teşebbüs halinde kalması durumunda söz konusu olan indirimin uygulanmadığı suç tipleridir¹⁶². Hazırlık hareketlerinin müstakil suç olarak düzenlendiği veya belli bir suçun hazırlık hareketlerinin de cezalandırılacağına öngörüldüğü suç tipleri açısından söz konusu olan prensipler, kalkışma suçlarına göre farklılık arz edecektir¹⁶³.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının öngörüldüğü suç tiplerinin, kalkışma suçlarıyla birlikte aynı kategori altında değerlendirilmesi, kavramsal olarak bir yanlış yaratabilir. Kanaatimizce, uygulanacak prensipler açısından farklı koşullara tâbi olan bu iki grubu bir arada incelememek en doğrusu olacaktır¹⁶⁴.

Bu kabulden sonra, kalkışma suçları, yalnızca, belli bir suça teşebbüsün, o suç tamamlanmış gibi cezalandırılacağına kabul edildiği halleri ifade eden bir kategori olmaktadır¹⁶⁵. Kalkışma suçlarını bu şekilde tanımladıktan sonra, bu gruba dahil suç tiplerine, suça teşebbüse ilişkin prensiplerin aynen

¹⁶² **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 118. **Özgenç** de bu hususu açıkça beyan etmemekle beraber, Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin uygulamanın nasıl yapılacağını açıklarken teşebbüse ilişkin prensipleri uygulamaktadır: **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 221 – 224. Benzer şekilde: **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, 195 vd.; **Yaşar**, sh. 208.

¹⁶³ Hazırlık hareketlerinin müstakil suç olarak tanımlanması farklı bir konudur. Meselâ, inceleme konumuzla da ilgili olan TCK m. 314, 315 ve 316, Anayasayı İhlâl Suçunun bazı hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir. Hazırlık hareketlerinin, ancak korunan hukuki değerine önemine bağlı olarak; suç haline getirilen hazırlık hareketlerinin, amaca yönelik hareket niteliği taşıdığına belirgin olması koşuluyla ayrı bir suç olarak tanımlanabileceği kanısındayız. Bu konuda tartışma ve görüşler ile farklı ülkelerin uygulamaları için bkz: **Lorenzo Picotti**, “*The Expanding Forms of Preparation and Participation*”, XVIIIth International Congress of Penal Law (Istanbul, Turkey, September 2009), İstanbul, 2009; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 484 – 485.

¹⁶⁴ **Sözüer** de hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını, suça teşebbüsün dışında bir konu olarak kabul etmektedir: **Sözüer**, sh. 184 – 185. Ayrıca bkz: **Picotti**, sh. 21 vd.

¹⁶⁵ **Koca/Üzülmez**, sh. 404; **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 104; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 471.

uygulanacağını, ancak suça teşebbüs halinde öngörülen ceza indiriminin söz konusu olmayacağını söylemek gerekir¹⁶⁶.

Buna göre, bir suç tipinin kalkışma suçu olarak düzenlenmesiyle, o suça ilişkin cezalandırılabilirlik alanı genişletilmemektedir¹⁶⁷. Yapılan, kanuni tipteki neticenin gerçekleşmediği; yani tamamlanmamış olan, ancak teşebbüs hükümleri sayesinde cezalandırılabilir durumda bulunan fiile, suç tipinde öngörülen cezanın herhangi bir indirimle gidilmeden uygulanmasını sağlamaktan ibarettir¹⁶⁸.

Bu bağlamda, kalkışma suçlarının, “tamamlanması öne alınmış”, “peşinen tamamlanmış suçlar” olarak ifade edilmesi doğru değildir¹⁶⁹. Zira bu suç tiplerinin neticesinin bulunmaması, fiilin gerçekleştirilmesi ile tamamlanması veya tamamlanmasının öne alınması söz konusu değildir.

Kalkışma suçu örnekleri incelendiğinde, bunların genellikle bir neticenin öngörüldüğü suç tipleri olduğu görülecektir. Bu kategorideki suçlara teşebbüs edilmesiyle, yani elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlanmakla, tamamlanmış gibi cezalandırılmanın söz konusu olacağını söylemiştik. Ancak, ilgili maddelerde gösterilen neticelerin gerçekleşmesi

¹⁶⁶ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 101, 104 vd.; **Erem/Toroslu**, sh. 67; **Toroslu**, Anayasayı İhlâl, sh. 592; **Gallo/Musco**, sh. 145; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 485. **Özgenç** ve **Koca/Üzülmüş** de, belli bir neticeye yönelik teşebbüs niteliğindeki hareketlerin, bağımsız suç olarak tanımlanmalarından bahsederek, zımnen bu esası kabul etmektedir: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 471; **Koca/Üzülmüş**, sh. 404.

¹⁶⁷ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 105 vd.

¹⁶⁸ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 153.

¹⁶⁹ Aksi görüş: **İpekçioğlu**, sh. 195; **Daragenli**, sh. 167 – 168; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 70; **Tozman**, sh. 181. İtalyan doktrininde de, inceleme konumuz suçun dahil olduğu “*delitti di attentato*” başlığı altındaki suçlar, birçok yazar tarafından, bu şekilde de adlandırılmaktadır: **Antolisei**, Parte Generale, sh. 505. Ancak İtalya’da söz konusu suçların düzenleniş biçimi açısından bir takım farklılıkların bulunduğunu ifade etmiştik.

suçun zorunlu bir unsuru değildir. Zira, bu suç tiplerinde, gösterilen neticelere “teşebbüs edenlerin” cezalandırılacağı ibaresi kullanılmaktadır.

TCK’nın genel hükümleri arasında yer alan teşebbüs hükümleri, ceza sorumluluğu alanını genişletici niteliktedir¹⁷⁰. Ceza kanunlarında teşebbüs hükümlerine yer verilerek, hukuki değerlerin koruma alanının genişletilmesi amaçlanmaktadır. Suça teşebbüse ilişkin kurallar, TCK’nın genel hükümleri arasında olmaları sebebiyle, bütün suçlar açısından uygulanabilir niteliktedir. Bunun istisnası, kanunda aksine bir düzenleme yapılması veya ilgili suç tipinin mahiyeti ve teşebbüse ilişkin temel prensipler sebebiyle o suçun teşebbüse müsait olmaması halleridir¹⁷¹. Buna göre, suça teşebbüse ilişkin hükümlerle ortaya konulan prensipler, ilgili suç tipinde korunan hukuki değeri ihlâl edici davranışların cezalandırılabilirlik sınırlarını çizmektedir.

TCK m. 35 ile suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmediği veya tanımlanan eylemin tamamlanmadığı, teşebbüs aşamasında kalan eylemlere daha az ceza verilmesi öngörülmüştür¹⁷². Kalkışma suçları ile teşebbüse ilişkin temel prensiplerin uygulanmasında bir değişiklik öngörülmemekte yani koruma alanı aynı kalmaktadır. Ancak teşebbüs hükümlerinin ikinci sonucu olan cezada indirim, bu suç tiplerinde söz konusu olmamaktadır. Bir başka ifadeyle kalkışma suçlarında, cezalandırılabilirlik alanı, suça teşebbüs hükümleri ile belirlenen alana nazaran genişletilmemektedir.

¹⁷⁰ **Demirbaş**, sh. 414; **Koca/Üzülmez**, sh. 388; **Sözüer**, sh. 46; **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, sh. 52; **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 414; **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, sh. 23.

¹⁷¹ Bkz: **Demirbaş**, sh. 440 vd.

¹⁷² **Koca/Üzülmez**, sh. 401 vd.

Bu sebeple, kalkışma suçları ile genel hükümlerde düzenlenen teşebbüs kurumunun sonucu açısından bir farklılık ortaya çıkmakta, ancak teşebbüse ilişkin kuralların uygulanmasına ilişkin bir değişiklik söz konusu olmamaktadır. Bu, yasakoyucunun tercihi olarak tezahür eden bir sapmadır¹⁷³.

Bir suç tipinin kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin altında, yasakoyucunun, suç tipinin öngördüğü icra hareketlerine başlanmasının, suçun neticesinin gerçekleşmesi kadar zararlı olduğunu kabul etmesi yatmaktadır¹⁷⁴. Bir başka ifadeyle, yasakoyucu, korunan hukuki değere verdiği önem veya bu değerın hassasiyetini dikkate alarak, bunlara yönelen elverişli icra hareketlerinin doğurduğu etkiyi netice gerçekleşmiş kadar ciddi görmekte ve netice gerçekleşmiş gibi ceza uygulanmasını tercih etmektedir.

Kalkışma suçlarının, genellikle Devlete karşı suçlar arasında görülmeleri, bu grupta yer alan suçların tarihi gelişimiyle de doğrudan ilişkilidir¹⁷⁵. Siyasi iktidarı elinde bulunduranların, iktidarları ve bunun meşruiyet kaynaklarını korumakta gösterdikleri hassasiyet, Devlete karşı suçlara kalkışılmasının dahi, tamamlanması kadar ciddiye alınmasına yol açmıştır¹⁷⁶.

¹⁷³ Kalkışma suçu olarak düzenlenen bir suç tipine, Genel Hükümler arasında yer alan teşebbüs hükümlerinin ayrıca uygulanmaması ayrı bir konudur. Kalkışma suçlarına TCK m. 35'in uygulanmaması, bu suçların teşebbüs hükümleri ile bir alakası olmadığı anlamına gelmez, bilâkis bu irtibatı güçlendirir. Bu hususta bkz. **İkinci Bölüm, VI.A**

¹⁷⁴ Benzer yönde: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 153.

¹⁷⁵ **Fiandaca/Musco**, Parte Speciale 2008, sh. 7.

¹⁷⁶ TCK'da, İCK'nın sisteminin aksine, kalkışma suçu olarak gruplandırılacak suçlar açısından, kanımızca daha isabetli bir tercihle, yeknesak bir düzenleme yapılmış ve ilgili suç tiplerinde, "teşebbüs" kavramına açıkça yer verilerek bu suçlara suça teşebbüse ilişkin genel kuralların tatbik edileceği açıkça ortaya konulmuştur. Yukarıda da açıkladığımız üzere, İtalya'da, bu sonuca ancak yorum yoluyla varılabilmektedir. İtalyan hukukunda, kalkışma suçları arasında yer alan "*delitti di attentato*" grubu yalnızca Devlete karşı suçlar arasında yer almaktadır, bkz: **Fiandaca/Musco**, Parte Speciale 2008, sh. 7.

Buna göre, kalkışma suçlarının failleri açısından da, diğer suç tiplerinde olduğu gibi, elverişli icra hareketleri gerçekleştirilmekle, ceza sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu sonuca, teşebbüs hükümlerinin yardımıyla ulaşıyoruz. Madde metninde, teşebbüs kavramına yapılan açık atıf, ilgili suç tipine ilişkin değerlendirme yapılırken suça teşebbüse ilişkin temel prensiplerden faydalanılmasını zorunlu kılmaktadır¹⁷⁷.

Kalkışma suçları, suç genel teorisi ile kabul edilen ceza siyasetinden sapma teşkil etseler de, bu suçların oluşması, icrasına başlanması gibi hususlar açısından özel bir takım kurallar getirdikleri düşünülmemelidir. Bu gruba dahil olan suçlar genellikle toplumsal etki yaratan eylemlerle ilgilidir. Bu durum bahsi geçen başlık altındaki suçlara olağanüstü bir nitelik vermez. Kalkışma suçları da, kanunda aksi öngörülmedikçe genel kurallar çerçevesinde değerlendirilir.

(2) Anayasayı İhlâl Suçu açısından

Bir kalkışma suçu olan Anayasayı İhlâl Suçu açısından da söz konusu olan, maddede gösterilen neticelere yönelen elverişli icra hareketlerini, netice gerçekleşmiş gibi cezalandırmaktan ibarettir. Bu bağlamda, suç tipinin konusu ve koruduğu hukuki menfaatlerin öneminden etkilenip, icra hareketlerinin başlangıç anının tespiti veya elverişli hareketten ne anlaşılması gerektiği gibi sorunları genel prensiplerden farklı bir şekilde çözmeye kalkmak yanlış olur¹⁷⁸.

Aynı şekilde, bu tasnif altında yer alan suç tiplerine yönelen hazırlık hareketlerinin de, suçun kapsamına dahil olduğu ve cezalandırılacağı gibi bir

¹⁷⁷ Fiandaca/Musco, Parte Generale, sh. 485.

¹⁷⁸ Benzer yönde: Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 221 – 224.

sonuca varılamaz¹⁷⁹. Kanunkoyucunun Anayasayı İhlâl Suçunda, “teşebbüs edenler” ibaresini kullanması, genel hükümlerde yer alan teşebbüse ilişkin prensiplerin uygulanacağını ve bu suçlarda, daha geniş cezalandırılabilirlik alanının yaratılmadığının göstergesidir¹⁸⁰.

Zaten kanunkoyucu, cezalandırılmasını istediği hazırlık hareketlerini ayrı suç olarak düzenlemektedir (TCK m. 314, 315 ve 316)¹⁸¹. Dolayısıyla, ayrıca suç olarak düzenlenmemiş olan hazırlık hareketi mahiyetindeki eylemlerin bu suç kapsamında kabul edilmesi gibi, kanunda açıkça cezalandırılan

¹⁷⁹ Söz konusu suçun yorumunda aşırıya kaçılması, yalnızca hazırlık hareketlerinin değil, düşünce safhasının da ceza hukuku alanına dahil edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu hususa, suçun neticelerinin, failin amacı olarak görülmesi ihtimali açısından, haklı olarak, işaret edilmiştir: **Erem/Toroslu**, sh. 65 – 66; **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 221; **Özek**, Siyasi İktidar, sh. 125; **Özek**, Silâhlı Çete, sh. 359 vd.

¹⁸⁰ Bu hususta bkz: **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 100 vd.; **Erem/Toroslu**, sh. 67 vd. **Özek**, tarafından aktarılan Askeri Yargıtay uygulamalarında da görüldüğü üzere, uygulama ekseriyetle görüşümüzün tersi yönde karar vermektedir.

Öte yandan, Yargıtay ve Askeri Yargıtay tarafından verilen ve kalkışma suçunun bu özelliklerini dikkate alan kararlar da mevcuttur:

“Maddenin açık sözünden anlaşıldığı üzere suçun en belirgin özelliği; ceza hukukunun suçun tamamlanması için neticenin tahakkukunun gerekli olduğuna dair kuralından ayrılıp, teşebbüs halinde dahi suçun tamamlanmış olduğunun kabul edilmesidir.

TCK’nın tam teşebbüsü tarif eden 62 nci maddesinin ‘bir kimse işlemeyi kastettiği cürmün icrasına taallük eden bütün fiilleri bitirmiş fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise...’

Nakıs teşebbüsü tarif eden 61 inci maddenin ‘Bir kimse işlemeyi kastelediği bir cürmü vesaiti mahsusı ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise...’ biçimindeki açık hükmü gereği TCK nun 146 ncı maddesine göre ceza tayin edilebilmesi için, failin hükmünde yazılı neticeleri husule getirmeye matuf iradi, maddi ve icrai bir hareketin varlığı zorunludur.

Ve hatta sadece maddi, icrai bir hareket yeterli olmayıp, 61 ve 62. maddelerdeki ‘vesaiti mahsusı’ ifadesi ile vurgulanmak istenen bu maddi, icrai hareketlerin neticeyi husule getirmeye elverişli olması gerekmektedir.

*Şu halde TCK nun 168. maddesinde yazılı bir silahlı çete mensubu olan kişinin yukarıda genel olarak karakteri belirtilen çetenin gayesine matuf, maddi, icrai bir hareketi yok ise, TCK nun 146. maddeye göre cezalandırılması mümkün değildir.” (AYDK, 10.1.1984, 5/2, **Gözübüyük**, s. 176 vd.)*

“... fiilin elverişli vasıtalarla icrasına başlanmış olması aranır. Bir fiilin 146. madde yönünden icra hareketi niteliğinde olup olmadığı hususu ise olayın akışına göre değerlendirilir.” (Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272, HT)

¹⁸¹ **Özek**, Silâhlı Çete, sh. 359 – 360.

hazırlık hareketlerinin kapsamını aşan her eylemin otomatik olarak bu suçu oluşturduğu gibi sonuçlara da varılmamalıdır^{182, 183}.

Suçun kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin gerekçesi olarak, maddede gösterilen neticelerin meydana gelmesi durumunda artık cezalandırmanın imkânsız olacağı gösterilmektedir¹⁸⁴. Kanımızca bu görüş kısmen doğru olmakla birlikte, söz konusu tercihi açıklamak için yegâne gerekçe değildir¹⁸⁵. Ayrıca bu gerekçenin kabulü, suçun olağanüstü bir nitelik taşıdığı ve bu sebeple yorumunun genel kuralların dışında yapılması gerektiği anlamına gelmez.

Öncelikle, aşağıda, suçun neticesine ilişkin yapacağımız değerlendirmede ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, suçun tamamlanması ve bundan sonra da faillerine ilişkin cezai takibat yapılması imkânsız değildir¹⁸⁶.

¹⁸² **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 105 vd.

¹⁸³ Yargıtay'ın uygulaması ise genellikle aksi yöndedir. Kimi kararlarda aksine prensiplerin benimsendiği ifade edilse de, bir çok kararda, anayasal düzene yönelik doğrudan icra hareketi niteliğinde olmayan eylemlerin, belli bir vahamete ulaşması durumunda, Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Kanımızca, bu yaklaşım, teşebbüse ilişkin prensipler ile açıklanamaz. Bu hususta görüşümüzün aksi uygulamaya bir örnek olarak bkz.: Bir kaç maddi hasar neticesi doğuran bombalama ve hürriyeti tahdit fiilleri işleyen sanığa ilişkin verilen kararda, "*Sanığın mensubu olduğu yasadışı silahlı örgütün, Anayasal düzeni yıkmak amacıyla giriştikleri silahlı şiddet hareketleri, düzeni zorlayıcı ve Anayasal düzen yerine istedikleri düzeni kurmayı sağlayıcı hareketlerdir. TCY'nın 146/1. maddesinin uygulanabilmesi için, tüm Anayasal kuruluşlara yönelik toplu bir harekette bulunulması şart değildir. Sanığın dahil olduğu örgütün, kendi iktidarlarını gerçekleştirmek için yaptıkları ve mevcut düzeni zorlayıcı bu silahlı eylem, cebre dayalı icrai hareket niteliğindedir. Olayın boyutu, vehameti, yasa dışı örgütle organik bağlantısı, TCY'nın 146. maddesinin üçüncü fıkrasında fer'i faillerin cezalandırılmış olması, sanığın ise sabit olan suçun asli faili olması nedeniyle hakkında TCY'nın 146/1. maddesinin uygulanması gerekmektedir.*" (Yargıtay CGK, 27.5.1997, 9-102/127, **Savaş/Mollamahmutoglu**) sonucuna varılmıştır.

¹⁸⁴ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 104; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 69; **Parlar/Hatipoğlu**, sh. 4565.

¹⁸⁵ Benzer yönde: **Erem/Toroslu**, sh. 66.

¹⁸⁶ Aynı yönde bkz: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 126. Bu hususta bkz. aş.: **İkinci Bölüm II.E**

Öte yandan, suçun konusu özellik arz eden bir niteliğe sahiptir. Anayasal düzen bir ülkenin temel normunu teşkil ettiğine göre, bu düzene karşı gerçekleştirilen ve başarıya ulaşan hareketlerin ardından artık eski düzenin korunması söz konusu olmayacak ve yeni düzen kendini koruyan normlar yaratırken eski düzene karşı gerçekleşen eylemler kınanmak bir yana dursun yüceltilecektir. İleri sürülen görüşlerin bu açıdan önemli bir gerçeklik payı vardır. Dolayısıyla, suçun bir kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin altında da bu gerekçe, kuşkusuz, önemli bir yer teşkil etmektedir¹⁸⁷. Öte yandan, suçun fiili sebeplerden dolayı cezalandırılmaması, eylemi suç olmaktan çıkarmaz¹⁸⁸.

Yeni anayasal düzen kurulduktan sonra artık bu suçtan dolayı cezalandırmanın söz konusu olamayacağı yaklaşımı, adeta yeni rejimin meşrulaşması sonucunu doğuran bir anlayışa zemin hazırlamaktadır. Gerçekten de, devlet otoritesinin zayıflaması, suça ilişkin olarak yapılacak takibatın doğurabileceği ağır sonuçlar sebebiyle, bir cezai takibat ve yargılama yapılması mümkün olamayabilir. Bütün bu haller eylemin esasında suç olmadığı anlamına gelmez. Anılan ihtimaller hukuk ile açıklanamaz. Hukuk ile açıklanması mümkün olmayan bir durumun, suçun kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin asıl gerekçesi olarak kabul edilmesi ve buna hukuki sonuçlar bağlayarak normun yorumuna esas yapılması tutarsızdır.

Bu söylenenler belki, günümüzde ulaşılan medeniyet seviyesinin gerisinde kalmış olan düzenlerden, demokratik düzenlere geçiş açısından geçerlidir. Ancak anayasal değişimler her zaman toplumun menfaatine olmaz. Kimi

¹⁸⁷ Özek, Silâhlı Çete, sh. 360.

¹⁸⁸ Özek, Siyasî İktidar, sh. 126; Erem/Toroslu, sh. 66 – 67.

hallerde koşulların oluşması ile demokratik bir düzenin yıkılarak geri olduğu kabul edilebilecek otoriter bir düzenin yaratılması mümkün olabilmektedir. Dünyanın çeşitli ülkelerinde, kimi halen daha devam eden süreçler, demokratik düzeni rafa kaldıran bu gibi hareketlerin bir çoğunun eninde sonunda yıkıldığını göstermektedir. Demokratik düzene dönüşün ardından, bu düzeni yıkan yönetimlerin, cezalandırılabilirdikleri örnekler mevcuttur¹⁸⁹. Dolayısıyla, yukarıda yer verdiğimiz, Anayasayı İhlâl Suçunun kalkışma suçu niteliğine ilişkin görüşler, haklılık payı taşımakla birlikte böyle bir düzenlemenin tek sebebi olamaz.

Kaldı ki, daha önceleri idam cezası ile yaptırıma bağlanan bu suçun, artık ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörmesi ile cezanın caydırıcılığı açısından yapılabilecek açıklamaların da pek hükmü kalmamıştır. Her ne kadar, idam cezasının, uzun süreli hapis cezalarına oranla daha caydırıcı olduğuna kişisel olarak inanmasak da, bu suçun kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin altında, anayasal düzeni yıkmaya yönelenlerin, idam cezasını göze almaları gerektiği şeklinde bir önleme fonksiyonu öngörüldüğü düşünülebilirdi. Ancak şu andaki düzenleme uyarınca, suç kalkışma suçu olarak düzenlenmese bile, oldukça uzun süre devam edecek ve kanımızca yeterince de caydırıcı olacak bir hapis cezası öngörülmektedir.

Suçun, kalkışma suçu olarak düzenlenmesine gösterilebilecek bir diğer gerekçe ise suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmasının, tamamlanması kadar vahim olarak kabul edilmesidir¹⁹⁰. Bir başka ifade ile

¹⁸⁹ Bu hususta ilk akla gelen örnekler, Yunanistan ve Şili örnekleridir. Her iki ülkede de demokratik rejimler, askeri darbelerle yıkılmış ve uzun süren cunta yönetimlerinin ardından demokratik anayasal düzen yeniden tesis edilmiştir.

¹⁹⁰ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 114.

maddede gösterilen neticelere yönelen elverişli hareketler, başlı başına ağır bir zarar veya zarar tehlikesi doğuracak niteliktedir. Kanımızca da, suç tipi ile korunan hukuki menfaatin önemi ve hassasiyeti, buna yönelen icra hareketlerinin neticeye sebep olmasalar bile başlı başına vahim nitelikte kabul edilmeleri sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle, kanunkoyucu, suçun icra hareketlerine başlanmakla, tamamlanmış gibi cezalandırılabilmesine olanak sağlamak istemiştir. Suçun kalkışma suçu olarak düzenlenmesini en tutarlı şekilde açıklayan görüşün de bu olduğuna inanıyoruz.

Kalkışma suçlarına ilişkin genel prensipleri ve Anayasayı İhlâl Suçunun neden bir kalkışma suçu olarak düzenlendiğini ortaya koyduktan sonra netice olarak şu hususları ortaya koymak gerekir:

- Anayasayı İhlâl Suçuna yönelik icra hareketlerinin ne zaman başladığı, suça teşebbüse ilişkin temel prensipler çerçevesinde belirlenecektir.
- Bu hareketlerin elverişliliğine ilişkin değerlendirme de aynı şekilde genel prensipler dairesinde yapılacaktır.
- Buna göre Anayasal Düzene yönelseler dahi, esasen hazırlık hareketi niteliğinde olan bir takım eylemler, faillerinin ve imkânlarının vahametleri, tehlikelilikleri gibi hususlar ileri sürülerek Anayasayı İhlâl Suçu olarak kabul edilemezler.
- Anayasayı İhlâl Suçunun düzenleniş biçimi, Anayasal Düzene yönelik açık şekilde cezalandırılan hazırlık hareketlerinin dışında, suç ve cezada kanunilik prensipleri hiçe sayılmak suretiyle, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmemektedir.

- Suçun kalkışma suçu olarak düzenlenmesi, TCK m. 35’de öngörülen ceza indirimlerinin uygulanmaması ve teşebbüse başlanmakla tamamlanmış gibi ceza verilmesi dışında bir özellik doğurmaz.

2. Cebir ve Şiddet Kullanımı

a) Genel olarak “cebir ve şiddet” kavramları

(1) Cebir kavramının anlamı

Türk Dil Kurumu, cebir kelimesini¹⁹¹, “zor, zorlayış”; cebir kullanmak¹⁹² ifadesini ise “bir işi yaptırmak için zora başvurmak” olarak tanımlamaktadır. Hukuki anlamda cebir kavramının tanımı ise, “bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanması; zorlama” şeklinde yapılmaktadır¹⁹³. Bu bağlamda cebir, kuvvet kullanımı ile aynı anlama gelmemektedir. Cebirde kuvvet kullanımı ya da bu yöndeki tehdit, bir amaca ulaşmak için kullanılan araç niteliğindedir¹⁹⁴.

Cebir, belli bir amaca ulaşmak için kullanılan diğer benzer araçlardan, fiziki zorlayıcı niteliği ile ayrılır. Cebrin zorlayıcı niteliği, cebre maruz kalanın iradesi üzerinde bir etki yapar ve onu belli bir yönde davranmaya zorlar. İşte bu zorlayıcı etki, cebrî hareketi gerçekleştirenin asıl amacıdır. Ancak cebrin, karşı taraf üzerinde irade sakatlığından öte, kişinin iradesini tümünden kaldıran bir boyutta olması da mümkündür. İlk durum, *vis compulsiva*; ikinci durum ise *vis absoluta* olarak adlandırılmaktadır¹⁹⁵.

¹⁹¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5585ecd0aa7012.97284195 (erişim: 21.6.2015).

¹⁹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5585ed1c22dbb3.04473735 (erişim: 21.6.2015).

¹⁹³ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 1996, sh. 144.

¹⁹⁴ Üzülmüş, sh. 33; Erol Cihan, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978, sh. 72 vd.

¹⁹⁵ Gülşen, sh. 133.

5237 sayılı TCK m. 28’de sorumluluğu kaldıran bir hal olarak cebir düzenlenmekte; “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı bölüm altında yer alan 108. maddede ise cebir suçuna yer verilmektedir. Bu iki maddenin dışında cebir kavramının, çeşitli maddelerde, kimi zaman tek başına, kimi zaman “tehdit”, kimi zaman ise “şiddet” kavramı ile birlikte yer aldığını görmekteyiz.

Anayasayı İhlâl Suçunun kanuni tipinde yer alan “cebir ve şiddet” kavramının tanımlanabilmesi için öncelikle, Kanun’da “cebir” kavramına ilişkin doğrudan düzenleme getiren bu iki hükmün değerlendirilmesi gerekir. Ardından, bunların, inceleme konumuz olan suç tipinde kullanılan “cebir” kavramı ile olan ilişkisi ortaya konularak, özel bir tanım yapılmasına gerek olup olmadığı tartışılmalıdır.

Cebir etkisinde işlenen fiillerden dolayı sorumluluğa ilişkin hüküm, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller arasında, TCK m. 28’de yer almaktadır. Buna göre, kişilerin karşı koyamayacakları veya kurtulamayacakları “*cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit*” sonucu suç işlemeleri durumunda cezalandırılmayacakları kabul edilmektedir. Maddede ilk olarak “cebir ve şiddet” tamlaması kullanılmış, ardından ise, “muhakkak ve ağır korkutma” ile “tehdit” kavramları ayrı ayrı zikredilmiştir. Bu durum, ilk bakışta, anılan bütün kavramların birbirlerinden farklı anlamlarda kullanıldıkları izlenimini yaratmaktadır. Ancak maddede esasen cebir ve tehdit olmak üzere yalnızca iki farklı ihtimalin söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 395; Gülşen, sh. 132; Hakeri, Genel Hükümler, sh. 362; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sh. 392.

TCK m. 28’de düzenlenen, cebir veya tehdit etkisi altında işlenen fiillerden dolayı sorumluluğa ilişkin hükümde kullanılan cebir ifadesi, kişi üzerinde hareket yeteneğini tam olarak ortadan kaldırmayan fiziki müdahaleler ile fiziki bir tecavüzün gerçekleştirilebileceği yönünde hissedilebilen, mevcut bir tehdidi kapsamaktadır¹⁹⁷.

Bu tanıma göre cebir, kişinin belli bir tecavüz tehlikesine maruz bırakılması şeklinde de gerçekleşebilir. Cebir halinde maruz kalınan tecavüz tehlikesi, hissedilebilen, mevcut bir tehlikedir. Tehdit halinde ise kişi bu tecavüzün ileride meydana gelebileceği beyanıyla korkutulmaktadır¹⁹⁸. Madde kapsamındaki cebir ile tehdit arasındaki fark da budur.

İki kavram arasında ince çizgilerle ayrılacak bir farklılık vardır. İlk ihtimalde, halen daha mevcut olan bir tehlike bulunmaktadır. Bu tehlike henüz fiziksel şiddet haline dönüşmemişse de; hareketi gerçekleştirenin amacına ulaşamaması durumunda bu sonucun derhal ortaya çıkması muhtemeldir. Yani, fiziksel bir saldırı gerçekleşmemiş, ama her an gerçekleşebilir durumdadır. Kafasına silah dayanan kişinin durumu buna örnek gösterilebilir. Buna karşın tehdit söz konusu olduğunda, zararın tehlide konu istem yerine getirilmezse gerçekleştirileceği beyan edilmektedir¹⁹⁹. İfade etmek gerekir ki, cebre veya tehlide maruz kalan yönünden, bunların doğurduğu etki açısından bir derece ilişkisi yoktur²⁰⁰.

¹⁹⁷ *Gülşen*, bu hususta *vis absoluta* halinde, esasen cebre maruz kalan kişinin bir iradi hareketinin bulunmadığını, bu kişinin bir araç niteliğinde olmakla hareketinden bahsedilemeyeceğini beyan etmektedir. Bu bağlamda, *vis absoluta* halinde esasen TCK m. 28’in uygulama alanı da olmayacaktır: *Gülşen*, sh. 139 – 140. Aynı yönde: *Özgenç*, Genel Hükümler, sh. 396; *Demirbaş*, sh. 398.

¹⁹⁸ *Hakeri*, Genel Hükümler, sh. 363.

¹⁹⁹ *Cihan*, sh. 102 – 103.

²⁰⁰ *Cihan*, sh. 102 – 103.

Özel hükümler altında düzenlenen Cebir Suçu ile ise (TCK m. 108), bir kişiye karşı, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da failin yapmasına müsaade etmesi için cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek cezanın üçten birden yarısına kadar artırılarak hükmolunması öngörülmektedir. Maddenin düzenleniş biçiminden, cebir kullanmak ile kastedilenin kasten yaralama niteliğinde bir eylem olduğu anlaşılmaktadır²⁰¹. Buna göre cebir suçunda kullanılan gücün, acı veren ve vücut üzerinde etkili olan, bedenlen hissedilebilir bir fizik güç niteliğinde olması gerekmektedir²⁰². Nitekim, madde gerekçesinde de cebir kavramı, *“Latince karşılığı ‘vis compulsiva’ olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir”* şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, TCK m. 108 açısından söz konusu olan cebir, fiziki bir güç kullanımı anlamına gelmektedir. Bu itibarla, TCK m. 28 ve 108’de yer alan “cebir” kavramlarının, tam olarak aynı anlama geldiğini savunmak zordur²⁰³.

Cebrin doktrinde yapılan tanımına göre, fiilen var olan veya beklenen bir mukavemeti kırmak veya engellemek amacıyla bedensel etki eden zorlamalar cebir olarak kabul edilmektedir²⁰⁴.

²⁰¹ Üzülmöz, sh. 46, 170 - 171.

²⁰² Üzülmöz, TCK m. 148/son hükmünde, *“mağdurun herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi”*nin, yağma suçunda cebir sayılacağına kabul edilmesinden hareketle ve bu düzenlemenin karşıt anlamından, TCK m. 108’de kullanılan cebir kavramının, m. 148/son’da öngörülen istisnayı kapsamayacağı kanısındadır: Üzülmöz, sh. 46. Bu görüşe göre, TCK m. 108 anlamında cebrin ancak, kasten yaralama suçunun acı veren türdeki hareketlerle gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir.

²⁰³ Aksi yönde: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sh. 392. Yazarlar her ne kadar açıkça ifade etmeseler de, kusurluluğu kaldıran sebep olarak cebri açıklarken, TCK m. 108’in gerekçesindeki tanımı kullanmış; cebri de yalnızca fiziki güç kullanımı olarak tanımlamışlardır. Benzer şekilde: Hakeri, sh. 362.

²⁰⁴ Mahmut Koca, Yağma Cürümleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, sh. 143.

Bu gücün kullanımı ile zorlama etkisi ortaya çıkmakta ve cebre maruz kalan kişi, failin istediği yönde hareket etmekte veya isteği doğrultusunda hareketsiz kalmaktadır. Bu suçun tamamlanması için kişi üzerinde fizik kuvvet kullanılması gerekli ve yeterlidir²⁰⁵. Bu açıklamalar ışığında, 5237 sayılı TCK döneminde, 765 sayılı TCK döneminin aksine, cebir suçunun tehdit, hile gibi iradeyi etkileyen diğer vasıtalarla işlenmesinin kabul edilmediğini ve yalnızca maddi cebir niteliğindeki eylemleri kapsadığını söyleyebiliriz²⁰⁶.

(2) “Cebir” kavramının kullanıldığı hükmün amaçlarına göre yorumlanması
Görüldüğü üzere, 5237 sayılı TCK’nın Genel Hükümleri arasında yer alan “cebir” kavramı ile Özel Hükümler’de düzenlenen “cebir suçu” dikkate alındığında, aynı kavramın farklı hükümlerde farklı şekilde tanımlanabildiğini tespit etmek mümkündür²⁰⁷.

Aynı şekilde, Kanundaki çeşitli suç tiplerinde kullanılan “cebir” kavramının her zaman aynı anlama geldiğini; aynı şekilde uygulanacağını peşinen kabul etmek de yerinde olmaz²⁰⁸. Belki, benzer hukuki değerleri koruyan suç tipleri açısından böyle bir yaklaşım kabul edilebilir. Ancak, farklı hukuki değerlerin ve farklı davranış kalıplarının söz konusu olduğu; suçun konusunun özellik

²⁰⁵ Üzülmmez, sh. 170.

²⁰⁶ Üzülmmez, sh. 170. 765 sayılı TCK dönemindeki düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: Cihan, sh. 56 vd.

²⁰⁷ Meselâ, TCK m. 265/1’de tanımlanan, görevi yaptırmamak için direnme suçunda, failin, görevli memura anında bayılması sonucunu doğuracak ancak acı vermeyen bir gaz sıkması durumunda, bahsedilen suçun oluşacağında şüphe duyulmamalıdır. Bu bağlamda, TCK m. 148/son hükmünü dikkate alarak, cebrin bu madde dışında kullanıldığı diğer maddelerde yaralama suçunun da kapsamı daraltılmak suretiyle değerlendirileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Bu görüş için bkz: Üzülmmez, sh. 46 vd. Aynı tartışma açısından dikkate alınabilecek diğer örnekler: TCK m. 102/4; 103/4, 5; 109/2.

²⁰⁸ Aksi görüş: Üzülmmez, sh. 47.

arz ettiği, bilhassa Devlete yönelen suç tipleri açısından, cebir kavramının yeknesak uygulanmasını ŗart koŗmanın mümkün olmadığı kanısındayız.

Buna göre, cebir kavramı, kullanıldığı bağlam çerçevesinde farklı ŗekilde tanımlanabilir. Kiŗiler arasındaki cebri davranıŗların yanı sıra, kiŗi toplulukları ve nihayetinde devlet tarafından kullanılan veya bunlara karŗı icra edilen cebrin ortak bir tanımını yapmak kolay deđildir²⁰⁹. Öte yandan, cebrin farklı kullanımları arasında bir takım ortak noktalar da mevcuttur. Bunları ne tamamen birbirlerinden bağımsız ŗekilde dŗnmek; ne de aralarındaki farklılıkları göz ardı edebilmek mmkndr²¹⁰.

Dolayısıyla, nasıl ceza sorumluluğunun tayini açısından, cebrin düzenlenmesi farklı bir yorumu; bir suç tipi olarak cebrin tanımı ise farklı bir yorumu gerektiriyorsa, deđiŗik hukuki değerleri koruyan ve doğası itibariyle farklı konulara sahip suç tiplerinin tanımında yer alan cebir ifadelerinin de yer aldıkları normun amacı doğrultusunda tanımlanmaları gerekir. Nitekim, kanunkoyucu da kimi bazı hükümlerde, açıkça cebrin kapsamına iŗaret eden düzenlemeler yapmaktadır. Meselâ TCK m. 108’de olduğu gibi, cebri kasten yaralama suçunun kapsamı ile sınırlı tutmakta veya TCK m. 148/son ile ngrdğu gibi daha geniŗ bir cebir kavramının uygulanması gerektiğini açıkça ifade etmektedir.

Eğer, kanunda yer alan bütün cebir ibarelerinin aynı kapsama sahip olduğu ve aynı ŗekilde uygulanması gerektiği ngrlseydi, buna iliŗkin düzenleme, Genel Hükümler arasında yer alan “Tanımlar” maddesi ile yapılırdı (TCK m.

²⁰⁹ **David A. Reidy/Walter J. Riker**, *“Introduction”*, Coercion and the State (Eds.: David A. Reidy/Walter J. Riker), Springer, 2008, ŗh. 1.

²¹⁰ **Reidy/Riker**, ŗh. 1.

6)²¹¹. Öte yandan, her ne kadar teknik bir kavramın, farklı hükümlerde aynı anlamı taşıyır şekilde kullanılması beklenirse de; normun ihdas amacı daima göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca “cebir” kavramının teknik bir kavram olmadığı açık olup; bu kavramın tanımlanmasına ilişkin birçok farklı görüş ortaya atılmıştır²¹². Tam olarak nasıl tanımlanacağı hususunda mutabakata varılmamış olan cebir kavramının, kanunda kullanıldığı her yerde aynı anlama geleceğini kabul etmek güçtür. Gerçekten de, cebir kavramının Kanundaki farklı kullanımları incelendiğinde, bu kavramın her zaman birebir aynı anlama gelmediği görülecektir.

Bu açıklamalarımız ışığında, anayasal düzene karşı suçlar açısından cebrin, diğer maddelerde kullanılan cebre nazaran farklı şekilde tanımlanması mümkündür. Bu suç tipleri açısından cebrin anlamı ve kapsamına aşağıda değineceğiz²¹³.

(3) Cebirin “şiddet” kavramıyla birlikte kullanımı

Şiddet, birden çok farklı anlama gelen bir kelime olup, bizi ilgilendiren yönüyle, “kaba güç”, “karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma” olarak tanımlanmaktadır²¹⁴. TCK’da, cebir kavramı kimi hallerde tehdit, kimi hallerde ise şiddet kavramı ile birlikte kullanılmaktadır. Konumuzu teşkil eden TCK m. 309’da da, suçun “cebir ve şiddet” kullanarak işlenmesi öngörülmektedir. Bu sebeple, cebir kavramının yanına eklenen şiddet kavramının, suçun hareket unsurunun yorumunda bir farklılığa neden olup olmayacağını da tartışmak icap eder.

²¹¹ Benzer yönde: **Koca**, Yağma Cürümleri, sh. 144.

²¹² Bu hususta bkz: **Koca**, Yağma Cürümleri, sh. 134 vd.

²¹³ Bkz. aş. **İkinci Bölüm II.D.2.(b)(bb)**

²¹⁴ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim: 28.6.2012).

Bu hususta, kanunkoyucunun cebir kavramını yalnız kullandığı haller ile cebir ve şiddet kavramlarını bir arada kullandığı haller arasında bir farklılık olması gerektiği, zira kanunkoyucunun böyle bir farklı düzenlemeyi sebepsiz yere yapmayacağı düşünülebilir.

Ancak bu konuda doğru bir sonuca varmak için esasen üst kavram olan cebrin kapsamını dikkate almak gerekir. Kanımızca, cebir esasen şiddet kullanımını da içeren bir anlama sahiptir²¹⁵. Bir başka ifadeyle şiddet kavramı, cebir kavramının bir boyutunu teşkil eder. Ancak cebir, yalnızca şiddet kavramının realize edilmesini değil, şiddet kullanımının muhtemel olduğu veya şiddet kullanımı niteliğinde olup olmadığı hususunda tereddüt edilebilecek halleri de kapsar. Dolayısıyla, cebir kavramı yalnız başına kullanıldığında, şiddet kullanımı şeklindeki hareketleri de kapsadığını düşünüyoruz. Kanunkoyucu cebir ve şiddet kullanımından bahsederek esasen cebrin tek başına kullanımından daha dar veya daha geniş bir hareket alanını yasaklamamaktadır. Eğer kanunkoyucu, yalnızca şiddet kavramından bahsetseydi, bu kavramın cebrin manevi boyutunu, yani tehdidi dışladığını kabul etmek gerekecekti²¹⁶.

Bu açıklamalarımız ışığında, TCK m. 309'da yer alan "cebir ve şiddet kullanarak" ibaresinin "cebir kullanarak" veya "cebir ve tehdit kullanarak" ibarelerinin kullanıldığı ihtimallerden daha dar veya daha geniş bir hareketi tanımlamadığı kanısındayız. Nitekim Özgenç de, suçun hareket unsurunu "cebir ve tehdit" olarak tanımlamaktadır²¹⁷.

²¹⁵ Üzülmüş, sh. 45; Gülşen, sh. 216; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 395.

²¹⁶ Karş: Özek, Siyasî İktidar, sh. 143.

²¹⁷ Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 217.

Madde metninin, TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen şeklinde “*cebir ve tehdit kullanarak*” ibaresine yer verilmiş olmasına rağmen, TBMM Genel Kurulu’nda bu ibare “*cebir ve şiddet kullanarak*” şeklinde değiştirilmiştir²¹⁸. Değişiklik gerekçesi incelendiğinde de “cebir ve tehdit” yerine “cebir ve şiddet” ibaresinin tercih edilmesinin sebebinin ifade ve örgütlenme özgürlüğüne yönelebilecek kısıtlamaları engellemek isteği olduğu görülecektir²¹⁹. Bu itibarla değişikliğin suçun hareket unsurunu doğrudan etkilemekten ziyade, “şiddet” kavramı kullanılmak suretiyle suçun vasfı belirlenirken tereddüt doğmasını engellemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

Anayasayı İhlâl Suçunun mahiyeti dikkate alındığında, hareketi tanımlayan “cebir” ibaresinin, tamlamanın diğer unsurlarını (tehdit veya şiddet) kapsadığı ve bu sebeple ister tek başına kullanılsın, ister bu iki kavramdan biriyle; neticede bir farkın ortaya çıkmayacağını düşünüyoruz²²⁰.

b) Anayasayı İhlâl Suçu açısından “cebir ve şiddet” kavramları

(1) 765 sayılı TCK dönemindeki durum

765 sayılı TCK m. 146 uyarınca, T.C. Anayasasının “*tamamını veya bir kısmını taşıyır ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş bulunan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men’e cebren teşebbüs edenler*”in

²¹⁸ TBMM Genel Kurulunda yapılan değişiklik gerekçesi “*Anayasamızda güvence altına alınmış olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların Anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğinin daha açık biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görülmüştür*” şeklindedir (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2 Cilt: 60, T: 16.9.2004, 121. Birleşim, sh. 233).

²¹⁹ Ayrıca bkz. aş. dn. 253.

²²⁰ Aynı yönde: **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 218: Yazara göre “*bu değişiklik, madde içeriğinde bir anlam farkı oluşturmamıştır.*” Aksi yönde: **Yaşar**, sh. 204: Yazar “*manevi cebir yani tehdit ile de bu suçun işlenebileceğini söyleyebilmemiz için kanaatimizce kanuni düzenlemenin lafzı ‘cebir ve tehdit’ şeklinde olması gerekirdi. Bu şekilde anayasayı ihlal etme kastıyla gerçekleştirilen tehdit fiilleri de bu suçun işlenmesi açısından yeterli sayılabilecekti*” demektedir.

cezalandırılması öngörülmekteydi. Maddede gösterilen neticelere “*cebren teşebbüs edenler*”in cezalandırılmasını öngören bu hükmün uygulanmasında cebir kavramının nasıl yorumlanacağı konusunda mutabakat yoktu. Sorun, maddede geçen “*cebren*” ibaresinin tam olarak ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda çıkıyordu. Bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür²²¹. Buna göre cebri, bir cezalandırılabilme şartı²²², ön şart²²³, suçun unsuru²²⁴ veya fiilin (hareketin ve neticenin) vasfı²²⁵ olarak kabul eden görüşler mevcuttur.

Özek, 765 sayılı TCK m. 146 açısından cebrin hukuki mahiyetini, fiilin vasfı olarak tanımlamaktadır. Buna göre, Yazar, cebrin harekete veya neticeye ilişkin bir vasıftan ibaret olduğunu ve müstakil bir maddi unsur teşkil etmediğini ileri sürmektedir. Yazara göre, cebrin harekette veya neticede ya da bunların her ikisinde görülmesi mümkündür. Cebir, anayasayı ihlâl ile anayasaya aykırılık arasındaki farkı ortaya koyan unsurdur. Suçun oluşması için, cebrin bilfiil icrasının gerekli olup olmadığı ise farklı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir²²⁶.

Özek, cebrin, suç teşkil eden fiilin vasfı olduğunu ortaya koyduktan sonra, “cebrin muhtevası” üzerine bir başka değerlendirme yapmaktadır. Bu değerlendirmeye göre cebri, maddi anlamda; maddi ve manevi anlamda ve

²²¹ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 133 vd.

²²² Milli Birlik Komitesi Umumi Heyeti Kararı No: 2, **RG** 13 Temmuz 1960-10550, sh. 1711. Bu görüşün değerlendirmesi için bkz: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 134.

²²³ **Manzini**, C. IV 1949, sh. 437; **Manzini**, C.IV 1981, sh. 488.

²²⁴ **Erem/Toroslu**, sh. 73; **Soyaslan**, sh. 75. Ayrıca bkz: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 135 – 136; **Erem**, 1985, sh. 87 – 88.

²²⁵ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 137.

²²⁶ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 137 – 138.

hukuka aykırılık olarak anlayan üç farklı görüş vardır²²⁷. Özek, bu görüşleri ortaya koyduktan sonra, cebir tabirinin manevi cebri ve hukuka aykırılığı da ifade edip etmediği tartışmasının, cebrin muhtevası ile ilgili bir sorun olduğunu söylemektedir²²⁸. Yazar, cebrin muhtevasından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ise “kanaatimizce, 146. maddenin cezalandırmak istediği husus, Anayasa iradesine aykırı iradelerdir” diyerek cevap vermektedir²²⁹.

Özek, 1990 yılında yayımlanan makalesinde, “TCK’nun 146. maddesi, genel anlamda, devletin siyasal iktidar düzeninin hukuka aykırı yöntemlerle (cebren) değiştirilmesine ‘teşebbüs edilmesini’ suç saymıştır” diyerek prensip olarak bu görüşünü muhafaza etmiştir²³⁰.

Erem de, “Anayasa iradesine ve ihtiyarına aykırı her değişiklik ‘cebri’dir. Burada kullanılan cebrîlik, Anayasa iradesinin ihlâli manasındadır” demektedir²³¹. Yazara göre, cebir tabirine manevi cebir (tehdit) de dahildir ve cebrilik vasfını gerek harekette, gerekse neticede, hatta bunların her ikisinde de görmek mümkündür.

Gözübüyük de, cebri Anayasa iradesine aykırı her değişiklik olarak kabul etmekte ve cebrin fiile değil meydana getirilmek istenilen değişikliğe ilişkin olduğunu ileri sürmektedir²³².

Soyaslan, cebir ve şiddetin suçun unsuru olduğunu zira kanun koyucunun hareketin cebir ve şiddetle yapılmasını istediğini söylemektedir. Yazara göre,

²²⁷ Özek, Siyasî İktidar, sh. 138 vd.

²²⁸ Özek, Siyasî İktidar, sh. 143.

²²⁹ Özek, Siyasî İktidar, sh. 143 – 144.

²³⁰ Özek, Anayasayı İhlâl, sh. 103.

²³¹ Erem, 1985, sh. 86.

²³² Gözübüyük, sh. 171.

“cebir ve şiddet hareketin içinde onunla entegre olmuştur”²³³. Ancak Yazar, bu ifadenin hemen ardından, cebir ve şiddetin harekette mi yoksa neticede mi olduğunun önemsiz olduğunu söylemektedir. Yazara göre: “suçun şekli suç oluşu göz önüne alındığında böyle bir tartışmaya gerek yoktur. Çünkü hareket yapılır yapılmaz netice de meydana gelmektedir. O halde şiddet hem harekette hem de neticede vardır”²³⁴.

Toroslu ise cebrin maddi ve manevi boyutuyla kabul edilmesini ve suçun *“maddi unsurunun veya bir başka deyişle fiilin oluşabilmesi için bizatihi teşebbüsü oluşturan hareketin veya en azından fail tarafından kullanılan vasıtaların cebri içermesi gerekir”* görüşünü savunmaktadır²³⁵. Buna göre Toroslu gayrimeşru nitelikte olsalar bile cebir içeren hareketler veya vasıtalar kullanılmadıkça bu suçun oluşmayacağı kanısındadır²³⁶.

5237 sayılı TCK ile suçun maddi unsurunda bir değişiklik meydana gelip gelmediğinin ve eğer bir değişiklik olduğu kabul edilecekse, bu değişikliğin ne olduğunun tartışılması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK m. 309 uyarınca *“cebir ve şiddet kullanarak”* maddede öngörülen neticeleri gerçekleştirmeye *“teşebbüs edenler”* cezalandırılmaktadır.

309. madde hükmü, *“cebir ve şiddet kullanarak”* ifadesiyle, anayasayı ihlâl neticesine cebir ve şiddet kullanarak ulaşılmasını suç saymakta ve bu surette suçun hareket unsurunu tanımlamaktadır. Kanaatimizce, 765 sayılı TCK

²³³ Soyaslan, TCK 146, sh. 75.

²³⁴ Soyaslan, TCK 146, sh. 75.

²³⁵ Toroslu, Anayasayı İhlâl Suçu, sh. 599; ayrıca bkz: Erem/Toroslu, sh. 73.

²³⁶ Toroslu, Anayasayı İhlâl Suçu, sh. 600; ayrıca bkz: Erem/Toroslu, sh. 74.

döneminde de, “*cebren teşebbüs edenler*” ifadesi ile icra hareketlerinin cebir niteliğinde olması aranmalıydı²³⁷.

Ne var ki, uygulamamızda²³⁸ bu fikrin aksine bir çok içtihat ortaya konmuştur. Anayasa iradesine aykırı her değişikliği cebir olarak kabul eden bu görüşe göre, cebir fiile değil, meydana gelmesi istenilen değişikliğe ilişkindir. Bu bağlamda özünde cebrî nitelik taşımayan fiillerin de bu suçu oluşturması söz konusu olabilecektir.

Kanımızca bu yöndeki görüşler ve uygulama yerinde değildir. Kanunkoyucu, yapmış olduğu düzenleme ile açıkça, fiilin cebrî nitelik taşıması gerektiğini ifade etmiştir²³⁹. “Cebren teşebbüs edenler” ifadesinin başka türlü anlaşılması hüküm ile öngörülmuş yasak eylemlerin kapsamını

²³⁷ Aynı yönde: **Toroslu**, Anayasayı İhlâl Suçu, sh. 599; ayrıca bkz: **Erem/Toroslu**, sh. 73. Aksi görüş: **Gözübüyük**, sh. 171 – 172; ayrıca: **İsmail Malkoç**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, sh. 1170.

²³⁸ “TCY’nin 146/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, düzenin değiştirilmesine yönelik fiilin hukuka aykırı ve cebri olması yeterlidir. “Cebirin” geniş anlaşılması gerekir. Cezalandırılan; Anayasa ile kurulmuş olan siyasi, hukuki, sosyal düzenin yasal olmayan usullerle kısmen veya tamamen değiştirilmesini ve kaldırılmasını hedef alan fiillerdir. Bu hedefe; yasaların suç saydığı tarzda, hukuk dışı ve gayrimeşru olarak cebir kullanmak suretiyle ulaşılmaya yönelinmesi halinde bu suç oluşmaktadır. Maddedeki suçun oluşması için teşebbüs yeterlidir. Bir tehlike suçu niteliğinde olan anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun niteliğinin doğal sonucu olarak ancak amaçlanan sonucun gerçekleşebilme tehlikesini doğurabilecek eylemlere girişilmesi gerekir. Belirli bir plan içerisinde uygulamaya konulan, sistemli ve örgütlü bir bağlantı içinde organik bütünlük arzeden eylemler, tehlike suçunun oluşması için yeterlidir. Eylemin işlenme şekli, zamanı, vehameti etkisi birlikte değerlendirilmelidir. Suçun tamamlanması hali düşünülemez. Suç tamamlanırsa zaten, suçlular başarılı olup amaçlarına ulaşacakları için ortada bir suç ve bu suçu cezalandıracak makam olmayacaktır.” (Yargıtay CGK, 2.4.1996, 9-59/70, HT).

²³⁹ Yargıtay, yakın tarihli kararlarında bu yaklaşımı terketmeye başlamış, hatta 765 sayılı TCK m. 146 açısından da bu esasların söz konusu olduğu yönünde hüküm kurmuştur: “Suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nın 146/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 309/1. maddesinde tanımlanan Anayasa’yı ihlal suçunun işlenebilmesi için fail tarafından cebir ve şiddet kullanılması gerekir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmek amacıyla silahlı örgüt kurulması yeterli olmayıp, kurulan örgütün amaç suçun işlenmesi doğrultusunda ülke genelinde bu amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte cebir ve şiddet içeren ve ağır suç teşkil eden icra hareketlerine girişmiş olması da gerekir.” (Yargıtay 9.CD, 25.1.2010, 2009/11204, 2010/855).

genişletmek sonucunu doğurur²⁴⁰. Bu durumun da kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır. Öte yandan, anılan görüş doğrultusunda bir düzenleme yapılmak istenilseydi, İCK'nın 2006 yılında yapılan değişikliğe kadar kabul ettiği esas çerçevesinde bir düzenleme yapılabilir ve "hukuka aykırı yöntemlerle" ifadesi kullanılabilirdi²⁴¹. Bu bağlamda, 765 sayılı TCK'da yer alan düzenlemenin kapsamının ve niteliğinin 5237 sayılı TCK ile değiştirilmemiş olduğu, ancak yeni düzenleme ile bu hususta ortaya atılmış olan farklı görüşlerin bertaraf edildiği kanısındayız.

Gerçekten de, 765 sayılı TCK dönemindeki tartışmalar, 5237 sayılı TCK'nın 309. maddesi ile tercih edilen ifade ile anlamını yitirmişdir. Madde metninde tercih edilen "cebir ve şiddet kullanarak" ifadesi uyarınca Anayasal düzene yönelik icra hareketlerinin cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bu bağlamda, cebir ve şiddet kullanımını içermeyen eylemler icra hareketi niteliğinde kabul edilemeyeceklerdir. Anayasal düzene yönelik hazırlık hareketi niteliğindeki bir takım eylemler, Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmıştır. Cebir ve şiddet kullanımı içermeyen eylemlerin anılan suç tiplerine uymaları durumunda bu hükümler uygulanacaktır.

5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK m. 146'da düzenlenen suç tipinin hareket unsurunun değiştirilmemiş olduğunu düşündüğümüzden dolayı; gerek eski gerekse yeni düzenleme açısından "cebir" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği hususundaki görüşümüzü aşağıda açıklayacağız.

²⁴⁰ Benzer yönde: **Toroslu**, Anayasayı İhlâl Suçu, sh. 599 – 600.

²⁴¹ Nitekim 5237 sayılı TCK'ya esas teşkil eden Hükümet Tasarısı ile böyle bir düzenlemenin yapılması öngörülmüş ve suçun "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle*" işlenmesi aranmıştır. Ancak 5237 sayılı TCK'ya son hali verilirken, bundan vazgeçilmiştir. Bu hususta bkz: **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 218 vd.

(2) 5237 sayılı açıısından “cebir ve şiddet” kavramı

(i) Cebrin suçun hareket unsuruna ilişkin olması

Anayasayı İhlâl Suçunun kanuni tanımına göre, “cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını engellemeye teşebbüs edenler...” cezalandırılmaktadır.

Buna göre suçun oluşması için gerekli olan hareketler “cebir ve şiddet” olarak tanımlanmıştır. Suçun bu şekilde, bağı hareketli bir suç olarak tanımlanması nedeniyle, cebir ve şiddet kullanımına yönelik hazırlık hareketleri, meselâ, bu yönde plan yapmak, malzeme tedarik etmek ve sair hareketler icra hareketi olarak kabul edilemez. Maddede öngörülen neticelere yönelik olarak başka türlü eylemler gerçekleştirilmesi, meselâ propaganda yapılması, bu yönde fikirler beyan edilmesi, bu eylemlerin gerçekleştirilmesi için anlaşılması, bu amaçla örgüt kurulması gibi hareketler ya başka suçları oluşturacaklar ya da ceza hukukunun alanı dışında kalacaklardır²⁴².

Anayasayı İhlâl Suçunun oluşması için elverişli icra hareketlerine başlanması gerekmektedir. Bu durum, suçun, bir kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin sonucudur. Kanunkoyucu, suçun oluşması için gerçekleştirilmesi gereken icra hareketini, “cebir ve şiddet kullanarak” ibaresi ile belirlemiştir. Bir başka ifadeyle, suç tipinde öngörülen neticelerin gerçekleştirilmesine, cebir ve şiddet kullanarak teşebbüs edilmesi; yani elverişli cebir ve şiddet hareketleri ile doğrudan doğruya icraya başlanması gerekmektedir²⁴³. Buna göre suçun

²⁴² Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 222; Malkoç, sh. 1170.

²⁴³ Erem/Toroslu, sh. 69.

oluşması için zarar tehlikesinin ortaya çıkması yeterli değildir²⁴⁴. Bu bağlamda, zarar tehlikesi, ancak suçun icra hareketinin elverişliliği konusunda yapılan değerlendirme açısından önem taşır.

Anayasayı İhlâl Suçunun kanuni tanımında yer alan “cebir ve şiddet kullanarak” ibaresi, cebrin suçun hareket unsuruna ilişkin olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, cebir teşkil etmeyen, ancak anayasal düzenin değiştirilmesini öngören eylemler bu suçu oluşturmaz. Dolayısıyla, Anayasaya aykırı bir kanunun kabul edilmesi, anayasal düzenin değiştirilmesini öngören fikirlerin açıklanması, anayasal düzenin değiştirilmesini öngören barışçıl protestolar gibi doğası itibariyle cebri olmayan hareketler, şüphesiz anayasayı ihlâl değildir. Bunlara ek olarak, özünde cebir kullanımını öngören ancak cebrin gerçekleştirilmediği, anayasal düzeni cebren yıkmak amacıyla örgütlenme, silâh ve maddi kaynak tedariki gibi özünde cebir olan eylemler de Anayasayı İhlâl Suçu anlamında cebir ve şiddet kullanımı olarak kabul edilemezler²⁴⁵.

²⁴⁴ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 104.

²⁴⁵ Ne var ki, **Yargıtay 9. CD, 2013/9110-12351** sayılı kararı ile “... cebrin, suçun konusu, suçla korunan hukuki yarar da dikkate alındığında; hukuka aykırı iradede mevcut, cebirle ulaşılabilecek hukuka aykırı amaçlara cebir içeren zorlayıcı iradeyle yönelmiş ve gerektiğinde fiziki cebir kullanacağı, fiziki cebirle sürdürüleceği duraksamaya yer vermeyecek biçimde ortaya çıkmış hareketler olarak anlaşılması zorunludur. Dolayısıyla maddedeki cebir geniş anlamıyla kabul edilmelidir” denildikten sonra hükümete yönelik suçu işlemek üzere önceden gizlice ittifak ettikleri anlaşılan sanıkların, bu ittifakın sağlanmasından sonra planlama, organizasyon, işbölümü, bu çerçevede görevlendirmeler yapmaları; darbe sonrası görev paylaşımını belirlemeleri; tutuklanacakların, memuriyetten çıkarılacakların listesinin yapılması gibi gerçekleştiği kabul edilen fiiller sayılmış ve “geriye sadece fiziki kuvvet kullanmaya bağlı maddi cebri içeren ve artık karşı koymanın mümkün olmadığı ‘sokağa çıkma’ diye tabir edilen hareketlerin kaldığı anlaşılmaktadır” ifadeleri kullanılarak bütün bu aşamaların icra hareketi vasfı taşıdığı kabul edilmiştir. Yargıtay 9. CD’nin kararında kendi içinde çelişki taşıyan ve gerek maddi gerekse manevi cebir henüz gerçekleştirilmeden adeta “potansiyel cebri” suçun icrasına başlanması olarak kabul eden yaklaşımı, yukarıda ele alarak eleştirdiğimiz, Türk yargı sisteminin uygulamalarının dahi gerisinde kalmıştır. Eleştirdiğimiz uygulamalar en azından fiili bir

(ii) Cebrin Anayasayı İhlâl Suçu açısından özellikleri

Anayasayı İhlâl Suçu açısından cebrin suçun hareket unsuruna dahil olduğunu ortaya koyduktan sonra, maddede yer alan cebir kavramından ne anlaşılması gerektiğini tartışmak gerekir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, ilk olarak TCK'da cebir kavramının kullanıldığı diğer maddelere ilişkin yapılan yorumların, bu madde açısından da dikkate alınıp alınamayacağı tartışması yapılabilir.

Kanaatimizce, Anayasayı İhlâl Suçunun koruduğu hukuki değer ve suçun konusu dikkate alındığında, maddede kullanılan cebir kavramının, TCK m. 28 veya 108'de kullanılanlara nazaran daha farklı bir anlamı ihtiva ettiği görülecektir²⁴⁶.

Zira, her iki hüküm açısından da, zorlayıcı hareketlerin, belirlenebilen, diğerlerinden ayırt edilebilen kişilere karşı gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu zorlayıcı hareketler ile cebri gerçekleştirenin istediği doğrultuda bir sonucun amaçlanması gerekmektedir. Cebir Suçu açısından suçun mağduru, *"kendi kaderini belirleme yeteneğine sahip her şahıs"* olarak tanımlanmakta ve cebir suçunun *"kişi hürriyetinden yararlanan gerçek kişiler aleyhine işlenebileceğinden [dolayı] tüzel kişilerin bu suçun mağduru*

şiddet hareketinin varlığını aramaktadır. Bu hareketlerin esasen icra hareketi vasfını taşımadıkları nedeniyle eleştirmize konu oldukları düşünülürse, Yargıtay 9. CD'nin kamuoyunda "Balyoz Davası" olarak bilinen davaya ilişkin verdiği kararın atılı fiillerin vasfına ilişkin hukuki değerlendirme noktasında geline bilimsel ve tatbiki düzeyin çok uzağında kaldığı gözlemlenmektedir. Anılan karar gerek 765 sayılı, gerekse 5237 sayılı TCK'nın bu suçlara ilişkin sistematığı ile ortaya koyduğu iradeyi de tamamen göz ardı etmektedir.

²⁴⁶ Aynı husus İtalyan doktrini tarafından da tartışılmış ve inceleme konumuza karşılık gelen suç tipinde 2006 yılında yapılan değişiklikle madde metnine eklenen *"con atti violenti"* ibaresinin, İCK'da cebri düzenleyen diğer maddelere ilişkin yapılan yorum ve uygulamadan farklı bir anlamı olduğu ileri sürülmüştür, bkz: **Galdenzi/Corvi**, sh. 1833.

olama[yacakları]" kabul edilmektedir²⁴⁷. Aynı şekilde, cebrin yöneldiği kişi veya kişilerin belli olması gerektiği, cebrin bir kişi topluluğuna karşı işlenmiş olması durumunda da, cebirden etkilenen kişilerin suçun mağduru olacağından şüphe duyulmaması gerektiği ifade edilmiştir²⁴⁸.

Anayasayı İhlâl Suçu açısından ise, cebrî hareketlerin yöneldiği hedefin belirgin bir hedef olmadığı söylenebilir²⁴⁹. Çoğu zaman, mevcut anayasal düzeni koruyan odakların hedef olması söz konusuysa da, bu odakların belirgin şekilde tanımlanmaları mümkün değildir. Ayrıca, anayasayı ihlâl fiilleri, doğrudan bu odaklar tarafından da gerçekleştiriliyor olabilir. Bu durumda, maddede kullanılan cebir kavramının özel olarak yorumlanması gerekliliği ortaya çıkar²⁵⁰. Gene, anayasayı ihlâl fiillerinin muhatabı toplum olarak ifade edilebilirse de, kimlerin doğrudan cebre maruz kaldığının tayini gibi bir gereklilik söz konusu değildir.

Keza, cebrin yöneldiği kişiler kadar, bu kişiler ile cebir vasıtasıyla varılmak istenilen netice arasındaki ilişki de farklıdır. Anayasal düzene yönelik cebrin muhatabı, amaçlanan değişiklik konusunda doğrudan iktidar sahibi olmayabileceği gibi, bu hususla hiçbir ilişkisi de bulunmayabilir. Dahası, cebre maruz kalan kimsenin, anayasal düzenin korunması açısından kilit öneme sahip odakların görevlerini yerine getirmelerine ilişkin bir etkiye sahip olması da gerekmez. Anayasal düzene karşı, terör yoluyla gerçekleştirilen hareketler buna örnektir. Bu ihtimalde, terör eylemleri,

²⁴⁷ Üzülmmez, sh. 180.

²⁴⁸ Üzülmmez, sh. 181.

²⁴⁹ Aynı yönde: **Galdenzi/Corvi**, sh. 1833.

²⁵⁰ Bu bağlamda, madde gerekçesinde yer alan "... Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir veya tehdit kullanarak, yani **bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi** gerekir." şeklindeki ifadenin, maddede yer alan cebir kavramını, gerçek anlamıyla açıklamaktan uzak olduğu kanısındayız.

anayasal düzeni korumakla hiçbir ilişkisi olmayan kişileri de hedef alabilmektedir. Söz konusu ihtimalin, varılmak istenilen amaçla doğrudan bir sebep – sonuç ilişkisine sahip olmadığı dikkate alınmalıdır. Ancak bu halde de, cebri bir davranış söz konusudur. Anayasayı ihlâl amacıyla gerçekleştirilen bir bombalama eyleminin, bu suç açısından cebir teşkil ettiği şüphesizdir. Elbette, bahsedilen eylemin Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturup oluşturmadığı, bu hareketin elverişli icra hareketi niteliğinde olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin ardından karar verilebilecek bir husustur.

Cebir kavramının Anayasayı İhlâl Suçu açısından daha farklı bir anlama sahip olmasının nedenlerinden biri de, bu suç tipinin amaca göre yorumlanması halinde cebre ilişkin yapılacak tanımın, Kanunun diğer hükümlerindeki cebre nazaran daha farklı bir anlam ve içeriğe sahip olmasıdır. Bu itibarla, eğer cebir, TCK m. 108’de anlaşıldığı şekilde tanımlanacak olursa, maddede öngörülen neticelere, yalnızca yaralama suçu oluşturan hareketler gerçekleştirilerek kalkışılması halinde bu suçun oluşabileceği gibi bir sonuca varmak gerekecektir. Bir üst paragrafta vermiş olduğumuz bombalama örneği dikkate alınırsa, bombanın patlaması sonucunda kimsenin yara almaması ihtimalinde dahi, bu suç açısından cebir mevcuttur. Hatta bombalama eyleminin kimseye zarar vermemesi öngörülmüş, hatta bu amaçla bir takım önlemler dahi alınmış olabilir. Aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, Anayasayı İhlâl Suçu açısından cebir, yalnızca fizik güç kullanımının gerçekleşmesi, birilerinin yaralanması veya ölmesi şeklinde anlaşılamaz.

765 sayılı TCK döneminde ileri sürülen, cebrin failin iradesi ile açıklandığı görüşlere katılmadığımızı belirtmiştik. Yani, Anayasayı İhlâl Suçu açısından cebir, anayasal düzenin değişmesi sonucunu doğurabilecek iradenin tezahür ettiği her türlü davranış değildir. Öncelikle, anayasal düzenin barışçı ve demokratik usullere uygun yollarla değişimini öngören düşünce açıklamaları, hiçbir surette bu suçu oluşturmaz. Zira demokratik bir sistem, sistemin kendisinin değiştirilmesini öngören fikirlerle değil, bu değişikliğin hangi usullerle gerçekleştirileceği ile ilgilenir²⁵¹. Ayrıca, cebri nitelikte olsalar dahi, icra hareketi olmayan davranışlar da Anayasayı İhlâl Suçuna sebebiyet vermez²⁵².

(iii) Cebrin kapsamı

Anayasayı İhlâl Suçu açısından cebir, maddi cebri, yani şiddeti kapsadığı kadar, manevi cebri yani tehdidi de kapsar²⁵³. Dolayısıyla cebrin yöneldiği odaklara yönelik olarak, şiddet niteliğine ulaşan, fizik gücün görünür olduğu hareketler kadar; böyle bir cebrin tatbik edileceğine işaret eden tehditler de cebir kavramına dahildir.

²⁵¹ **Pascarelli**, sh.514.

²⁵² Bu hususta bkz. aş. **İkinci Bölüm II.D.3.(b)**.

²⁵³ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 143; **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 217 – 218; **Gözübüyük**, sh. 171. *Soyaslan* ise manevi cebre farklı bir anlam vermektedir. Yazara göre “*Anayasanın manevi cebir kullanılarak ihlâli halinde, Devlete ait cebir ve şiddet kullanmak yetkisinin hukuka aykırı şekilde kullanılması söz konusudur. Nasıl bir yargıç veya bürokrat kanunları keyfi olarak uygulayamaz ve uygulandığı takdirde suç işlemiş olur ise özellikle yasama organı da Anayasaya aykırı kanunlar yaptığı zaman devletin kamu gücünü keyfi şekilde kullanmış olur.*” Yazar, görevin suistimali, yetki gasbı, hile ve keyfi işlemler yolu ile Anayasanın manevi cebir yoluyla ihlâl edilebileceğini söylemektedir: **Soyaslan**, TCK 146, sh. 73 – 74. Kanaatimizce, *Soyaslan* tarafından yapılan bu tanım oldukça geniş bir cebir tanımıdır. Ayrıca Yazar, cebrin manevi boyutunu hukuka aykırılık ile bir görmektedir. Halbuki, daha evvel değindiğimiz üzere, manevi cebir, hukuka hususi aykırılıktan farklı bir kavramdır. Aşağıda tartışacağımız üzere, bu suç siyasi iktidarlar tarafından da işlenebilir. Ancak bu halde de cebir kullanımı söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla, her türlü Anayasaya aykırı işlem veya kanunun, anayasayı ihlâl niteliğinde olduğu sonucunu doğurabilecek bu türlü görüşlere katılmıyoruz.

Anayasayı İhlâl Suçu açısından cebrin, tehdidi de içerdiği yönündeki sonuca, maddeyi amaca uygun yorumlayarak varıyoruz²⁵⁴. Suçun doğası, konusu ve koruduğu hukuki değer dikkate alındığında; kanun koyucunun bu suç tipinde, anayasal düzeni değiştirmeye yönelik her türlü hareketi değil; özünde şiddet barındıran hareketlerle maddede gösterilen neticelere ulaşılmaya çalışılmasını engellemek istediği görülecektir. Yani bu suç açısından yasaklanan, anayasal düzene karşı olmak ve bu düzenin yıkılmasını istemek değil, bu yönde şiddet kullanmak veya şiddet kullanma tehdidinde bulunmaktır.

Anayasayı İhlâl Suçu açısından, öncelikle şiddet kullanımının gerçekleştiği hallerin cebir teşkil ettiğinde şüphe duyulmamalıdır²⁵⁵. Şiddetin uygulandığı, fizik güç kullanımı içeren her türlü ihtimal, gerek somut bir kimseye; gerek belli bir grup kişiye yönelsin cebrîdir. Aynı şekilde, belli bir kişiyi veya

²⁵⁴ Kanımızca, bu madde kapsamında cebrin, tehdit kavramını da içerdiği yönündeki kabul ancak, maddenin özelliği dikkate alınmak suretiyle, amaca uygun yapılacak yorum ile mümkün olabilir. Cebirin Anayasayı İhlâl Suçu açısından farklı bir yoruma tâbi tutulması şeklindeki yaklaşım kabul edilmez ise, bu suç tipi açısından, maddede öngörülen “cebir ve şiddet” ibaresinin tehdidi de kapsadığını kabul etmek mümkün olmaz. Bu hususta, madde gerekçesini dayanak olarak göstermek de mümkün değildir. Zira kanunilik ilkesinin gereği olarak, suç oluşturan eylem madde metninde gösterilir. Söz konusu eylemin gerekçe ile genişletilmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, TCK m. 309 açısından, madde gerekçesinin, madde TBMM Genel Kurulu’nda görüşülürken yapılan değişiklikten önceki düzenleme için kaleme alınmış olduğunu da dikkate almak gerekir: **Özgenç**, Gazi Şerhi, sh. 1099. TBMM Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında yapılan değişiklik gerekçesinde, “*ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların Anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğinin daha açık biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi*” amacıyla “cebir ve şiddet” ibaresinin tercih edildiği ifade edilmektedir. Cebir kavramı zaten şiddeti de içeren bir anlam taşıdığından ve şiddet kullanmadan, sadece anayasal düzenin rafa kaldırıldığının beyan edilmesi ile bu suçun oluşmasının mümkün olmadığı da kabul edilemeyeceğinden; maddenin bu değişiklikten önceki hali ile değişiklik sonrası hali arasında farklılık bulunmamaktadır. Eğer kanunkoyucu Anayasayı İhlâl Suçunun manevi cebir ile işlenemeyeceğini düzenlemek isteseydi, suç madde metninde cebir kavramına hiç yer vermeden sadece “şiddet kullanarak” ibaresi ile formüle etmesi gerekirdi.

²⁵⁵ **Soyaslan**, TCK 146, sh. 73.

grubu hedef almaksızın gerçekleştirilen şiddet kullanımları, hatta çeşitli sembolik yapılara yönelen saldırılar da Anayasayı İhlâl Suçu anlamında cebir kullanımı teşkil eder. Meselâ Meclis Binasının bombalanması halinde maddi cebrin kullanılmış olduğunda şüphe yoktur.

Keza, cismani zarar verilmeden, belli kişilerin hürriyetten yoksun bırakılması da, cebrin gerçekleştirilmesine örnektir. Aynı şekilde, genel bir sokağa çıkma yasağı ilânı, buna uymayanlara karşı şiddet kullanımının muhtemel olmasından ötürü cebri niteliktedir.

Şiddet kullanımı gerçekleşmemiş olmakla birlikte, en ufak bir direnişte şiddete başvurulacağının belli olduğu hallerde de cebrin mevcudiyetinde şüphe olmamalıdır. Tankların sokaklara yerleşmesi, stratejik öneme sahip yerlere silâhlı güçlerin konuşlanması bu hususta ilk akla gelen örneklerdir. Bu halde, şiddet kullanma potansiyeline sahip bir güç mevcuttur ve direniş halinde bu gücün kullanılması muhtemeldir.

Şiddet kullanabilecek güce sahip olmakla birlikte, bu gücü ortaya açıkça ortaya sürmeksizin, anayasal düzenin işleyişini fiilen engelleyen veya bu düzenin değişmesine yönelen eylemler de cebrîdir. Bu ihtimalde söz konusu olan tehdittir. Devletin silâhlı güçlerini harekete geçirme iktidarına sahip olanların, anayasal düzenin değiştirilmesini öngören bir bildiri yayınlamaları ya da bu konudaki taleplerini Devletin yetkili organlarına iletmeleri cebrî bir davranıştır. Zira bu ihtimalde, silâhlı güce sahip ve bunu kullanmaları mümkün olan odakların, ellerindeki silâhlı kuvvete dayanarak anayasal düzene yönelik talepte bulunmaları, bunların gereğinin yerine getirilmemesi durumunda ise cebir kullanımının söz konusu olabileceğini açık veya zımni olarak ifade etmeleri söz konusudur. Keza, hiçbir fizik güç kullanımı söz

konusu olmasa da, anayasayı ihlâl amacıyla ve bu neticeye ulaşmaya müsait bir gücü yönlendirme imkânına sahip olan kişilerin, bir açıklama yaparak, anayasal kurumların feshedildiğini ilân etmeleri, bu suç anlamında cebirdir.

Yukarıdaki örneklerden ilki açısından dikkat edilmesi gereken husus, yapılan bu türden bildirimlerin açık veya zımni şiddet kullanılabileceği tehdidini içermesidir. Yoksa, güvenlik güçleri içinde yetkili konumda olanların, herhangi bir tehdit içeriği olmaksızın ortaya attıkları, öneri ve taleplerinin (bunların anayasal düzenin işleyişine ilişkin sonuçlar öngörmesi ihtimalinde dahi) mutlaka cebri nitelikte olduğu söylenemez. Meselâ bu yetkililerin, Devletin iç güvenlik konusundaki mücadelesinin, Anayasada yer alan temel haklar nedeniyle zafiyete uğramakta olduğunu beyan ettiklerini düşünelim. Eğer bu açıklama ile birlikte, söz konusu fikirlerin gereğinin yerine getirilmemesi durumunda şiddete başvurulabileceğine ilişkin açık veya zımni bir bildirim yoksa, yalnızca bu görüşü ileri sürenlerin şiddet kullanma potansiyeline sahip olmaları nedeniyle cebrin varlığı kabul edilemez. Dolayısıyla, bu gibi ihtimallerde önemli olan talebin içeriğinden çok, talebin yerine getirilmemesi durumunda şiddete başvurulabileceğinin öngörülmüş olup olmamasıdır. Oysa, ikinci örnekte, herhangi bir yetkiye sahip olmaksızın, elinde bulunan silâhlı kuvvete dayanılarak, anayasal düzenin kısmen ya da tamamen ilga edildiği; anayasal kurumların feshedildiği ilân edilmektedir. Bu ihtimalin, yapılan bildirimin gerekçesi ne olursa olsun, tehdit içerdiğinde şüphe bulunmamalıdır.

Cebir, Devlet mekanizmasını kontrol eden odakların, bu gücü anayasal düzenin öngörmediği şekilde kullanmaları ile de söz konusu olabilir. Anayasada öngörülen temel hakların özünün, şeklen korunup fiilen rafa

kaldırılması hali bu duruma verilebilecek bir örnektir. Zira, söz konusu ihtimalde, Devletin şiddet kullanma tekeli, bizatihi bu iktidarı elinde tutanlar tarafından, anayasal düzene aykırı olarak, bu düzeni yıkmak veya rafa kaldırmak için kullanılmaktadır. Bu tekelin kullanımının, anayasal düzene uygun olmasını temin eden, hukuk devletini ortadan kaldıran hareketler ile cebir ortaya çıkar. Hukuk devletinin ortadan kaldırılması ile mevcut anayasal düzen ortadan kalkmış; Devlet gücü ve dolayısıyla şiddet kullanma tekeli de, Anayasayı İhlâl Suçunun cebir unsuru haline dönüşmüştür. Bu son ihtimal açısından dikkat edilmesi gereken husus, salt hukuka aykırılığın cebir teşkil etmeyeceğidir. Yani her türlü hukuka aykırı tasarruf, anayasaya aykırı kanun yapılması, cebri nitelikte değildir. Meselâ bir temel hakkın, anayasanın öngördüğünden fazla sınırlanması sonucunu doğuran yasal düzenleme, anayasal düzen içerisinde değerlendirilecek ve belki de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir. Bu değişikliğin, temel hakkı anayasanın öngördüğünden fazla kısıtlaması sebebiyle, anayasayı ihlâl niteliğinde olduğu kabul edilemez.

(iv) Cebirin siyasî iktidar tarafından gerçekleştirilmesi ihtimali

Demokratik usullerle yönetime gelmiş olan siyasî iktidarların, Anayasayı İhlâl Suçunu işlemelerinin mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır. Gerçekten de, bir siyasî iktidar, tanımı gereği zaten mevcut anayasal düzenin içinde ve onu büyük ölçüde yönlendiren bir güce sahiptir. Gene de siyasî iktidarın silâh gücüne sahip odaklarla işbirliği yaparak, bir daha seçime gitmemek ve anayasal düzeni rafa kaldırmak suretiyle iktidarını cebren sürdürmesi mümkündür. Ancak bu ihtimalde, esasen herhangi bir silahlı

kuvvetin, kaba kuvvet kullanarak iktidarı zapt etmesinden farklı bir durum söz konusu değildir.

Sorun, siyasi iktidarın, açık bir kaba güç kullanmaksızın, bir takım yasal ve anayasal değişikliklerle, mevcut anayasal düzeni değiştirdiğinde çıkar. Bir başka ifade ile, yürürlükte olan pozitif hukuk kuralları çerçevesinde, siyasi iktidar tarafından yapılan değişiklikler mevcut anayasal düzenin temel niteliklerini ortadan kaldırırsa bu durumun anayasayı ihlâl olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun cevabını bulmak gerekir.

Siyasi iktidarı elinde bulunduranların anayasal düzeni temelden değiştirmeye yönelik eylemlerinin anayasaya aykırılıktan mı ibaret olduğu, yoksa bunların anayasayı ihlâl niteliğini mi taşıdığı cevabı peşin verilebilecek bir soru değildir.

Anayasayı ihlâlden bahsedebilmek için mevcut anayasal düzenin cebren değiştirilmesine yönelik teşebbüse başlanması gerekir. Yukarıda anayasaya aykırılık ile anayasayı ihlâl kavramlarını karşılaştırdığımız bahiste tartıştığımız şekilde, siyasi iktidarın eyleminin ancak cebrî nitelikte olması durumunda, anayasayı ihlâlinde bahsedilebilir. Bu durumda, siyasî iktidar tarafından bu suçun işlenmesi siyasi iktidarın anayasal düzenin temel prensiplerini ortadan kaldıran veya anayasal düzeni işlevsizleştiren ya da başka bir düzenle değiştiren bir değişiklik yapılmaya kalkılması bu suçun oluşması için yeterli değildir.

Bu ihtimalde önemli olan, anayasaya aykırılığın giderilebilmesi için öngörülen yolların da kapatılmış olmasıdır. Böyle bir durumda anayasayı ihlâlden bahsetmek mümkündür.

Eğer böyle bir ihtimal söz konusuysa, bu durumda gerçekleştirilen eylemlerin elverişli olduğunu kabul etmek gerecektir. Zira bu ihtimalde, devletin cebir kullanma tekeline yönlendirme konusunda önemli bir yetkiye sahip, koyduğu kaidelere uyulması kural olan siyasi iktidara karşı konulabilmesi oldukça güçtür ve bu şekilde gerçekleştirilen anayasayı ihlâl eylemlerinin elverişsiz nitelikte olduğunun kabulü mümkün değildir.

Meselâ, demokratik anayasal düzeni ortadan kaldırmaya niyetlenen bir siyasi iktidarın, yapılacak seçimlerde iktidarı kaybetmemek için, muhalefeti sindirebileceği bir ortam hazırlamak amacıyla, hiçbir koşulu bulunmamasına rağmen sıkıyönetim ilan etmesi ve bu surette anayasal düzenin özü itibariyle uygulanmasını askıya alması elverişli bir icra hareketi niteliğindedir. Aynı şekilde, demokratik nitelikteki kurumların işlevsiz bırakılması, yapılan anayasal veya yasal değişiklikler ile ya da fiilen, yönetimin totaliter hale getirilmesi durumunda söz konusu hal gerçekleşir.

Temsil esasına dayalı bir rejimde, daha önceden olmayan veya daha düşük seviyede bulunan bir seçim barajının yükseltilmesi, tek başına anayasayı ihlâl teşkil etmez. Öte yandan, mevcut siyasi iktidarın, sahip olduğu gücü kullanarak, seçim barajını demokratik siyasal sistemde temsili imkânsız kılacak seviyeye çıkartması durumunda da bu neticenin ortaya çıktığından bahsedilebilir.

Son olarak, hukuki ve meşru yollar ile iktidara gelen güçlerin mevcut kurallara değil de, iktidar gücüne dayanılarak, kendileri tarafından çıkarılan kanunlara dayanmaları söz konusu olabilir. Bu durumda da hukuka uygunluk denetiminin yapılması söz konusu olacaktır. Konuya örnek olarak, mecliste nitelikli bir çoğunluğu elinde bulunduran siyasi iktidarın, gerekli

nisaplara uyarak, bir anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesini ortadan kaldırması veya fonksiyon göremez hale gelmesini temin edip de, ardından yaptığı Anayasa değişiklikleri ile genel seçimlere dayanan bir sistem yerine başka bir sistem kullanılarak temsilci belirlenmesi esasını kabul etmesi gösterilebilir. Bu durumda da, şekli anlamda hukuk kurallarına uyarak yapılan değişikliklerin, anayasal düzeni ilga etmek anlamını taşıdığı sonucuna varılabilir. Bahsettiğimiz ihtimal anayasal düzen ve bu düzene karşı girişilecek eylemler açısından bıçak sırtında duran bir konudur. Zira bu gibi eylemler anayasal düzenin, öngörülenin dışında metodlarla, şekli hukuk kurallarına uyarak ortadan kaldırılmasına yönelmekle birlikte, bunlara karşı konulurken tercih edilecek yöntem de anayasal düzenin ortadan kalkması sonucunu doğurabilecektir.

Bu itibarla yapılan değişikliklerin ülkenin anayasal düzeninin işleyişi açısından bir tercihten mi ibaret olduğu, yoksa asıl amacın çoğulcu, demokratik anayasal düzeni rafa kaldırmak mı olduğunu değerlendirmek gerekir. Ülkenin yargı sisteminde esaslı reforma gidilmesi, anayasaya aykırılık denetiminin, Anayasa Mahkemesi yerine kurulacak başka bir mahkeme veya mevcut yargı organları eliyle yapılmasının sağlanması, parlamentonun tek veya çift kanatlı olması yönünde bir değişiklik yapılması, parlamenter sistem yerine başkanlık ya da yarı başkanlık sistemine geçiş yapılması, idari yapılanmada köklü değişikliklere gidilmesi gibi örnekler tek başlarına anayasayı ihlâl teşkil edemezler. Bununla beraber, temel hak ve özgürlüklerin kısmen ya da tamamen kaldırılması, seçimlerin işlevsiz bırakılması ya da seçim yapılmaması, ülkenin demokratik niteliğini ortadan kaldıran nitelikte değişiklikler şeklen hukuka uygun olsa da, bunlar yapıldıktan sonra anayasal düzenin varlığından söz edilemeyeceği ve

mevcut siyasi iktidarın yönlendirme imtiyazına sahip olduğu devlet gücünün cebri niteliği de dikkate alınır, anayasayı ihlâl meselesi ciddi bir tartışma olanağı bulabilir.

3. Suçun Oluşması İçin Teşebbüs Aşamasına Geçilmiş Olmasının Yeterli Oluşu

a) Genel olarak

Anayasayı İhlâl Suçunun bir kalkışma suçu olduğunu ve neticeye yönelen hareketlerin bu suçu oluşturup oluşturmadığı konusunda teşebbüse ilişkin genel prensiplerin dikkate alınmasının gerektiğini yukarıda ortaya koymaya çalıştık.

Buna göre, söz konusu suçun oluşması için, maddede tanımlanan neticelere yönelik elverişli hareketlerle, doğrudan doğruya icraya başlanması gerekmektedir²⁵⁶. Bu bağlamda, öncelikle Anayasayı İhlâl Suçu açısından doğrudan doğruya icraya hangi anda başlanmış olacağını, daha sonra ise hangi icra hareketlerinin elverişli sayılabileceğini tartışacağız.

Hemen ifade etmek gerekir ki, Anayasayı İhlâl Suçunun kalkışma suçu şeklinde düzenlenmiş olmasının ceza sorumluluğu açısından yarattığı en önemli fark, bu suça ilişkin yaptırımın belirlenmesi aşamasında söz konusu olmaktadır²⁵⁷. Suçun kalkışma suçu olarak düzenlenmesi, sorumluluk alanını genişletmemektedir. Bir başka anlatımla, suç kalkışma suçu olarak düzenlenmemiş olsaydı, icra hareketlerinin gerçekleştirilmesine rağmen

²⁵⁶ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 106 – 107; **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 221 – 222. İtalya’da da, 2006 yılında bu suçun unsurlarında değişiklik yapılarak elverişlilik unsuru açıkça belirtilmeden evvel de, elverişliliğin suçun unsuru olduğu kabul edilmekteydi: **Antolisei**, Parte Speciale II, sh. 579; **Manzini**, C. IV 1981, sh. 489; **Fiandaca/Musco**, Parte Speciale, sh. 14.

²⁵⁷ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 126; **Erem/Toroslu**, sh. 65.

neticenin ortaya çıkmaması halinde TCK m. 35 hükmü uygulanacak, yani failer aynı fiillerinden dolayı aynı andan itibaren sorumlu olacaktı. Böyle bir ihtimalde en önemli fark, fiili teşebbüs aşamasında kalan failin cezasında, teşebbüs hükümleri uyarınca indirim uygulanması olacaktı²⁵⁸.

Buna göre, somut olayda failin icra hareketlerine başlayıp başlamadığı, hareketlerin elverişliliği gibi hususlar, maddede gösterilen neticeler dikkate alınmak suretiyle, aynen teşebbüs hükümleri uygulanır gibi değerlendirilecektir. Sonuç olarak ise, eğer neticenin gerçekleştiği bir hal söz konusu değilse, fail doğrudan TCK m. 309 uyarınca cezalandırılacak ve TCK m. 35 ile öngörülen ceza indirimi uygulanmayacaktır.

Anayasayı İhlâl Suçunun oluşması için maddede öngörülen neticelere teşebbüs edilmesinin yeterli olması karşısında, maddeye ilişkin uygulamanın suça teşebbüs hükümleri ile öngörülen prensipler dairesinde nasıl yapılacağının değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin uygulamanın, suça teşebbüs kuralları çerçevesinde yapılacağında şüphe bulunmamakla birlikte, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı da tartışmalıdır.

²⁵⁸ Nitekim bu prensiplere Yargıtay tarafından da dikkat çekilmektedir: “Maddede, neticesi hareketten ayrı bir suç tipi tanımlanması, özelliğin, salt ceza uygulaması yönünden “tamamlanmış suç”, “teşebbüs aşamasında kalmış suç” ayrımını ortadan kaldırmakla sınırlı bulunması nedeniyle, bir fiilin anılan madde uyarınca cezalandırılabilmesi için o fiilin “icra hareketi” niteliğinde bulunması zorunludur. Diğer bir deyişle maddedeki “teşebbüs eden” sözcüğü icra hareketine başlanması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Bu açıdan da fiilin elverişli vasıtalarla icrasına başlanmış olması aranır. Bir fiilin 146. madde yönünden icra hareketi niteliğinde olup olmadığı hususu ise olayın akışına göre değerlendirilir.” (Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272)

b) Anayasal düzene yönelik doğrudan icraya başlanması

Suçta teşebbüs ve ceza hukuku teorisinin belki de en çetrefilli konularından biri, suçun hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasındaki ayırımdır²⁵⁹. Konu, bireylerin, ceza sorumluluğunun başladığı ana ilişkin olmakla, hareket serbestisinin sınırlarını da teşkil etmektedir²⁶⁰. Bu bağlamda, neyin suç teşkil edip neyin etmediği sorusunun cevabı, pek çok defa, icra hareketlerinin başladığı anın tespitiyle doğrudan ilgilidir.

Bu hususta öncelikle 765 sayılı TCK ile 5235 sayılı TCK arasındaki farka dikkat çekmek gerekir. 765 sayılı TCK m. 61’de, işlenmesi kastedilen cürmü *“vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp”* elinde olmayan sebeplerle bu hareketleri tamamlayamayanların eksik teşebbüsten dolayı sorumlu olacakları hükme bağlanmaktaydı. 5237 sayılı TCK m. 35 ile ise, *“işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle”* tamamlayamayan kişilere teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Yeni TCK ile icra hareketlerinin tayini açısından öngörülen en önemli fark, icraya *“doğrudan doğruya”* başlanması kriterinin getirilmiş olmasıdır. 765 sayılı TCK döneminde, icra hareketlerinin başladığı âna ilişkin sübjektif teorilerden birinin kabulü mümkün iken, doğrudan doğruya icraya başlanmasını öngören yeni düzenleme, objektif bir kriterin kabulünü

²⁵⁹ **Sulhi Dönmezer**, *“Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”*, İÜHFM, C. VIII, S. 3-4, 1942, sh. 439; **Sözüer**, Suça Teşebbüs, sh. 194; **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 424; **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, sh. 61 vd; **Alacakaptan**, Suçun Unsurları, sh. 77; **Önder Tozman**, Suça Teşebbüs (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2008, sh. 69.

²⁶⁰ **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 423; **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, sh. 63 – 64; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 591; **Centel/Zafer/Çakmut**, sh. 454; **Tozman**, sh. 69.

zorunlu kılmaktadır²⁶¹. Türk doktrininde genel olarak objektif teoriler kabul görmüştür²⁶².

Suçta teşebbüse ilişkin olarak kabul edilen bu kriter çerçevesinde, icra hareketlerinin başlangıcı, suç tipinde unsur olarak belli hareketlerin gösterilmiş olup olmamasına göre belirlenecektir. Kanuni tipte yalnızca neticenin gösterilmesi ile yetinilmiş ve suçun belli hareketler ile işlenebileceği belirtilmemişse bu takdirde suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmesine doğrudan doğruya etkili olan hareketlerin icra hareketi olduğu söylenebilir²⁶³. Buna karşın, eğer kanuni tipte suç teşkil eden hareketler açıkça belirtilmişse, bu takdirde bu hareketlerin gerçekleştirilmeye başlanması ile birlikte icranın başladığı kabul edilecektir²⁶⁴.

Konu, Anayasayı İhlâl Suçu açısından değerlendirilecek olursa, maddede gösterilen neticelere doğrudan yönelmiş olan cebri hareketlerin varlığı, icra hareketlerinin başladığının kabulü için gerekli olacaktır. Zira, Anayasayı İhlâl Suçunun kanuni tipinde, suçun “cebir ve şiddet kullanarak”

²⁶¹ Koca/Üzülmüş, sh. 397; Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 599; Hakeri, Genel Hükümler, sh. 427; Demirbaş, sh. 424; Centel/Zafer/Çakmut, sh. 455.

²⁶² Demirbaş, sh. 425; Sözüer, Suça Teşebbüs, sh. 208 vd; Koca/Üzülmüş, sh. 397; Centel/Zafer/Çakmut, sh. 454; Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 599; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 457; Yüce, sh. 29 vd.; Hakeri, Genel Hükümler, sh. 427; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, sh. 335 – 336. İçel daha sonraki tarihli kitabında, “hazırlık hareketi icra başlangıcı ayırımında sadece objektif veya sadece sübjektif bir kriterle doğru sonuca ulaşamaz” görüşünü benimsemiştir: İçel/Evîk, sh. 244. Karma teoriden yana olan Dönmezer/Erman dahi, teorilerinin sübjektif kısmını objektif esaslara dayandırmaya gayret etmiştir: Dönmezer/Erman, C.I, sh. 436 – 437; Tozman, Suça Teşebbüs, sh. 118 vd.

²⁶³ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 457 - 458; Sözüer, Suça Teşebbüs, sh. 212;

²⁶⁴ Koca/Üzülmüş, sh. 397; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 457; Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 600. Ancak bu görüşün tam bir açıklıkla kabul gördüğünü söylemek zordur. Meselâ maddi objektif teoriyi benimseyen Demirbaş “yalnız suç tipinde belirtilen hareketlerin değil, bu hareketle doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlı ve bir bütünlük teşkil eden hareketlerin yapılması durumunda da” icraya başladığını ifade etmektedir, bkz: Demirbaş, sh. 425. Aynı yönde ayrıca bkz: Hakeri, Genel Hükümler, sh. 427.

işlenebileceği açıkça ifade edilerek, suçun oluşması için gerekli hareketler gösterilmiştir. Bu bağlamda, suçun icra hareketlerine başlandığının kabul edilebilmesi için, söz konusu hareketlerin cebir ve şiddet hareketi niteliğinde olması şarttır^{265, 266}.

Bu durum, TCK'da anayasal düzene karşı suçların sistematığı ve bu grup altında yer alan diğer suç tipleri incelenerek de teyit edilebilir. Gerçekten de, TCK m. 314, 315 ve 316 ile anayasal düzene yönelik bir takım hazırlık hareketleri suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu hazırlık hareketlerinin ayrı suç olarak tanımlanmasının altında, korunan hukuki değere verilen önem ve bu değer ihlâlini kolaylaştıracak bir takım eylemlerin, henüz icra hareketine başlanmadan engellenmesi amacı yatmaktadır²⁶⁷. Örgüt kurma, silâh sağlama ve suç işlemek için anlaşma dışındaki hazırlık hareketlerinin, ayrıca suç olarak tanımlanmadıkça cezalandırılmayacakları şüphesizdir. Bu

²⁶⁵ Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 217; Yaşar, sh. 208.

²⁶⁶ “Suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nın 146/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 309/1. maddesinde tanımlanan Anayasa’yı ihlal suçunun işlenebilmesi için fail tarafından cebir ve şiddet kullanılması gerekir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmek amacıyla silahlı örgüt kurulması yeterli olmayıp, kurulan örgütün amaç suçun işlenmesi doğrultusunda ülke genelinde bu amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte cebir ve şiddet içeren ve ağır suç teşkil eden icra hareketlerine girişmiş olması da gerekir.

Somut olayda sanığın, Anayasal düzeni yıkıp yerine teokratik esaslara dayalı bir devlet kurmak amacıyla oluşturup yönettiği örgütün silahlanması ve amaca yönelik vahim eylemler planlaması suça hazırlık hareketi niteliğinde olup icra hareketine dönüşmediği, bu aşamada eylemin Anayasa’yı ihlal suçunu oluşturmayacağı ancak, sanığın tamam olan ve esasen suç oluşturan eyleminin silahlı terör örgütü kurmak ve yönetmek suçunu oluşturup hukuki durumunun suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nın 168/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 314/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve tayin olunacak cezanın teşdiden uygulanması suretiyle lehe yasanın belirlenmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ...

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz dilekçesi ile duruşmalı inceleme sırasında ileri sürdüğü temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, re’sen de temyize tabi hükmün bu sebepten dolayı (BOZULMASINA), 25.01.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 9.CD, 25.1.2010, 2009/11204, 2010/855, HT).

²⁶⁷ Özek, Silâhlı Çete, sh. 360.

bağlamda, Anayasayı İhlâl Suçunun hazırlık hareketlerinin bir kısmı ayrıca suç olarak tanımlanmaları nedeniyle cezalandırılmaktayken, bunların dışındakilerin, icra hareketleri kavramına geniş anlam verilmek suretiyle suç kapsamına sokulması mümkün değildir²⁶⁸.

Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketlerine başlanmış sayılabilmesi için cebir ve şiddet teşkil eden hareketlerin gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin gösterilebilecek bir diğer dayanak, suçun kalkışma suçu şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Eğer bu suç, kalkışma suçu olarak değil de, klasik şekilde düzenlenmiş olsaydı, bağlı hareketli suçlarda icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin kabul edilen görüşe göre²⁶⁹, gerçekleştirilen hareketlerin, cebir ve şiddet niteliğinde olmasa da, icra hareketi sayılabileceği ileri sürülebilirdi. Ancak TCK m. 309'da, suçun hareket unsuru açıkça "cebir ve şiddet kullanarak" şeklinde gösterilip, maddede gösterilen neticelere bu şekilde "teşebbüs edenlerin" cezalandırılacağı hükme bağlanmakla, icra hareketlerinin mahiyeti kanuni düzenleme ile belirlenmiştir. Bu sebeple, dış dünyaya yansımayan, cebir ve şiddet niteliği taşımayan davranışların, bu suç açısından icra hareketi niteliği taşıdığı kabul edilemez²⁷⁰.

Buna ek olarak Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketlerinin suç tipinde gösterilen neticelere yönelmesi lazımdır²⁷¹. Yani, anayasal düzene yönelik olarak ileride gerçekleştirilmesi düşünülen icra hareketlerine imkân

²⁶⁸ "Sanıkların korsan mitinge katılmak ve örgüt yayını ve diğer yasak yayınları taşımak şeklindeki eylemleri örgüt üyeliği (TCK. 168) suçunun unsurları –kanıtları- olup, söz konusu eylemlerin gaye suça yönelik cebri ve icrai hareketler olarak kabulüyle sanıkların durumunun TCK.'nun 146. maddesi kapsamı içinde mütalaa edilmesi yasaya aykırıdır" (AYDK, 20.10.1988, 140/118, Savaş/Mollamamhmutoglu, s. 1920).

²⁶⁹ Bkz. yuk. dn. 264.

²⁷⁰ Aynı yönde: Yaşar, sh. 209.

²⁷¹ Erem/Torosl, sh. 67; Özek, Anayasayı İhlâl, sh. 106.

sağlamak için gerçekleştirilecek ve esasen bu suçun hazırlık hareketleri niteliğinde olan başkaca fiillerin işlenmesi, icra hareketlerinin başlangıcı olarak kabul edilemez.

Ülkemizde yüksek yargı organlarının uygulaması ise genellikle ortaya koyduğumuz bu görüşün aksi yönde olmuştur²⁷². Askeri Yargıtay Daireler Kurulu tarafından verilen²⁷³, *“TCK nun 146. maddesinin maddi hareketinin çete mensubu kimselerin, önerilerine uygun olarak uyguladıkları usul ve taktiklerin gayeye müteveccih eylemler olarak mütalaası ve bunlardan istenilen ortamı yaratma ve böylece arzulanan neticenin gerçekleşme tehlikesini doğurabilecek olan adam öldürme, silahlı soygun, silahlı çatışma gibi kişi ve toplumları dehşete düşüren Devlete karşı olan güveni sarsıcı nitelikte olan hareketlerdir. Yasa dışı örgüte girmenin TCK nun 146. maddesinin ‘hazırlık hareketini’ çetenin gaye suçuna yönelik her türlü eylemlerinin ise bu suçun ‘icra hareketlerini’ teşkil etmektedir.”* şeklindeki karar, gerek askeri, gerek sivil yargı mercilerinin sonraki yıllarda da takip ettiği uygulamaları ortaya koymaktadır²⁷⁴.

²⁷² Bu hususta bkz: **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 98 vd.; **Özek**, Silâhlı Çete, sh. 359 – 360.

²⁷³ **AYDK**, 25.3.1983, 70/73, **Gözübüyük**, s. 182 vd.

²⁷⁴ *“Sanığın silahlı TKP/ML-YİÖ örgütünün merkez komitesi üyeliğine seçilmeden önce örgüt tarafından işlenen bazı silahlı soygun ve öldürme eylemlerine aslî maddi fail olarak katıldığına dair dosyada belirgin bir kanıt mevcut değil ise de; adı geçen 1971 sıkıyönetim uygulaması sırasında TKP/ML-TİKKO örgütü mensubu olarak TCK.’nun 146/3. maddesi ile yargılanıp, 1974 yılında çıkan af kanunu ile tahliye edilmesini müteakip bu örgütün uzantıları ile irtibat kurup faaliyetlerine devam etmesi ve en son 1979 yılında Hayrabat Honca ile tanışıp, örgütün Halkın Birliği fraksiyonuna girmesi, Hayrabat Honca’nın 2 Mayıs 1980’de öldürülmesinden sonra örgütün genel sekreterliğini üstlenmesi, Haziran 1980’de Tunceli’nin Tornoza nahiyesi ormanlık bölgede örgüt tarafından yapılan konferansın açılış ve kapanış konuşmalarını yapması, örgütün faaliyet raporunun okunduğu, tüzüğünün hazırlandığı, isminin değiştirildiği bu konferans sonunda örgüt tüzüğüne göre en yüksek ve en yetkili organ olan merkez komitesi üyeliğine seçilmesi, sanığın merkez komitesine seçildikten sonra örgüt tarafından 5.9.1980 tarihinde İstanbul’da Anteks İplik Fabrikası’nın soyulması ve fabrika muhasebecisinin öldürülmesi eylemlerinin gerçekleştirilmesi ve bu eylemlere katılan örgüt mensubu diğer bir kısım sanıkların büyük çoğunluğunun TCK.’nun 146. maddesiyle mahkûm*

Anayasal düzeni yıkmak için kurulan örgüte maddi kaynak sağlamak için yağma eylemlerinin gerçekleştirilmesi²⁷⁵, çeşitli saiklerle hürriyetten yoksun bırakma²⁷⁶, yaralama, kasten öldürme veya bunlara teşebbüs edilmesi²⁷⁷

olup cezalarının kesinleşmesi gözönüne alındığında, sanığın sabit olan “örgüt içindeki yeri ve etkinliği” itibariyle doğrudan doğruya TCK’nun 146’ncı maddesindeki suçu aslî fail olarak işleme iradesini açıklığa kavuşturduğu cihetle, sanığın hukuki durumunun TCK’nun 146/1. maddesi içinde değerlendirilmesi gerekirken, 168’inci madde ile hüküm tesisi kanuna aykırı bulunmuştur...” (AYDK, 9.5.1991, 26/83, **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 1919 – 1920).

“Bu sanıkların eylemleri; kurulu Anayasal düzene zorla yıkarak yerine THKP/C-dev-sol adlı illegal örgütün tahakkuk ettirmek istediği doğrultuda bir komünist düzeni getirmek ve bu cümleden olarak **ekonomik eylem adı altında Aydın İş Bankası sanayi şubesinde silahlı soygun yapmak, bu olayın ardısıra karşıdan gelen polis arabasına mevcut düzeni çökertip yıkma düşüncesinin bir başka tezahürü olarak sanıklardan rızanın tabancayla ateş ederek polis arabasında bulunan İbrahim’i öldürmesinden ibarettir.** Sanıkların eyleme geçiş saik ve sebepleri ile, amaçları ve amacın gerçekleşmesi için gösterilen faaliyetlerin tümü ve geneldeki ağırlığı ile kendi içindeki akışı, kül olarak değerlendirildiğinde fiilin TCK. nun 146. maddesine mümas olduğu ve sanıkların eylemdeki yerine ve gösterdikleri faaliyetlerin niteliğine göre sözü edilen maddenin fıkraları içinde hukuki durumlarının tesbiti gerekirken bir bütün olan eylemin bölümlere ayrılması sonucu yazılı maddelerle uygulama yapılarak hüküm kurulması...” (Yargıtay 9. CD, 21.1.1983, 3/118, **Gözübüyük**, s. 186 – 187).

²⁷⁵ “Sanık Özdemir’in 2.12.1991 tarihli **Kartal Ekmek Fabrikasından para gaspı eylemine, sanık Abdullah’ın 5.11.1992 tarihinde Derince’de oto gaspı eylemine, sanık Güzel’in 19.4.1992 tarihinde STFA adlı işyerinden gasp eylemine katıldıkları kabul edilmesine rağmen, vahim nitelikteki bu eylemler nedeniyle adı geçen sanıkların 765 sayılı TCK’nun 146/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden, suç vafında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi...” (Yargıtay 9. CD, 20.3.2006, 819/1732, **Akkaya**, s. 204).**

²⁷⁶ “Sanığın 16.7.1998 tarihinde **Ali’nin kaçırılması ve alıkonulması şeklinde gerçekleşen ve Anayasal düzeni cebren ortadan kaldırmaya teşebbüs suçuna vücut veren eyleme iştirak ettiği** dosya kapsamına uygun olarak kabul edilmiş olması karşısında, hukuki durumunun suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nun 146/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nun 309/1. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden suç vafında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi ...” (Yargıtay 9. CD, 22.3.2007, 1797/2453).

“Sanığın, Anayasayı zorla değiştirmek için kurulduğundan şüphe edilmeyen “Türk Halk Kurtuluş Ordusu” nun üyesi olan ve haklarındaki aynı fiilden verilen idam cezaları kesinleşmiş bulunan üç kişiyi kurtarmak ve serbest bıraktırmak, bu suretle Anayasa’yı zorla değiştirmek amacıyla, o zamanki Jandarma Genel Komutanını, önceden verdikleri karar gereğince kaçırmaya arkadaşlarıyla birlikte teşebbüs ettiği bu fiilin, bir kişinin ölümü ve iki kişinin yaralanması ile sonuçlandığı dosyadaki deliller ve safahatteki açık ikrarlarıyla sabittir.

Sanık ve vekilleri, fiili ve oluş şeklini kabul etmişler, ancak hareketlerinin TCK. nun 499/2. maddesine uyacağını, bu olmadığı takdirde aynı kanunun 146/3. maddesinin haklarında uygulanması gerekeceğini ileri sürmek suretiyle suç vafına itirazda bulunmuş iseler de; TCK. nun 499/2. maddesinin ancak ideolojik olmayan ve bir Anayasa değişikliğini de gerektirmeyen siyasi ve sosyal maksatlarla, adam kaçırma fiillerine uygulanabileceği ideolojik nedenlerle başka bir deyimle

eylemleri yalnızca cebri nitelik taşıdıklarından bahisle Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketi olarak kabul edilemezler. Söz konusu kararların bir çoğu açısından, elverişlilik unsuru yönünden de bir değerlendirme yapılması gerektiği muhakkaksa da, kanımızca mezkûr kararlara konu olaylar evvelâ icra hareketleri başlamadığından dolayı Anayasayı İhlâl Suçuna sebebiyet veremezler.

Her ne kadar, Anayasayı İhlâl Suçunun hareket unsuru, cebir ve şiddet kullanımı olarak gösterilmişse de, bu cebir ve şiddet kullanımının neticeye yönelik olması gerektiği şüphesizdir. İcra başlangıcının kabulü için, gerçekleştirilen hareketin “suç tipindeki eylemle bir bağlantı içinde olması yani, onun bir parçasını teşkil etmesi gerekir”²⁷⁸. Ancak bu tanıma göre de hazırlık hareketlerinin kapsam dahilinde değerlendirilmesi ihtimali ortaya

Anayasa’yı zorla değiştirmeyi amaçlayan düşünce ile adam kaçırma fiillerini kapsamadığı, bunların ancak TCK. nun 146. maddesinin (1) fıkrasında düşünüldüğünün zorunlu olduğu, sanığın “Türk Halk Kurtuluş Ordusu” na ve mensuplarına sadece yardımcı olmayıp aynı kuruluş içinde, diğerleriyle birlikte aktif görev aldığı ve eyleme geçtiği anlaşılmış olmasına göre; hakkında TCK. nun 146/1. maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik görülmediğinden hükmün onanmasına oybirliği ile karar verildi.” (Yargıtay 9. CD, 20.2.1975, Karar: 2, Gözübüyük, s. 188

²⁷⁷ “... sanığın yasadışı örgütün kanat elemanı olarak Reşit Gök’ün öldürülmesi ve recep Er’in kaçırılmaya kalkışılması olaylarında talimat verdiği, silahları temin edip keşif yaptığı, böylece amaç suçun gerçekleşmesine yönelik vahamet arz eden bu eylemlere katıldığı sabit olduğu halde, 765 sayılı TCK’nın 146/1. maddesi yerine, suç vasfında yanılğıya düşülerek yazılı gerekçeyle 5237 sayılı TCK’nın 314/2. maddesi ile hüküm kurulması...” (Yargıtay 9. CD, 22.10.2009, 2008/13617, 2009/10539, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8480).

“Sanığın silahlı örgüte üye olarak askeri birimde yer aldığı, 1999 yılında M.Ş.U. ve B.A.U.’nın öldürülmesi için verilen talimat doğrultusunda hareket ederek şahısları kandırıp evine getirdiği, silah zoruyla bağlanması ve şahısların on gün süreyle alıkonulmalarından sonra tahta ızgaralardan yapılan kutulara konularak arabaya yüklenmeleri suretiyle götürülmesine yardımcı olmak suretiyle örgütün amacı doğrultusunda vehamet arz eden olaylara katıldığı, sanığın aşama ikrarları, başka dava sanıklarının ifadeleri ve tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında eylemine uyan ve suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın 146/1. maddesi gereğince cezalandırılmasının gerektiği gözetilmeden delillerin takdirinde ve suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi...” (Yargıtay 9. CD, 30.4.2009, 1492/5144, Parlar/Hatipoğlu, s. 4572).

²⁷⁸ Sözüer, Suça Teşebbüs, sh. 211.

çıkabilecektir. Bu sebeple, icra başlangıcının kabulü için herhangi bir bağlantı değil, doğrudan doğruya bağlantının varlığı gerekecektir²⁷⁹.

Suç oluşturan hareketlerin kanuni tipte tanımlanmış olması durumunda, icra hareketlerinin bu hareketler olacağında şüphe yoktur. Ancak bu hareketlerin, neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olarak işlenmesi gerekmektedir. Şöyle ki, neticeyi gerçekleştirmeye imkân sağlamak için, meselâ maddi kaynak elde etmek amacıyla cebir ve şiddet kullanılması, suçun icrasına başlandığı anlamına gelmez. Maddi unsuru cebir ve şiddet olan bir başka suçtan örnek vermek gerekirse; bir bankayı soyarken kullanmak için, bir başka kişinin silahının gasp edilmesi, bankanın soyulmasına yönelik icra hareketlerine başlandığı anlamına gelmez²⁸⁰. Ancak, bankanın duvarını delerek soymayı planlayan, bu sebeple de, bankaya bitişik olan dükkanın sahiplerini silah zoruyla sessiz kalmaya zorlayarak, planlarını o dükkanı kullanarak icra etmeye başlayan faillerin, dükkan sahiplerine yönelik fiilleri ile bankayı soymak için gerekli icra hareketlerine başladıkları kabul edilebilecektir. Bu iki örnek, inceleme konumuz suç açısından da yol gösterici olabilir. Zira ilk örnekte gerçekleştirilen cebri davranışlar, faillerin asıl amacını teşkil eden suça uzak olmaları ve bununla doğrudan doğruya bağlantı içinde olmamaları itibariyle, gerçekleştirilmek istenilen asıl yağma eyleminin icra hareketi sayılamazlar. Halbuki ikinci örnekte, artık neticeye yönelen icra hareketlerinin başlaması söz konusudur.

Bu açıklamalarımız ışığında, anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan faillerin, bu amaca yönelik olarak gerçekleştirdikleri bütün cebir ve şiddet hareketlerinin değil, ancak doğrudan doğruya maddede gösterilen

²⁷⁹ Sözüer, Suça Teşebbüs, sh. 212.

²⁸⁰ Bu hususta bkz: Koca, Yağma Cürümleri, sh. 213 – 214.

neticelerin gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak ika edilen cebir ve şiddet hareketlerinin icra hareketi sayılabileceği söylenebilir.

Elbette, cebir ve şiddet hareketleri ile maddede gösterilen neticelerin gerçekleştirilmesini beklemeye gerek yoktur. Bu hareketlerin, neticeyi gerçekleştirmek hususunda etken olmaları, tekrarlandığında zarar neticesinin ortaya çıkmasına sebep olabilecek, yoğun nitelik taşımaları, icra hareketi niteliğinde olduklarının kabulü için yeterli sayılabilir²⁸¹.

Bu bağlamda, anayasal düzeni yıkmak için ortam hazırlamak amacıyla cebir ve şiddete başvurulması da, başlı başına icra hareketi niteliği taşımaz. Meselâ halkın önem verdiği birine suikast düzenlenerek ülkede darbe yapılabilmesi için gerekli ortamı hazırlayacak bir iç karışıklık yaratılması amaçlanıyorsa, bu suikast eylemi tek başına icra hareketi niteliğini taşımaz. Ancak böyle bir suikast, doğrudan anayasal düzene yönelen bir dizi hareketin ilk adımıysa, bu durumda, icra hareketi niteliğindeki cebrin başladığı düşünülebilir. Burada önemli olan, suikast ile ardından gelen cebri hareketler arasında bir bağ bulunması suikastın neticeye yönelmiş olan bir dizi icra hareketinin parçası olmasıdır. Bu bağlamda, ülke çapında yoğun ve planlı şiddet hareketlerinin, doğrudan anayasal kurumları hedef almasalar bile, anayasal düzenin işleyişine yönelik zarar neticesi doğurabilecek nitelik taşımaları durumunda (elverişli olmaları) suçun icrasının başladığı kabul edilebilir²⁸².

²⁸¹ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 106 – 107.

²⁸² Bu konuda tarihten bir örnek verilebilir. 2. Dünya Savaşı'nın sonuna doğru, 20 Temmuz 1944 tarihinde, Almanya'daki Nazi iktidarına son vermek amacıyla bir darbe girişiminde bulunulmuştur. Bu kalkışma, Hitler'e bir suikast düzenlenerek öldürülmesini, ardından, Berlin'de bulunan İhtiyat Ordusu kullanılarak bir oldu bitti ile yönetime el konulmasını öngörüyordu. Neticede, Hitler ve bir takım üst düzey subayların toplantı halinde bulunduğu bir odada bomba patlatılmış, planın icrası bir takım aksaklıklara karşı başlamış, ancak daha sonra Hitler'in ölmediğinin anlaşılması ve bunun dışındaki bir takım aksaklık ve

Böyle bir durumda, icra hareketlerinin başladığı an, suikast için gerekli icra hareketlerinin başladığı andır. Bomba örneği üzerinden düşünersek, bombanın bırakıldığı andan itibaren icraya başlandığı söylenebilir. Suikastın, Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketlerinin başlangıcı olarak kabul edildiği ihtimalde, anayasal düzene yönelecek hareketlerin, bu suikastı takip etmesi gerekeceğini belirtmek gerekir. Yoksa, darbenin haklı bir zemine oturmasını sağlamak için, toplumda sevilen kişilere suikast düzenlenmesi, halkı galeyana getirecek başka olaylar çıkartılması, bunları takip eden anayasal düzene yönelik cebri hareketler ile tamamlanmadıkça, icra hareketi sayılamaz.

Darbe yapmayı planlayan askeri kuvvetlerin, darbenin başlaması emrini yerine getirmeye başladıkları aşamada engellenerek yakalanmaları durumunda da, icra hareketlerine başlanmıştır. Dikkat edilirse bu durum, darbe planlamasından veya bu plan uyarınca ileri bir tarihin, hareketin başlayacağı tarih olarak belirlenmesinden farklıdır. Bu saydıklarımızın icra hareketi anlamına geleceği düşünülmemelidir. Bahsettiğimiz ihtimalde,

başarısızlıkların neticesi olarak akamete uğramıştır. Gerçekleştirilen hareketin akabinde anayasal düzene yönelik cebri hareketlerin sürdürülmesi söz konusu ise, ölümü halinde mevcut iktidarın geçici bir süre de olsa felcine yol açabilecek birine düzenlenen suikast bu hareketlerin ilk adımı, yani icra hareketi olabilir. Halbuki, normal şartlarda, anayasal düzeni ortadan kaldırmayı düşünen bir örgütün, çeşitli saiklerde birini öldürmesi icra hareketi niteliği taşımaz. Bu örnek, cebri davranışın neticeye yönelmiş olan hareketi göstermesi açısından belirgindir. Söz konusu darbe teşebbüsüne ilişkin ayrıntılı inceleme ve bilgi için bkz: **Winfried Heinemann**, Germany and the Second World War, Vol. IX/I German Wartime Society 1939 – 1945: Politicization, Disintegration, and the Struggle for Survival (Ed. Jörg Eckternkamp), Clarendon Press, Oxford, 2008, sh. 838 vd; **William K. Shirer**, The Rise and Fall of the Third Reich, Simon & Schuster, 2011, sh. 1048 vd. Vermiş olduğumuz bu somut örneğe ilişkin olarak, Nazi iktidarının zaten mevcut anayasal düzeni cebren yıkarak göreve geldiği gerçeği bir kenara bırakarak, benzer bir örneğin meşru bir anayasal düzeni hedef aldığı ihtimali çerçevesinde değerlendirme yaptığımızı ifade etmek isteriz. Yoksa bu olaydaki eylemleri gerçekleştiren subayların eylemleri, meşruiyet kavramı çerçevesinde, muhtemelen anayasayı ihlâl niteliğinde değerlendirilemeyecektir.

mevcut plan uyarınca, planın icrasına başlanması için gerekli emir verilmekte ancak kışlalarından çıkmaya hazırlanan darbeci askerler, bu aşamada durdurulmaktadır. Bu halde, henüz kışlanın terkedilmediği, halen daha hazırlık hareketinin devam ettiği gibi bir savunmaya itibar edilemez²⁸³. Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin olarak icranın başlangıcı tayin edilirken, suç tipinde gösterilen hareket ve neticeyle doğrudan doğruya bağlantı içinde olan cebri hareketlerin gerçekleşmesi beklenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, icra hareketlerinin başlangıç ânı, mevcut siyasi iktidarın ve anayasal düzeni koruyacak diğer güçlerin karşı koymalarını imkânsız hale getirecek bir olarak belirlenemez. Öte yandan, planlama, malzeme tedariki, istihbarat faaliyeti gibi hareketlerin tehlikeli oldukları dikkate alınarak Anayasayı İhlâl Suçunun icrasına başlamış olduğu da kabul edilemez.

Bu sebeple Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketlerinin başladığı ânın belirlenmesine ilişkin bir takım referans noktalarının belirlenmesinin gerekli olduğu kanısındayız.

Öncelikle, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, icra hareketlerinin doğaları itibarıyla cebri nitelik taşımaları gerekir. Bu bağlamda, cebri nitelik taşımayan, darbe planı yapmak, yalan haber yayma, darbeye katılacak kişilerle toplanma, darbe sırasında uygulanacak iş bölümünü belirleme,

²⁸³ Nitekim, Ülkemizde yaşanan 12 Eylül 1980 Askeri Darbesi'nin gelişimi bu açıdan örnektir. Uzun bir hazırlık döneminin ardından, harekate hangi gün ve saatte icraya başlanacağı bir parola ile duyurulmuştur. Esasen daha önce gerçekleştirilmesi planlanan darbe, çeşitli gelişmeler üzerine ertelenmiş ve nihayet 12 Eylül 1980'de yapılmıştır. Konumuz açısından bakıldığında, parola bildirilip askerler yerlerini almaya başladıklarında icra da başlamıştır.

istihbarat toplama, silâh tedariki, propaganda yapma gibi davranışlar hazırlık hareketi niteliğindedir²⁸⁴.

Gerçekleştirilen hareket, cebri nitelikte olsa dahi, maddede gösterilen neticelere yönelik olması gerekir. Eğer cebri davranış doğrudan neticelere yönelik değilse veya bu neticelere yönelik cebri hareketlerin ayrılmaz bir parçasını oluşturmuyorsa, gene icra hareketlerinin başladığından söz edilemez. Bu itibarla, anayasal düzene karşı gerçekleştirilecek kalkışmanın maddi kaynağını sağlamak üzere gerçekleştirilecek cebri hareketler; anayasal düzeni ortadan kaldırmayı mümkün kılacak bir ortam hazırlamak amacıyla gerçekleştirilen ama doğrudan neticeye yönelik olmayan cebri hareketler; neticeye yönelik daha sonra gerçekleştirilecek hareketlerle ayrılmaz bir bütün olmayan cebri hareketler icra hareketi niteliğinde değildir. Bu davranışların hemen hepsinin suç için anlaşma ve örgütlenmeye ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilebileceğine; aynı şekilde ayrıca niteliklerine uyan suç tiplerini de oluşturacaklarında şüphe yoktur.

Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, cebri nitelik taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya, bu

²⁸⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmek amacıyla silahlı örgüt kurulması yeterli olmayıp, kurulan örgütün amaç suçun işlenmesi doğrultusunda ülke genelinde bu amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte cebir ve şiddet içeren ve ağır suç teşkil eden icra hareketlerine girişmiş olması da gerekir.

Somut olayda sanığın, Anayasal düzeni yıkıp yerine teokratik esaslara dayalı bir devlet kurmak amacıyla oluşturup yönettiği örgütün silahlanması ve amaca yönelik vahim eylemler planlaması suça hazırlık hareketi niteliğinde olup icra hareketine dönüşmediği, bu aşamada eylemin Anayasa'yı ihlal suçunu oluşturmayacağı ancak, sanığın tamam olan ve esasen suç oluşturan eyleminin silahlı terör örgütü kurmak ve yönetmek suçunu oluşturup hukuki durumunun suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 168/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 314/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve tayin olunacak cezanın teşdiden uygulanması suretiyle lehe yasanın belirlenmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ... " bozma sebebi olarak kabul edilmiştir (Yargıtay 9.CD, 25.1.2010, 2009/11204, 2010/855).

düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye doğrudan doğruya elverişli hareketlerle yönelen eylemler, Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketi niteliğinde olacaktır.

c) İcra hareketlerinin elverişli olması

Anayasayı İhlâl Suçunun oluşması için teşebbüs aşamasına geçilmiş olması koşulunun bir gereği olarak, suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerektiğini ve bu suç açısından icra hareketleri kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyduktan sonra, teşebbüsün bir diğer önemli koşulu olan, icra hareketlerinin elverişli olmasının bu suç açısından ne anlama geldiğini tartışmak gerekir. 765 sayılı TCK m. 61’de, “vesaiti mahsusa” (elverişli araçlar) şeklinde ifade edilen bu unsur, 5237 sayılı TCK döneminde (m. 35), yerinde bir tercihle, “elverişli hareketler” olarak ifade edilmiştir²⁸⁵.

Her ne kadar, yapılan bu düzenlemeyle, 765 sayılı TCK dönemindeki bir takım tartışmaların önü alınmışsa da, elverişli hareket kavramının tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği konusunda tartışmalar sürmektedir²⁸⁶. Ülkemiz doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre bir icra hareketinin, maddede gösterilen kanuni unsurları gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı *ex ante* yani olay anındaki şartlar dikkate alınarak yapılmalıdır²⁸⁷.

²⁸⁵ 765 sayılı TCK döneminde, “vesaiti mahsusa” (elverişli araç) kriteri eleştirilmekte ve doğru olan kriterin “elverişli hareket” kriteri olduğu ifade edilmekteydi: **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, sh. 61; **Sözüer**, Suça Teşebbüs, sh. 192; **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, sh. 89; **İçel/Sokullu-Akıncı/Öğenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver**, sh. 324. Bu hususta ayrıca bkz: **Tozman**, sh. 59 vd.; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 467.

²⁸⁶ **Tozman**, sh. 59; **Hakeri**, Genel Hükümler, sh. 419 vd.; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 467.

²⁸⁷ **Koca/Üzülmez**, sh. 399; **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, sh. 92 vd; **Sözüer**, Suça Teşebbüs, sh. 187; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 463. Aksi yönde: **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 466. İtalyan doktrinde de *ex ante* değerlendirme yapılması gerektiği görüşü baskındır: **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 468; **Domenico Pulitanò**, Diritto Penale, 3. Basım, Giappichelli Editore, Torino, 2009, sh. 458; **Mantovani**, sh. 438.

Olay anındaki şartların, objektif olarak değerlendirilmesi, bu hususta kabul edilen temel prensip olmakla beraber, fail tarafından bilinen özel durumların da dikkate alınacağı kabul edilmektedir²⁸⁸.

Buna göre, somut olayda gerçekleştirilen hareketi değerlendiren hâkim, tarafsız bir gözlemci olarak, genel hayat tecrübeleri ve normal bir insanı ve hareketin yapıldığı andaki koşulları esas alarak bir değerlendirme yapacak, ancak bu değerlendirmeye, fail tarafından özel olarak bilinen hususları da katacaktır²⁸⁹. Yapılan inceleme sonucunda, failin hareketinin suçun konusu üzerinde objektif olarak tehlike yaratmamış olduğu anlaşılırsa, suça teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır²⁹⁰.

Bu bağlamda, doktrin²⁹¹ ve uygulamanın²⁹² da kabul ettiği üzere Anayasayı İhlâl Suçunun oluşması için, gerçekleştirilen icra hareketlerinin, maddede gösterilen neticeleri meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir.

²⁸⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 463; **Koca/Üzülmez**, sh. 399; **Sözüer**, Suça Teşebbüs, sh. 187; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 468.

²⁸⁹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, sh. 83; **Koca/Üzülmez**, sh. 398 – 399; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 468.

²⁹⁰ **Koca/Üzülmez**, sh. 398 – 399.

²⁹¹ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 106 – 107; **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 222; **Yaşar**, sh. 210.

²⁹² “TCK.nun 146. maddesinde, fiilin bu suçu oluşturmada bakımından gerekli ve zorunlu hareketlerin belirlenmediği, yalnızca “cebren teşebbüs edenler ” sözcüklerinin kullanılması ile yetinildiği görülmektedir. Bu durumda 146. maddedeki hareketin ne olduğunun “teşebbüs” deyiminden yararlanılarak maddede öngörülen belirli neticelere yönelmiş ve bu neticeleri yaratmaya elverişli icra hareketleri şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Bir fiilin 146. maddeyi ihlal ettiğinin kabul edilebilmesi için, kişinin somut eyleminin objektif neticeyi yaratmaya elverişliliğinin saptanması ve bunun için de failin hukuka aykırı fiilinin, kaldığı durumla, maddede öngörülmüş olan netice arasında nedensellik bağı bulunması gerekir. Nedensellik bağının düşünce açısından kurulabilmesi ise, somut fiilin hukuka aykırı neticeyi yaratabileceğinin saptanmasına bağlıdır.” (**Yargıtay 9. CD**, 30.9.1996, 688/4716); Ayrıca bkz: **Yargıtay CGK**, 27.5.1997, 9-102/127; **AYDK**, 10.1.1984, 5/2, **Gözübüyük**, s. 176 vd.; **Yargıtay 9. CD**, 12.5.1987, 739/2514, HT.

İcra hareketinin elverişliliği hususundaki karar, yukarıda ortaya koyduğumuz prensipler dairesinde, *ex ante* yapılacak bir değerlendirme neticesinde verilecektir.

Buna göre, Anayasayı İhlâl Suçu açısından, fail tarafından gerçekleştirilecek hareketlerin yapıldığı anda, ülkedeki mevcut durum dikkate alındığında, gerçekleştirilen hareketler ile anayasal düzene yönelik maddede gösterilen neticelerin gerçekleşmesi muhtemel ise, elverişlilik unsurunun mevcut olduğu söylenebilir. Bu değerlendirme yapılırken, failin bilgisi dahilinde olan bir takım özel hususlar da dikkate alınacaktır.

Söz konusu değerlendirmenin Anayasayı İhlâl Suçu açısından yapılması pek kolay değildir. Suçun konusunun özelliği, hangi hareketin ne zaman zarar neticesi doğurabileceğini tahlil etmeyi zorlaştırmaktadır. Bir ülkenin silâhlı kuvvetleri tarafından, emir komuta zinciri içinde gerçekleştirilen ve kuvvetlerin büyük kısmının dahil olduğu bir kalkışmanın, elverişli olmadığını söylemek pek mümkün değildir. Öte yandan, başkente konuşlanmış görece küçük bir askeri birliğin komutanı tarafından gerçekleştirilecek kalkışmaların veya başkente uzak yerlerdeki askeri kuvvetler tarafından icra edilecek kalkışmaların elverişli olup olmadıkları tartışılabilir.

İnceleme konumuz olan suç açısından yapılacak elverişlilik değerlendirmesi, failin elindeki güç, hareketin başlaması ile birlikte bu güce başka kuvvetlerin de katılımına olanak sağlayabilecek olan genel durum, güvenlik kuvvetlerinin muhtemel reaksiyonu gibi unsurlar dikkate alınmak suretiyle tayin edilmelidir.

Bu bağlamda, meselâ bir karakolun başında olan komiser ile görevli polis memurlarının, ülkedeki mevcut durumu kendilerince olumsuz bulup anayasal düzeni rafa kaldırdıklarını ilan ettikleri varsayımında, normal koşullar altında elverişli bir kalkışmadan söz edilemez. Ancak ülkenin iç karışıklıklar içinde bulunması, söz konusu polislerin ülke yönetimi için kritik sayılabilecek yerleri kontrol altına almaları gibi koşulların varlığı, ilk bakışta elverişli bir hareket gerçekleştiremeyecek gibi gözükken görece küçük bir kuvvetin bu suçu işlemesini muhtemel hale getirebilir.

Bu duruma, İkinci Dünya Savaşı sırasında, Hitler'e karşı yürütülen askeri darbe girişimi iyi bir örnektir²⁹³. Söz konusu örnekte, kendilerine bağlı ciddi bir askeri kuvvet bulunmayan, ancak kendileri kritik görevlerde bulunan ya da daha önceleri önemli pozisyonlarda görev yapmış bulunan bir grup elit, Hitler'e düzenlenecek suikastın ardından, başkentteki ihtiyat ordusu ile diğer birliklerin, mevcut olağanüstü hal düzenlemeleri harekete geçirilmek suretiyle kullanılmasını ve bu surette hızlı bir şekilde yönetimin devralınmasını amaçlıyordu. Bu kalkışma, Hitler'e karşı düzenlenen suikastın başarısız olması ve operasyon sırasındaki bir takım hatalardan ve aksiliklerden ötürü başarısız olmuştur. Her ne kadar, savaşı kaybetmekte olan bir ülkenin yönetimini devirmeyi amaçlasa da, söz konusu harekata girişen kişilerin ellerindeki silâh gücünün *ex ante* tahlili, yapılması düşünülen hareketin elverişsiz olduğu sonucunu doğurabilir. Ancak Almanya'nın o anda içinde bulunduğu savaş ortamı²⁹⁴, hareketin ilk anda başarıya

²⁹³ Bkz. yuk. dn. 282.

²⁹⁴ Anılan darbe girişiminin gerçekleştiği tarih olan 20 Temmuz 1944 tarihinde, Almanya bütün cephelerde gerilemeye başlamış, dahası müttefik kuvvetler 6 Haziran 1944'de Normandiya'dan büyük bir çıkarma gerçekleştirerek Alman kuvvetlerine karşı büyük bir

ulaşmasının ardından diğer askeri kuvvetlerin verebileceği destek²⁹⁵, harekete girişen grupta yer alan kişilerin ordu ve toplum üzerinde etkili olabilecek kişisel özellikleri²⁹⁶, Hitler'e düzenlenen suikastın başarıya ulaşması durumunda devlet mekanizmasının darbenin başarıya ulaşmasına yetecek kadar süreyle sahipsiz kalacak oluşu, bu süreç esnasında dezenformasyon ile suikastın asıl faili olarak mevcut devlet yönetimindeki karşıt güçlerin suçlanması gibi değerlendirmeye katılacak diğer hususlar, elverişlilik konusundaki değerlendirmeyi etkileyecek ve somut örnekteki kalkışmanın elverişli bir icra hareketi niteliğinde olduğunu ortaya koyacaktır²⁹⁷.

harekate girişmişti. Ayrıntılı inceleme için bkz: **Richard J. Evans**, *The Third Reich At War*, The Penguin Press, New York, 2009; **Shirer**, sh. 1014 vd.

²⁹⁵ Darbe planına göre, Hitler'e yapılacak suikastın ardından, başkentteki askeri kuvvetler, bir nevi olağanüstü hal düzenlemesi olan Walküre Planının kullanılması suretiyle, başkentte kritik görevlerde bulunan darbecilerin emrine girecekti. Bu şekilde başkent ele geçirilmiş olacaktı, bkz: **Heinemann**, sh. 838 vd. Darbecilerle doğrudan veya dolaylı şekilde bağlı olanlar dışındaki kuvvetlerin ise, bekle – gör yaklaşımıyla, darbenin gidişatına göre karar verdikleri ve bu surette başlangıçta az sayıda kuvveti temsil eden darbecilere katılmaları olasıdır. Gerçekte, darbeler çoğu kez azınlık kuvvetler vasıtasıyla başlayarak, ilk hareketin ardından ortaya çıkan belirsizlikten yararlanmayı amaçlar: **Edward Luttwak**, *Coup d'Etat A Practical Handbook*, Alfred A. Knopf Yayınevi, New York, 1969, sh. 49; **Gene Sharp/Bruce Jenkins**, *The Anti Coup*, The Albert Einstein Institution, 2003, sh. 3 vd.

²⁹⁶ Kreisau Grubu olarak bilinen bu grubun içinde farklı siyasi ve sosyal kökenlerden gelen, idealist ve aydın kişiler yer alıyordu. Söz konusu grup içinde yapılan tartışmalar, netice olarak, grup içinden kişiler tarafından yapılan 20 Temmuz 1944 kalkışmasına zemin teşkil etmiştir. Grup ismini, şu anda Polona sınırları içinde yer alan Kreisau'dan almaktadır. Grubun öncüleri arasında, Almanya'nın önemli aristokrat ailelerinden gelen Kont Helmut James von Moltke ve Kont Peter Yorck von Wartenburg yer alıyordu. Söz konusu grubun üyelerinin pek çoğu, darbe girişiminin ardından, bu girişime katılmış olup olmalarına bakılmaksızın yakalanmış ve infaz edilmişlerdir. 20 Temmuz Hareketini aktif olarak yürüten, Albay Claus von Stauffenberg de köklü bir Alman ailesinin mensubu ve bir savaş kahramanıydı. Darbenin diğer planlayıcıları da önemli Askeri kişiliklerdi.

²⁹⁷ Somut örnek ile ilgili olarak, yapılmış olan kalkışmanın, esasen gayri meşru bir iktidara karşı gerçekleştirilmiş olduğunu ve başarıya ulaşmış olması halinde muhtemelen İkinci Dünya Savaşının sona erişini hızlandıracaklarını ifade edelim. Bizim yapmakta olduğumuz değerlendirme yalnızca söz konusu hareketin, elverişlilik unsuru açısından tahlilini amaçlamaktadır.

Anayasayı İhlâl Suçu, çok failli suçlardan değildir. Ancak bu suçun belli bir sayı ve güce sahip olmayan kişilerce işlenebilmesi yani neticeye ulaşılabilmesi ihtimali oldukça düşüktür. Böyle bir ihtimalden ancak olağanüstü koşulların bir araya gelmesi halinde bahsedebiliriz. Ülkenin içinde bulunduğu ağır buhran durumunda, iktidarın yeterince tesis edilemediği, gücünün fazla olmadığı dönemlerde, bir başka ihtilalin sonrasında böyle bir ihtimalle karşılaşmak söz konusu olabilir.

Bu gibi hallerde, iktidar boşluğu sebebiyle ülke yönetimini görece güçsüz organizasyonlar da ele geçirebilir. Talat Aydemir tarafından yaklaşık bir yıl içinde iki defa darbe girişimi yapılması buna verilebilecek bir örnektir. Albay Aydemir de, ülkedeki silahlı kuvvetlerin büyük kısmına hakim olmadan darbe girişimini başlatmış, hatta hükümetin önemli bir kısmını tutsak edebilmiştir. Ancak bu darbe girişimi daha sonra bastırılmıştır. Söz konusu örnekte, darbe girişimi sırasında Aydemir'e bağlı olan kuvvetlerin bağlı olmayanlara kıyasla oldukça az olması, darbe girişiminin elverişsiz vasıtalarla yapıldığı anlamına gelmez. Darbe girişiminin belli bir aşama kaydederek kısmen de olsa başarıya ulaşması durumunda, bunlara başka kuvvetlerin de katılması ve nihai başarıya ulaşılması hiç de imkânsız değildir. Söz konusu olayı, suça teşebbüsün elverişlilik kriterine ilişkin prensipler açısından değerlendirirsek; hareketin başkentte başlaması, ülkenin bir cunta yönetiminden yeni çıkmış olması ve Silâhlı Kuvvetler içinde 27 Mayıs darbesi ile amaçlanan hedeflere ulaşamadığına inanan etkin yapılanmaların bulunması ve buna bir takım sivil odakların destek vermesi gibi koşullar, sayıca güçsüz kuvvetler tarafından yapılan darbe girişiminin sonuca ulaşmasını muhtemel kılmaktadır.

1961 yılında, Fransa'da yaşanan darbe girişimi, başkentten oldukça uzakta, o zamanlar Fransa toprağı olan Cezayir'de başlamıştır. Cezayir'deki kontrolü ele geçiren darbeci güçler, Fransa'da halkın Cumhurbaşkanı De Gaulle'ün çağrısına destek vermesi üzerine, ordunun diğer kesimlerinin desteğini alamamış ve Paris'te kontrolü sağlayamayarak başarısızlığa uğramıştır²⁹⁸.

Söz konusu darbe, her ne kadar başkentten oldukça uzakta başlamışsa da, buradaki kuvvetler Fransa'da yer alan kuvvetlerden daha güçlüydü. Ülke 1958 yılında, demokratik niteliğı tartışmalı bir referandumun ardından Beşinci Cumhuriyet'e geçmiş ancak düzen tam olarak sağlanamamıştı. Aynı dönemde Cezayir'in bağımsızlığı referandumu yapılmıştı. Tüm bu geçiş süreci, her ne kadar başkentten uzak bir noktada başlanmışsa da, hareketin elverişliliğine zemin sağlayan niteliktedir.

Elverişlilik açısından tartışılması gereken bir diğer önemli ihtimal, anayasal düzene yönelik eylemlerin, Devletin kendi kuvvetleri kullanılmadan gerçekleştirilmesidir. Bu ihtimalde, TCK m. 309'da gösterilen neticelere ulaşmayı amaçlayan örgütler veya topluluklar devletin güvenlik kuvvetlerini kullanmadan harekete geçmektedir. Bu ihtimalde, anayasal düzene yönelen eylemler gerçekleştirildiğinde, ülkenin iç durumu, elverişlilik unsuru açısından yapılacak değerlendirmede, önemli bir yer tutacaktır.

İç karışıklıklar içindeki bir ülkede, devlet kuvvetlerini kullanamayan yapılanmaların da elverişli bir kalkışma haline gelmeleri mümkündür. Keza, mevcut yapılanmanın üye sayısı, silah gücü gibi hususlar değerlendirildiğinde, gerçekleştirilen icra hareketlerinin başarıya ulaşmasını

²⁹⁸ Luttwak, sh. 102 vd.; Sharp/Jenkins, sh. 11 – 12.

muhtemel kılan bir tablo ortaya çıkıyorsa, elverişlilik unsurunun varlığından söz edilebilir.

Elbette, bu durumun tam tersi bir durum söz konusuysa, yani tamamen stabil bir siyasi ortam mevcutken, düzene karşı bir grup, silâhlı mücadeleye başlamışsa, gerçekleştirilen hareketlerin elverişli niteliği sahip olduklarını iddia etmek de güçleşecektir²⁹⁹.

Ülkemizde, Anayasayı İhlâl Suçunun tatbik edildiği olaylar incelendiğinde, uygulamanın büyük ölçüde bu şekilde gerçekleşen olaylara ilişkin olduğu görülecektir. Devletin kendi kuvvetleri kullanmadan gerçekleştirilen bu hareketlerin, elverişli sayılıp sayılamayacakları önemli bir tartışma konusudur. Zira, suçun konusunu anayasal düzen olarak tanımladıktan ve cebrin doğrudan esasen en büyük ve organize kuvvete sahip olan Devleti ve onun unsurlarını hedef aldığını belirttikten sonra, bu güce karşı elverişli bir cebrî hareketin mümkün olup olmadığı; eğer mümkünse, hangi andan itibaren bunun söz konusu olabileceği meselesine de çözüm bulmak gerekir.

²⁹⁹ "Sanıkların 12 Eylül 1980 hareketinden sonra dağıtılan ve tesirsiz hale getirilen THKP/C örgütünün yeniden canlanmasını, etkili hale gelmesinin sağlamak amacıyla bir araya gelerek kimlikleri tesbit edilemeyen başka kişilerle birlikte teşkilatlandıkları, silahlandıkları ve asıl gayelerinde Türkiye'de'ki Anayasal düzeni silahlı Halk Savaşı ile yıkıp, yerine komünist bir düzen kurmak olduğu ve bu "Gaye suçu" gerçekleştirmek için THKP/C Devrimci Direniş Ordusu adına verdikleri örgütü güçlendirme maksadı ile 11.8.1985 gecesi Ruşen KÖKTEN'in evine silahlı baskın yaparak adı geçen 276 bin lirasını gasp ettikleri sübuta ermiştir.

Sanıkların sabit olan eylemleri bu gasp olayından ibaret olup, öncelikle halli gereken sorun bu gasp eyleminin TCK.nun 146. maddesi kapsamına girip girmediğini saptamaktır.

Yukarıda açıklanan belirlemeler dahilinde incelendiğinde; tebliğnamede işaret olunduğu üzere **eylem, mahkemenin de kabul ettiği 12 Eylül 1980 sonrasında bu tür örgütlerin dağılıp etkisiz hale getirildiği dönemde, yeniden örgütlenmeye yardım amacına dayalı ve şahsa karşı işlenmiş olup, örgütsel bağlılık ve ülke genelindeki organik bütünlük yönünden vehamet taşımamakta ve toplumda etkinlik yaratacak bir niteliğide bulunmamaktadır. Bu itibarla gaye suçun gerçekleştirilmesine yönelik cebre dayalı icrai hareket olarak kabulü, bu gayeye ulaşmak tehlikesi doğurmaya yetersiz ve önemsiz bir eylem niteliği taşıması nedeniyle mümkün değildir.** Belirtilen nedenlerle mahkemenin, eylemin TCK.nun 146. maddesi kapsamına girdiği yolundaki kabulünde isabet görülmemiştir." (Yargıtay 9. CD, 12.5.1987, 739/2514, HT)

Bu gibi yapılanmaların, elverişli sayılmalarının güçlüğü, karşı karşıya oldukları kuvvetin gücünden kaynaklanmaktadır.

Devletin kendi kuvvetini yönlendiren veya kullanan siyasî iktidar ile güvenlik kuvvetleri içinde oluşan yapılanmalar tarafından anayasal düzene yönelik hareketlere girişilmesi, bir çekim kuvveti yaratarak, esasen söz konusu hareketin içinde olmayan kuvvetlerin de bu kalkışmaya katılmaları sonucunu doğurabilir. Zikrettiğimiz ihtimalin, devletin mevcut gücü kullanılmadan gerçekleştirilen anayasayı ihlâl hareketlerinde de söz konusu olması mümkündür. Ancak bunun gerçekleşmesi olasılığı, ilk örneğe nazaran daha düşüktür.

Öncelikle, Devletin kendi içinden kaynaklanan bir yapılanma tarafından girişilecek hareketler, gücü mevcut ülkede rakipsiz olan bir kuvveti en azından kısmen kullanma olanağına sahip olmaktadır. Mevcut güvenlik kuvvetlerinin belli bir kısmının destek verdiği hareketin, ülkenin güvenlik kuvvetlerinin en azından destek aldığı kadar gücünü etkisiz kıldığı açıktır. Buna, kalkışmanın başlamasından sonra bekleyerek, gidişata göre karar verecek güçler de eklenince; hele hele iç sorunlar yaşayan bir ülkede, güvenlik kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen kalkışmaların büyük bir ölçüde elverişli hareket tanımına uygun olacağı söylenebilir. Halbuki, mevcut devlet yönetiminde hiçbir etkisi olmayan, hatta büyük bir ihtimalle buna muhalif durumdaki bir hareketin elindeki gücün, anayasal düzene yönelik neticeleri meydana getirmeye elverişli olduğunu savunmak, ilk örnekteki kadar kolay değildir.

Ayrıca, devlet gücünün kullanımında söz sahibi olanlar tarafından gerçekleştirilen kalkışmalar, ciddi bir kaynak sorunu yaşamazlar. Zira, bu

güçler zaten ellerinde olan devletin olanaklarından faydalanmakta, kendilerine tevdi edilmiş bulunan silah ve sair mühimmatı kullanmaktadır. Bunlardan yoksun olan örgütlerin elverişli bir kalkışma için ciddi bir kaynak eksiklikleri olacağı şüphesizdir. Zaten bu sebeple, söz konusu amaçlara ulaşmak isteyen yapılanmalar, öncelikle kaynak sağlama maksatlı eylemlere girişmektedirler. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu türden eylemler öncelikle icra hareketi niteliği taşımazlar, bu nedenle de Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturmazlar.

Hemen belirtelim ki, Yargıtay ve Askeri Yargıtay uygulamaları ile Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturabilecek elverişli hareketlerin tayini açısından dar bir yorumun benimsendiği söylenemez³⁰⁰.

Son olarak hileli hareketler ile suçun işlenebilirliğini tartışmak icabeder. Hileli davranışların, tek başına Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturmaları mümkün değildir. Ancak hileli davranışlar, cebir ile birleşerek, cebrin

³⁰⁰ “Daire kararında sanıkların Anayasal düzeni zorla değiştirmeyi sağlayacak elverişli vasıtaya sahip olmadıkları ileri sürülmüştür. Suça teşebbüsün kabulü için aranan; (elverişli vasıtalarla zorlayıcı eylemlere) başlanıp başlanmadığı araştırılırken ve vasitanın elverişliliği takdir edilirken tek tek yapılan eylemlerle amaçlanan hedef arasında doğrudan doğruya bağ kurma yoluna gidilirse TCK. nun 146 ncı maddesinin hiç bir olaya uygulanamayacağı ortaya çıkar. Zira yurt savunmasıyla görevli Silahlı Kuvvetler ve sair güvenlik kuvvetlerini yok edecek veya tesirsiz hale getirecek derecede elverişli vasıtaya ve güce sahip olan silahlı çete kurulu düzeni yok edip, kendi otoritesini kabul ettireceğinden zaten cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Bu sebeple eylemlerin ve bu eylemlerde kullanılan vasıtaların yukarıda açıklanan TEHLİKEYİ doğuracak eylemin yapılmasına elverişli olup olmadığının takdiri yeterli kabul edilmiştir. TCK. nun 146 ncı maddesinin 1 inci fıkrası ve 3 üncü fıkrasının uygulamasında da sanığın suça vücut veren fiilin ağırlığı, halk üzerindeki etkisi ölçü olarak alınmaktadır. Silahlı çete militanlarından, çetenin amacı doğrultusunda adam öldürenin fiilinin ağırlığı, derecesi ve halk üzerindeki etkisi ile cana zarar vermeyecek şekilde banka kurşunlayanın fiilinin ağırlığı, derecesi ve halk üzerindeki etkisi farklı olacağından birinci eylem için maddenin birinci fıkrasının ikinci eylem ve benzerlerin için de maddenin üçüncü fıkrasının tatbiki uygun görülmektedir.” (AYDK, 25.3.1983, 70/73, **Gözübüyük**, s. 182 vd.). Alıntılanmış olduğumuz bu kararda, gerçekleştirilen cebri hareketlerin icra hareketi niteliğinde olup olmadığı tartışılmamıştır. Anılan karar öncelikle bu açıdan suç tipinin gereklerini yansıtmamaktadır. Nitekim **Yargıtay CGK** tarafından verilen 7.7.1998, 9-187/272 sayılı kararda da bu esas ifade edilmektedir.

elverişliliği açısından etkili olabilirler. Normalde elverişli olmayacak hareketler ile girişilen cebri hareketlerin, hileli bir takım yollar ile elverişli hale gelmesi mümkündür. Meselâ kitle iletişim araçları kullanılarak, toplum ve devletin diğer yetkili otoriteleri aslında olmayan bir olayın gerçekleştiğine inandırılabilir. Bunun neticesi olarak oluşan kaos, elverişli imkânlarla sahip olmayan kuvvetlerin, elverişli bir hareket gerçekleştirmelerine zemin hazırlayabilir. Cumhurbaşkanına, başbakana veya iktidar ve toplum için büyük önem taşıyan bir kimseye suikast yapıldığı haberinin yayılması ve akabinde şiddet hareketleri gerçekleştirilerek, normal şartlarda maddede gösterilen neticelere ulaşması mümkün olmayan kişilerin durumu örnek olarak gösterilebilir.

d) Gönüllü vazgeçme

(1) Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilirliği sorunu

TCK m. 36 uyarınca, *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ilişkin ceza ile cezalandırılır.”* Gönüllü vazgeçmeye ilişkin genel kuralı koyan bu düzenlemenin, bir kalkışma suçu olan Anayasayı İhlâl Suçuna uygulanıp uygulanamayacağını; eğer uygulanacaksa bunun nasıl olacağını tartışmak gerekir.

Kalkışma suçlarının oluşması için icra hareketlerinin gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve ayrıca TCK m. 35’in uygulanmaması karşısında, bu suçlar açısından gönüllü vazgeçmenin mümkün olup olmadığına tereddüt

edilebilir. Nitekim, doktrinde kalkışma suçlarına gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürülmüştür³⁰¹.

Anayasayı İhlâl Suçu maddede gösterilen neticelere, cebir ve şiddet kullanarak teşebbüs edilmesi ile oluşmaktadır. Ancak daha evvel belirttiğimiz üzere, suçun tamamlanması için neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanunkoyucu, suçu bir kalkışma suçu olarak düzenleyerek, icra hareketlerinin netice gerçekleşmiş gibi cezalandırılmasını öngörmektedir.

Öte yandan, bu durum, netice gerçekleşmeden evvel, failin icra hareketlerinden vazgeçmesinin teşvik edilmesine engel teşkil etmemelidir. Gönüllü vazgeçmenin teorik temeli incelendiğinde, gerek failin suç yolunda geri dönme imkânına sahip olması, gerekse teşebbüs aşamasında suçun tamamlanmasından vazgeçilmesinin ödüllendirilmesi şeklindeki dayanaklar³⁰², Anayasayı İhlâl Suçu açısından da aynen geçerli olmalıdır. Gönüllü vazgeçme kurumunun, suç politikasına dayanan ve temelde suçtan doğan zararın azaltılmasını amaçlayan niteliği dikkate alındığında, Anayasayı İhlâl Suçu açısından uygulanmamasını gerektiren bir gerekçe ileri sürmek güçtür. Bu bağlamda, anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet hareketlerinin işlenmesinin ardından, anayasal düzen zarar görmeden suçun icrasından vazgeçenlerin, yalnızca bu suç kalkışma suçu olarak düzenlendiği için gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacağının kabul edilmesi yerinde değildir.

³⁰¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, sh. 253.

³⁰² Gönüllü vazgeçmenin teorik dayanakları için bkz: Sözüer, Teşebbüs, sh. 238 – 239; Koca/Üzülmez, sh. 408 – 410; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 472 - 473; Demirbaş, sh. 429 vd; Hüseyin Acar, Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, sh. 43 vd.

Öte yandan, her ne kadar Anayasayı İhlâl Suçu çok failli bir suç olarak düzenlenmemişse de, bu suç tipinin tek bir fail tarafından işlenmesinin muhtemel olmadığı açıktır. Yani, bu suç silahlı örgüt tarafından işlenmesi bile, yüksek ihtimalle iştirak halinde hareket eden birden çok fail tarafından işlenecektir. Kalkışma suçlarında gönüllü vazgeçmenin mümkün olmadığını kabul etmek, şeriklerin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanma ihtimallerinin de ortadan kaldırılması (TCK m. 41) anlamına gelir. Böyle bir kabul suçun tamamlanmasının engellenmesi için söz konusu olabilecek önemli bir yolu kapatmaktadır.

Kalkışma suçlarında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanamayacağı görüşü ise, “bizatihi teşebbüs halinin yaptırıma bağlanması” gerekçesine dayandırılmaktadır³⁰³. Yukarıda da çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere, bir suç tipinin kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin, esasen teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılması öngörülen alanı genişletmediği düşüncesindeyiz. Bu şekildeki düzenlemeler ile ancak yaptırım açısından, teşebbüsü düzenleyen TCK m. 35 ile öngörülen ceza indiriminin uygulanmaması temin edilmektedir. Bahis konusu suç tipleri, esasen, suça teşebbüse ilişkin temel kurallar ile birlikte değerlendirilecektir. Bu bağlamda, her ne kadar icra hareketlerine başlanmasıyla kanuni tipte suçun oluşması için gösterilen koşullar gerçekleşmekteyse de, icra hareketleri bitmemekte ve zarar neticesi meydana gelmemektedir. Hal böyle iken, devam etmekte olan icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmek isteyen veya suçun neticelerinin gerçekleşmesini engelleyen failin, bu hareketlerinin göz ardı

³⁰³ Artuk/Gökcan/Yenidünya, sh. 253.

edilerek cezalandırılması, en başta gönüllü vazgeçme kuralının gerekçesi olan suç politikası ilkelerine ters düşmektedir.

Anayasayı İhlâl Suçunun cezalandırılan hazırlık hareketlerinden olan Suç İçin Anlaşma Suçu (TCK m. 316) açısından öngörülen, *“amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmez”* (TCK m. 316/2) şeklindeki düzenleme yukarıdaki görüşümüze karşı bir dayanak olarak gösterilebilir. Zira anılan düzenleme kapsamında, anayasayı ihlâlâ yönelen icra hareketlerine ön gelen hazırlık hareketlerinden vazgeçilebilmesi dahi, TCK m. 36’da öngörülenden farklı koşullara tâbi kılınmıştır. Aynı görüşe, Silâhlı Örgüt Suçu da (TCK m. 314) örnek gösterilebilir. Silâhlı Örgüt Suçu açısından da, örgüt üyelerinin ancak TCK m. 221’de düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkündür.

Ancak bu ihtimalde de Anayasayı İhlâl Suçu açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasına engel bir durumun bulunmadığı kanısındayız. Öncelikle Anayasayı İhlâl Suçunun işlenmesi için cezalandırılan hazırlık hareketlerinin her birinin gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Öte yandan, Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketlerine, bu suçların da işlenerek başlandığı ihtimallerde dahi gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir hal söz konusu değildir. Zira, söz konusu hazırlık hareketleri, kanunkoyucunun özel olarak tehlikeli gördüğü ve bu nedenle ayrı suç olarak düzenlediği eylemlerdir. Anayasayı İhlâl Suçunun yegâne hazırlık hareketlerinin bu fiiller olmadığı³⁰⁴ dikkate alındığında, bu suç tipleri açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin ya hiç uygulanamaması ya da

³⁰⁴ Özek, Silâhlı Çete, sh. 364.

özel düzenlemeler çerçevesinde uygulanabilmesi ile Anayasayı İhlâl Suçu açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorunları birbirinden bağımsızdır. Öte yandan, silâhlı çete kurulduğu anda bu suç tamamlanmaktadır³⁰⁵. Yani, esasen tamamlanmamış olan Anayasayı İhlâl Suçuna nazaran bir nitelik farkı da mevcuttur.

(2) Gönüllü vazgeçme hükümlerinin Anayasayı İhlâl Suçuna tatbiki

Anayasayı İhlâl Suçu açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilirliğini bu şekilde ortaya koyduktan sonra, söz konusu kuralların bu suç açısından nasıl uygulanacağını değerlendirmek gerekir.

Öncelikle, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi suçun tamamlanmamış olmasına bağlıdır. *“Gönüllü vazgeçme, ancak teşebbüsün mümkün olduğu safhalarda gerçekleşebilir”*³⁰⁶. Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketlerine başlanması ile tamamlanmasının farklı anlarda söz konusu olduğunu yukarıda izah etmiştik. Bu bağlamda, Anayasayı İhlâl Suçu açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçun kanuni tipinde gösterilen neticelerin, somut olayda ortaya çıkmamış olması gerekmektedir. Gönüllü vazgeçme hükümleri, söz konusu neticeler ortaya çıktıktan sonra ancak suçun şerikleri açısından; bunların bütün gayretlerine rağmen suçun işlenmesi durumunda uygulanabilecektir (TCK m. 41/2(b)). Dolayısıyla, suç tamamlandıktan sonra fiilin işlenmeye devam edilmemesi, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması için yeterli değildir³⁰⁷.

TCK m. 41/2(b)’de yer alan suçun “gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması” ibaresinde yer alan “suçun işlenmiş olması”,

³⁰⁵ Özek, Silâhlı Çete, sh. 358.

³⁰⁶ Koca/Üzülmez, sh. 410.

³⁰⁷ Acar, sh. 62.

Anayasayı İhlâl Suçu açısından da suçun neticelerinin ortaya çıkmış olması şeklinde anlaşılmalıdır. Bu sonuca, gönüllü vazgeçme kurumunun temelinde yatan suç siyaseti ilkelerini dikkate alarak ve Anayasayı İhlâl Suçu açısından bu ilkelerden sapılmasını öngören bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle varıyoruz.

Anayasayı İhlâl Suçuna iştirakten vazgeçen şerik, suçun neticesi ortaya çıkarsa, yalnızca vazgeçme beyanı ile sorumluluktan kurtulamaz (TCK m. 41/2(b)). Suçun tamamlanmasının ardından gönüllü vazgeçmeden yararlanılabilmesi ise ancak netice vazgeçenin bütün gayretine rağmen gerçekleşmiş ise mümkündür. Maddede gösterilen neticelere yönelik icra hareketleri başladıktan sonra gönüllü vazgeçen şerikler ise, neticenin meydana gelmemesi durumunda, Anayasayı İhlâl Suçundan dolayı sorumlu olmayacaklardır (TCK m. 41/2(a)). Ancak her iki ihtimalde de, gönüllü vazgeçen şerikin suçun neticelerinin ortaya çıkmaması için gayret göstermiş olması gerekmektedir³⁰⁸.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, anayasal düzene yönelik icra hareketlerinin başlamasından neticenin ortaya çıkmasına kadarki zaman dilimi içerisinde, suçun icrasından vazgeçerek, neticenin oluşmaması için de gayret gösteren faillerin gönüllü vazgeçen olarak kabul edilmeleri mümkündür.

Bu noktada suçun neticesi ortaya çıktıktan sonra gönüllü vazgeçmenin artık söz konusu olamayacağını hatırlatmak gerekir. Bu bağlamda, anayasal düzenin yeniden tesisi için gerekli adımların atılması, meselâ anayasal düzenin yıkılması yönünde eylemler gerçekleştirdikten sonra yıkılan

³⁰⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: **Koca/Üzülmez**, sh. 496; **Acar**, sh. 55 vd.

düzenin taraftarlarıyla birlik olunarak karşı darbeye katılınması gibi haller gönüllü vazgeçme teşkil etmez. Bu ihtimallerde artık netice gerçekleşmiştir.

Konu Anayasayı İhlâl Suçunun mütemadi suç olduğu yönündeki görüşümüz açısından da değerlendirilmelidir³⁰⁹. Bu görüşümüz çerçevesinde, Anayasayı İhlâl Suçu açısından suçun tamamlanması ve bitmesi farklı anlarda söz konusu olmaktadır. Netice gerçekleştiğinde suç tamamlanmış ama bitmemiştir. Mütemadi suça teşebbüse ilişkin kurallar dikkate alındığında, suç tamamlandıktan sonra artık suça teşebbüse ilişkin hükümler uygulanmayacaktır³¹⁰. Dolayısıyla tamamlanma anından sonra gönüllü vazgeçme de olmaz. Etkin pişmanlık olarak değerlendirilebilecek bu gibi haller Anayasayı İhlâl Suçunun failleri açısından bir sonuç doğurmayacaktır. Anayasayı İhlâl Suçunun da aralarında bulunduğu bir takım suçları işlemek için anlaşmak fiilinden vazgeçilmesini bir cezasızlık sebebi olarak kabul eden hükmün (TCK m. 316/2) amaç suçun neticeleri gerçekleştikten sonra bir sonuç doğurmayacağını da ifade etmek gerekir. Öte yandan, oldukça ağır olan bu neticelerin ortadan kalkmasına yardımcı olan faillerin yararlanabilecekleri bir etkin pişmanlık düzenlemesinin yapılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

Gönüllü vazgeçen failin vazgeçme anına kadarki fiillerinin farklı bir suç oluşturması durumunda o suça ilişkin ceza uygulanacaktır. Buna göre, anayasal düzene yönelik cebir ve şiddet hareketleri ile icraya başlandıktan sonra, henüz maddede öngörülen neticeler gerçekleşmeden suçun icrasından vazgeçen failler, bu suçu işlemek için kurulan bir silâhlı örgütün (TCK m. 314) mensubu iseler veya bu suçun işlenmesi için anlaşmışlarsa (TCK m. 316)

³⁰⁹ Bkz. yuk. **İkinci Bölüm II.D.1(e)**

³¹⁰ **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 471 – 472.

bu suçlardan dolayı sorumlulukları devam edecektir. Aynı şekilde bu suçun işlenmesi için silâh sağlamak (TCK m. 315) fiilini gerçekleştiren vazgeçen, Anayasayı İhlâl Suçundan olmasa da bu fiilinden dolayı ceza alacaktır. TCK m. 309/2 uyarınca, gönüllü vazgeçen, anayasayı ihlâl neticesine ulaşmak için işlediği diğer suçlardan dolayı da sorumlu olmaya devam edecektir.

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için failin neticeyi gerçekleştirebilecek durumda olması ve buna rağmen vazgeçmesi koşulu da³¹¹ Anayasayı İhlâl Suçu açısından değerlendirilmelidir. Genellikle çok sayıda failin katılımının söz konusu olduğu bu suçun işlenmesinden, kalkışma akamete uğradıktan sonra vazgeçilmesi gönüllü vazgeçme teşkil etmez. Bir başka ifadeyle fail neticeyi gerçekleştirme imkânını kaybettikten sonra suçun icrasından vazgeçerse bu durum gönüllü vazgeçme niteliğinde değildir.

E. Netice

1. Genel Olarak

Anayasayı İhlâl Suçunun bir kalkışma suçu olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Suçun teşebbüs aşamasına gelinmekle, tamamlanmış gibi ceza verilmesi, bir ceza siyaseti tercihidir³¹². Kanunkoyucu, bu suçu bir kalkışma suçu şeklinde düzenleyerek, suç tipinde öngörülen neticelere teşebbüs edilmesi halinde de suçun tamamlanmış halinin cezasının uygulanmasını sağlamak istemiştir. Bu tercihin altında yatan gerekçeler, korunan hukuki değere verilen önem ve bu değere yönelen eylemlerin daha etkin bir şekilde önlenmesi, suçun neticelerinin gerçekleşmesi durumunda failerin

³¹¹ **Demirbaş**, sh. 431.

³¹² **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 104; **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 126 vd.

cezalandırılmalarının güçlüğü ve bu suça yönelik icra hareketlerinin doğurduğu zarar ve tehlikenin başlı başına en sert şekilde yaptırıma bağlanmasının gerekli görülmesi şeklinde ortaya konulabilir.

Suçun kalkışma suçu şeklinde düzenlenmiş olması, kanuni tipte bir takım neticelerin gösterilmiş olduğu gerçeğini değiştirmez³¹³. Söz konusu suçun neticesiz olduğu yönündeki anlayış genellikle bu suçun neticelerinin ortaya çıkması durumunda cezalandırmanın olanaksız olduğu yönündeki düşünceye dayanmaktadır. Öncelikle bu görüşün aksini gösteren örnekler mevcuttur³¹⁴. Buna ek olarak, suçun neticeli olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin failerin cezalandırılabilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi çerçevesinde yapılması çelişkilidir. Zira failin fiilinden ötürü yargılanıp cezalandırılabilmesinin fiilen mümkün olup olmadığı hukuk dışı bir konudur³¹⁵. Bir an için, Anayasayı İhlâl Suçunun faillerinin gerçekten de cezalandırılmalarının fiilen imkânsız olduğu kabul edilecek olsa dahi, bu mesele her hâlükârda suçun bir neticesinin olup olmadığına ilişkin yapılacak hukuki değerlendirmede varılacak sonucu etkileyen bir husus değildir.

Suçun neticeli suçlardan mı olduğu meselesi, suç tipi dikkate alınarak çözümlmelidir. Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin düzenleme, maddede gösterilen neticeler gerçekleşmese bile, bunlara yönelik icra hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir. İcra hareketlerinin suç tamamlanmış gibi cezalandırılıyor oluşu, maddedeki neticelerin suç tipi açısından bir anlamı

³¹³ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 125, 151; **Erem/Toroslu**, sh. 65.

³¹⁴ Yunanistan, Şili, Arjantin gibi ülkelerde darbe ile işbaşına gelen yönetimler, iktidarlarını kaybettikten sonra yargı önüne çıkarak hesap vermişlerdir. Bu örneklerle uzunca bir aradan sonra da olsa yargı önüne çıkan 12 Eylül Darbesinin faillerini de eklemek mümkündür. Söz konusu yargılamanın sonucu ne olursa olsun, yargılama sürecinin başlamış olması bile, fiili imkansızlık teorisinin yerinde olmadığını ortaya koymaktadır.

³¹⁵ **Erem/Toroslu**, sh. 66 - 67; **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 126.

olmadığı kanaatini uyandırmamalıdır. Bahis konusu suç tipinde de bir takım neticeler tanımlanmıştır. Yani bunlar kanuni tarifte yer alan neticelerdir³¹⁶.

Tehlike suçu şeklinde yapılan birçok düzenlemede sadece yasak edilen eylem tanımlanmakta ve bunların eylemlerin gerçekleştirilmesi durumu, herhangi bir neticeyle irtibatlandırılmadan cezalandırılmaktadır. Anayasayı İhlâl Suçu ise maddede gösterilen neticelere yönelik icra hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir. Yani hangi icra hareketi teşkil eden cebir ve şiddet kullanımının bu suçu oluşturacağı, yöneldikleri neticeye göre belirlenecektir.

Yukarıda da değerlendirdiğimiz üzere, Anayasayı İhlâl Suçunun bir tehlike suçu olmadığını düşünüyoruz³¹⁷. Esasen, suçun bir kalkışma suçu olarak düzenlenmiş olması, suç tipinin belli bir takım neticelere sahip olduğunu gösteren önemli bir kanıttır. Zira, kalkışma suçu olarak düzenlenen bir suç tipi, belli bir neticeye yönelen icra hareketlerinin suçun tamamlanması halinde öngörülen ceza ile karşılanmasını öngörür³¹⁸. Gerçekten de, maddede gösterilen neticeler dikkate alınmaksızın icra hareketlerinin elverişli olup

³¹⁶ Bu bağlamda ceza hukuku açısından hangi neticelerin önem taşıdığını değerlendiren Özgenç, ceza hukuku açısından önem taşıyanın kanuni tarifteki netice olduğunu ifade etmekte ve suç tipinde yer almayan neticelerin ceza hukuku açısından bir önemi olmadığını kabul etmektedir (bkz: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 231 dn. 307). Bu görüş çerçevesinde değerlendirildiğinde de, Anayasayı İhlâl Suçunun kanuni tarifinde bir takım neticelerin gösterilmiş olduğu ve bu bağlamda suçun neticeli sayılmasının anılan yaklaşımla da ters düşmediği kanısındayız. Zira suçun kanuni tipinde gösterilen netice gerçekleşmeden suçun tam cezasının uygulanması, bir an için suçun oluşması açısından neticelerin dikkate alınmasına gerek olmadığı yorumunu doğurabilecekse de, zamanaşımının işlemeye başlaması, suçun icrasına başlanıp başlanmadığının tespiti için bunların yöneldiği neticelerin dikkate alınması gibi ihtimaller bu düşüncüyü dışlamaktadır. Neticeler, suçun manevi unsurları kısmında tartışacağımız üzere kast unsuru açısından da önemlidir.

³¹⁷ Bkz. yuk. **İkinci Bölüm II.D.1.(d)**. Ayrıca bkz: **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 103 vd.

³¹⁸ **Erem/Toroslu**, sh. 65.

olmadığına ilişkin değerlendirme yapılması da mümkün olmayacaktır³¹⁹. Bu yaklaşımın, zarar suçlarının, tipe uygun hareketle, hareketin konusunun zarara uğratılması şeklindeki tanıma da³²⁰ aykırı olmadığı, zira TCK m. 309'da da hareketin konusunun zarara uğratılması ihtimalinin bertaraf edilmemiş olduğu kanısındayız.

Bu noktada, Anayasayı İhlâl Suçunun, birden fazla hareketin bir arada gerçekleştirilmesinin arandığı “çok hareketli suç”lardan³²¹ olup olmadığı ihtimalini de değerlendirmek gerekir. İnceleme konumuz olan suçun çok hareketli suç sayılıp sayılmayacağının tespiti için, öncelikle maddede yer alan unsurlardan hangilerinin hareket niteliğinde olduğunu ortaya koymak gerekir. “Cebir ve şiddet” kullanmak şeklinde ifade edilen unsurun hareket olduğunda şüphe yoktur. Bu durumda tartışılması gereken, maddede gösterilen ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzene ilişkin kısmın hareket mi, yoksa netice mi olduğudur.

Yukarıda da izah etmeye çalıştığımız gibi Anayasayı İhlâl Suçunda failin cebir ve şiddet hareketleri bir neticeye yönelmektedir. Bu netice, anayasal düzen üzerinde meydana gelecek değişikliktir. Bu değişikliğin kendi kendine olması ya da hukuka uygun şekilde tecelli etmesi ceza hukukunu ilgilendirmemekte ancak bu neticeye “cebir ve şiddet kullanmak” şeklindeki hukuka aykırı yöntemle varılmaya teşebbüs edilmesi suç oluşturmaktadır³²².

³¹⁹ Nitekim Özgenç, hareketin elverişliliği meselesini tartışırken, “309. madde kapsamında mütalaa edilen icrai hareketler, güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Neticeyi doğurmaya elverişli olmayan bir hareket 309. madde kapsamında bir fiil sayılamaz” diyerek kanaatimizce bu duruma işaret etmektedir, bkz: **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 222.

³²⁰ **Koca/Üzülmez**, sh. 110.

³²¹ Kavram için bkz: **Koca/Üzülmez**, sh. 113; **Koca**, Yağma Cürümleri, sh. 25 vd; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 164; **Artuk/Gökcen/Yenidünya**, Genel Hükümler, sh. 235 vd.

³²² **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 217 vd.

Bu bağlamda, cebir ve şiddet kullanan faillerin amacı mevcut anayasal düzende bir değişikliği temin etmektir. Bu değişiklik faillerin cebri davranışlarının bir sonucu olarak ortaya çıkacaktır. Ancak söz konusu değişikliğin failler tarafından gerçekleştirilmesi de şart değildir. Meselâ TBMM üzerinde cebir uygulanarak, Anayasa'nın değiştirilmesinin temini böyle bir durumdur.

Açıklamalarımız ışığında, maddede gösterilen anayasal düzendeki değişikliğe ilişkin unsurların suçun neticesi olduğunu sonucuna varıyoruz. Söz konusu haller, suçu çok hareketli suç haline getiren hareketler değildir.

Suçun neticeli bir suç olarak kabulünün sonucu olarak, zamanaşımı icrai hareketin yapıldığı anda değil, bu hareketin sonlandırılarak neticenin bittiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Öte yandan, Anayasayı İhlâl Suçunun neticeli bir suç olmadığı, zira suçun kanuni tanımında herhangi bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı görüşü de doktrinde ve uygulamada ağırlıkla kabul edilmektedir. Maddede bizim netice olarak kabul ettiğimiz unsurların amaca işaret ettiği, maddede yer alan hareketlerin işlenmesiyle suçun tamamlandığı ve suç teorisi açısından herhangi bir neticenin gerçekleşmesinin gerekli olmadığı yönündeki hakim görüş de göz ardı edilemez. Bu görüşe göre Anayasayı İhlâl Suçu, maddede gösterilen hareketin işlenmesiyle tamamlanan bir tehlike suçudur.

Biz görüşümüzü suç tanımında yer alan anayasal düzenin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi ve fiilen uygulanmasının önlenmesi şeklindeki unsurların netice olduğuna ve bu neticelerin gerçekleşmesinin de mümkün

olduğuna dayandırıyoruz. Görüşümüze göre bu neticeler gerçekleşebilir ve bunun da bir takım sonuçları vardır.

Aksi görüşe göre suçun, sırf hareket suçu şeklinde düzenlenmiş bir tehlike suçu olduğunu kabul etmek mümkündür. Bu görüşe göre suçun oluşması için bu unsurların gerçekleşmesine gerek yoksa, bunların artık netice olarak tanımlanmalarının da mümkün olmadığını kabul etmek gerekecektir.

Kanımızca suçun teorik temeli konusunda kabul ettiğimiz görüş ile aksi görüş arasında, varılacak sonuçlar açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Bu itibarla, öncelikle suçun oluşması için cebir ve şiddet niteliğini taşıyan fiiller gerçekleştirilmeli ve bu fiiller anayasal düzenin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya fiilen uygulanmasının önlenmesine yönelik elverişli icra hareketi vasfında olmalıdır.

2. Maddede Gösterilen Neticeler

Anayasayı İhlâl Suçunun kalkışma suçu şeklinde düzenlenmiş olmasının suç tipinde bir takım neticelere yer verildiğı gerçeğini ortadan kaldırmadığını kabul ettikten sonra, söz konusu neticelerin ne olduğunu değerlendirmek gerekir. Anayasayı İhlâl Suçunun neticeleri, suç tipinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmek ya da bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemek şeklinde gösterilmiştir. Teşebbüs aşamasına geçildiğinin kabul edilebilmesi için gerekli olan icra hareketleri de, maddede gösterilen bu neticelere yönelik olarak ika edilmiş olmalıdır. Cebir ve şiddetin başka maddelerde tanımlanan neticelere ulaşmak için gerçekleştirilmesi veya hiçbir amaca dayanmaması tabiidir ki bu suçu oluşturmaz.

Söz konusu neticeler, cebir ve şiddet kullanılarak anayasal düzene yönelen icra hareketlerinin sebep olabileceği her türlü sonucu kapsar şekilde belirlenmiştir. Bunun anlamı sayılan neticelerin kapsamı dışında kalan bir sonucun olmadığıdır.

Maddede gösterilen neticeler aynı zamanda failin maksadına işaret etmektedir³²³. Cebir ve şiddet hareketleri, sayılan bu neticeleri gerçekleştirmek maksadıyla işlenmelidir³²⁴.

Aynı anayasayı ihlâl maksadıyla gerçekleştirilen hareketlerin sonucunda, maddede sayılan neticelerin birden çoğu gerçekleşebilir. Meselâ gerçekleştirilen cebir ve şiddet hareketlerinin sonucunda önce anayasal düzenin uygulanmasının fiilen engellemesi, ardından ise bu düzenin ortadan kaldırılması söz konusu olabilir. Bu ihtimalde de ortada tek suç vardır.

a) Anayasanın öngördüğü düzenin ortadan kaldırılması

“Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzenin ortadan kaldırılması” ile mevcut anayasal düzenin ortadan kaldırılması kastedilmektedir. 765 sayılı TCK m. 146’da Anayasanın ilgası olarak gösterilen bu netice, Anayasa düzenine dahil bir prensibin, müessesenin ortadan kaldırılmasını ifade etmekteydi. Bu ihtimalde anayasal düzenin kaldırılan unsurunun yerine yenisi konulmamaktadır³²⁵. Seçimde temsile dayanan sistemin ilga edilmesi ve sistemin temsilsiz, temsile dayanmayan bir sisteme dönüşmesi bu duruma örnek olarak gösterilmektedir³²⁶. Öte yandan, temsile dayanan düzenin alternatifinin temsile dayanmayan düzen olduğu

³²³ Ayrıca bkz. aş. **İkinci Bölüm III.B.1**

³²⁴ **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 228; **Erem/Toroslu**, sh. 67; **Erem**, 1993, sh. 1066.

³²⁵ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 127 – 128; **Erem/Toroslu**, sh. 67.

³²⁶ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 128.

dolayısıyla bu örneğin ilga değil de tebdil kavramına yakın olduğu ileri sürülebilir.

Söz konusu örnek parlamentonun feshedilmesi şeklinde tezahür ederse bu durumda TCK m. 311’de gösterilen suç oluşur. Bu iki ihtimal arasında farklı olan husus, 309. maddenin anayasal düzen ve prensiplere ilişkin oluşudur. Yani anayasal düzene değil de, seçilmiş bulunan mevcut parlamentoya yönelen ve bunun feshedilerek yeni bir seçim yapılmasını temin eden cebir hareketleri, TCK m. 311 kapsamında kalacaktır. Gerçi bu ihtimalde de anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi söz konusudur, fakat kanunkoyucu bu ihtimali ayrıca bir suç olarak düzenlemiştir.

Anayasanın öngördüğü düzenin ortadan kaldırılması, “veya” bağlacı ile kendinden ayrılan “anayasanın öngördüğü düzenin yerine başka bir düzen getirilmesi” halinden biraz daha farklıdır. Aşağıda değerlendireceğimiz gibi, yeni bir düzenin getirilmesi halinde esasen eski düzen de ortadan kaldırılmaktadır. Bu durumda bu iki netice arasında bir öncelik sonralık ilişkisinin daima bulunup bulunmadığı sorusu sorulabilir. Bu soruya verilecek cevap, yeni bir anayasal düzen getirilmesi halinde bu düzenin doğal olarak eski düzeni de ortadan kaldıracağı, dolayısıyla sorunun bu ihtimal açısından haklı olduğu şeklinde olacaktır. Öte yandan anayasal düzenin belli bir prensibinin, yeri doldurulmadan ortadan kaldırılması da mümkündür.

Ayrıca TCK m. 309, anayasal düzenin ülkenin tamamında veya bir kısmında ihlâl edilmesi durumuna açıklık getirmemektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, TCK m. 302 ile TCK m. 309, birbirinden farklı konulara ilişkin suç tipleridir. Her ne kadar, TCK m. 302 ile ülkenin toprak unsuru TCK m. 309

ile ise anayasal düzeni, yani kuruluşunun meşruiyeti korunmaktaysa ve bu iki unsur da devletin temel unsurlarına işaret etmekteyse de, TCK m. 309'un faillerinin ülkenin toprak bütünlüğüne ilişkin bir maksatları bulunmamaktadır. Ancak, anayasal düzene yönelen cebir eylemlerinin failleri, ülkenin belli bir kısmının egemenliğini ele geçirmiş olabilirler. Eğer bu durumda, söz konusu bölgenin bağımsızlık ilan etmesi gibi bir durum söz konusu olmamışsa, bu takdirde neticenin gerçekleştiği yani ülkenin bir kısmında anayasal düzenin ortadan kaldırıldığı söylenebilir.

Maddede netice olarak gösterilen üç farklı ihtimal arasındaki ayırım bu gibi nüanslar dikkate alınarak ortaya konulabilir.

Bu açıklamalarımız bağlamında, anayasal düzenin ortadan kaldırılması, bu düzenin tamamının veya esaslı unsurlarının ilga edilmesi şeklinde söz konusu olur. Bu durumda anayasal düzeni ortadan kaldıranlar, kendi yönetimlerinin tek hakim olduğu ve anayasal düzeydeki kuralları koyduğu bir düzen kurmaktadır.

b) Anayasanın öngördüğü düzenin yerine başka bir düzen getirilmesi

Maddede öngörülmüş olan bir diğer netice, anayasanın öngördüğü düzenin yerine başka bir düzen getirilmesidir. 765 sayılı TCK m. 146'da tebdil olarak ifade edilen bu durum, mevcut düzenin yerine daha farklı temel prensiplere dayanan yeni bir düzen getirilmesidir³²⁷.

Yukarıda da tartıştığımız gibi, anayasal düzenin ortadan kaldırılması ile bu düzen yerine başka bir düzen getirilmesi kimi zaman iç içe geçer, yani birbirini takip eder. 12 Eylül Darbesinin ardından kurulan Milli Güvenlik Konseyi Rejimi, 1961 Anayasasını ortadan kaldırmış, ancak bu düzen yerine

³²⁷ Özek, Siyasî İktidar, sh. 127; Erem/Toroslu, sh. 67

başka bir düzen getirmemiştir. 1982 Anayasası da, tartışmaya açık olmakla birlikte, esasen 1961 Anayasası tarafından öngörülen parlamenter sistemi sürdürmüştür.

Anayasanın öngördüğü düzen yerine başka bir düzen getirilmesinden anlaşılan, meselâ temsile dayanan demokratik bir cumhuriyet yerine monarşik düzen kurulmasıdır. Bu ihtimalde cebren yapılan bu değişiklik sonucunda daha modern, daha yenilikçi bir düzenin getirilmiş olmasının da bir önemi yoktur. Keza önceki sistemin tıkanıdığı, verimsiz olduğu gibi gerekçeler de, yeni bir düzenin cebren getirilmesini haklı çıkarmaz.

c) Anayasanın öngördüğü düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi

TCK m. 309'da öngörülen son netice, anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesidir. 765 sayılı TCK m. 146'da tağyir olarak ifade edilen bu durum, mevcut düzenin hukuki varlığını bozmadan (en azından teorik olarak) onun uygulanmasının fiilen engellenmesidir³²⁸.

Bu hususta Özek tarafından, temsil esasına dayalı bir rejimde, seçim sisteminin temsili gerçekleştirilmesini zorlaştıracak şekilde değiştirilmesi veya siyasi kuvvetlerin teşekkülünün engellenmesi örneği verilmektedir³²⁹.

Anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi, bu suç tipinin belki de izahı en zorlu unsurlarından biridir. Zira bu ihtimalde netice, diğer iki ihtimaldeki gibi belirgin olarak ortaya çıkmamaktadır. Öncelikle anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi, cebir ve şiddet hareketleri ile birlikte anlam kazanacaktır. Bu bağlamda, yukarıda alıntıladığımız, Özek

³²⁸ Özek, Siyasî İktidar, sh. 127; Erem/Toroslu, sh. 67.

³²⁹ Özek, Siyasî İktidar, sh. 127.

tarafından kullanılan örnek bizi arzu edilmeyen sonuçlara götürmeye müsaittir.

3. Neticelerin Gerçekleşmesi (Suçun Tamamlanması) İhtimâli

Anayasayı ihlâl fiilinin tamamlanarak maddede gösterilen neticelerden birinin gerçekleşmesi durumunda ne olacağı tartışma konusu olmuştur³³⁰. Tartışmalar, maddede öngörülen neticelere yönelik teşebbüsün cezalandırılması nedeniyle, suç tamamlandıktan sonra ceza yaptırımına başvurulup vurulamayacağı³³¹ ve anayasayı ihlâl neticesine ulaşırsa artık yeni bir düzen kurulmuş sayılacağından anayasayı ihlâlin söz konusu olamayacağı³³² noktalarında toplanmaktadır.

Esasen suç tipinde öngörülen neticelerin gerçekleşmesi, yani suçun tamamlanmasından sonra da ceza yaptırımına başvurulabilmesi pekâlâ mümkündür. Öncelikle, yukarıda da tartıştığımız gibi, maddede öngörülen neticelerin ülkenin bir bölümünde belli bir süre gerçekleşmiş olması söz konusu olabilir. Belli bir güce sahip bir grubun, ülkenin bir kısmında otoriteyi ele geçirerek hatrı sayılır bir süre bu otoriteyi muhafaza etmesi durumunda suçun oluştuğundan şüphe duyulmamalıdır. Daha sonra aynı grubun, merkezi yönetime bağlı güçler tarafından alaşağı edilmesi durumunda tamamlanmış ve cezalandırılabilir bir anayasayı ihlâl suçu söz konusu olacaktır. Aynı ihtimal ülkenin tamamı açısından da geçerli olabilir. Bir darbe ile ülkenin bütününde yönetimi ele geçiren bir grubun, daha sonra karşı darbe ile devrilerek eski yönetimin başa gelmesi halinde, gene tamamlanmış bir suç söz konusu olacaktır. Tüm bu ihtimallerin de ötesinde,

³³⁰ Erem/Toroslu, sh. 66; Özek, Siyasî İktidar, sh. 126.

³³¹ Özek, Siyasî İktidar, sh. 126; Erem/Toroslu, sh. 66.

³³² Soyaslan, TCK 146, sh. 69.

dünyada git gide daha fazla karşılaşılmaya başlanılan, darbe ile işbaşına gelerek cunta yönetimi kuran ve daha sonra yönetimi sivil idarelere devreden kişilerin de yargı önüne çıkarılmaları mümkün olabilmektedir. Tüm bu hususlar ceza hukukunun dışında kalan meselelerdir. Cezalandırılabilirliğe ilişkin bütün varsayımlar doğru olsa dahi, bunların hukuki değerlendirme açısından bir önemi yoktur.

Anayasayı İhlâl Suçunun tamamlanması ile kastedilen, suçun neticelerinin ortaya çıkmasıdır. TCK m. 309'da anayasal düzene yönelik bir takım neticelere, "teşebbüs edenler"den bahsedilmektedir. Madde metninde kullanılan "teşebbüs edenler" ibaresi, suçun yorumlanması aşamasında, Genel Hükümler arasında yer alan suça teşebbüs hükümlerini dikkate almayı zorunlu kılmaktadır. TCK m. 35'de suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanıp tamamlanamamasından bahsedilmektedir. Buna göre, Anayasayı İhlâl Suçu açısından da tamamlanma durumu ihtimal dahilindedir. Anayasayı ihlâl maksadıyla gerçekleştirilen elverişli icra hareketleri (cebir) gerçekleştirilmekle suç, ceza hukukunun genel teorisi açısından tamamlanmamaktadır. Gerçekleştirilen icra hareketlerinin başarıya ulaşması ve maddede gösterilen neticelerin ortaya çıkması durumunda suç artık tamamlanmıştır ve buna bağlı sonuçlar söz konusu olacaktır.

F. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Anayasayı İhlâl Suçunun madde metninde gösterilen bir takım neticeleri bulunduğunu ve bu neticelerin gerçekleşmesinin ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından da sonuçları olduğunu ortaya koyduktan sonra, suça ilişkin nedensellik bağı değerlendirmesini de yapmak gerekir.

Zira, sırf hareket suçlarının aksine, neticeli suçların oluşması ancak ortaya çıkan netice ile failin iradi hareketi arasında nedensellik bağı bulunması halinde mümkündür. Failin hareketinin sonucu olmayan netice, ceza sorumluluğu doğurmaz

Öte yandan suçun oluşması için nedensellik bağının varlığının tespiti başlı başına yeterli olmayıp, neticeden kaynaklanan sorumluluğun doğabilmesi için meydana gelen neticenin faile objektif olarak isnad edilebilir olması da gereklidir³³³.

Anayasayı İhlâl Suçunun oluşması için anayasal düzene yönelen cebrî davranışlar ile netice arasında nedensellik bağının bulunması lazımdır. Buna göre maddede gösterilen neticelerin ortaya çıkmasına neden olan cebrî davranışlar, meydana gelen netice açısından nedenseldir.

Anayasal düzene yönelen fiilden dolayı ceza sorumluluğunun doğabilmesi ancak suçun bütün unsurlarının varlığının tespiti ile mümkün olur. Bu bağlamda davranış, cebrî icra hareketi niteliğinde olmalı, failin maksadı anayasal düzene yönelmeli ve meydana gelen netice bu davranışların sonucu olmalıdır.

Suç bir kalkışma suçu olmakla, fiillerin teşebbüs aşamasına ulaştığı kabul edildiğinde suç tamamlanmış gibi ceza tayin edilecektir. Bu itibarla nedensellik bağına ilişkin değerlendirmemizi yapmadan önce, inceleme konumuz suç açısından, elverişli icra hareketi niteliğindeki cebrî davranış gerçekleştirildikten sonra, bu davranış ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik bağının herhangi bir nedenle kesildiğinin kabulü halinde dahi suç tamamlanmış gibi ceza tayini söz konusu olacağını belirtmek isteriz.

³³³ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 176; Koca/Üzülmez, sh. 122.

Anılan ihtimallerde ikinci grubun meydana gelen neticeden sorumlu tutulmaması, objektif isnadiyet testi ile mümkün olmaktadır. Zira esasen anayasal düzenin zayıflamasına yönelen bütün cebri davranışlar meydana gelen netice ile nedenseldir. Ancak bunların faillerine isnad edilebilmeleri, diğer faillerin netice üzerinde kurdukları hakimiyet nedeniyle mümkün olmamaktadır.

Anayasal düzene yönelik elverişli icra hareketlerinin başlamasının ardından, bu hareketleri icra eden gruptan tamamen bağımsız, yani bu grupla birlikte hareket etmeyen, aralarında iştirak iradesi bulunmayan bir başka grubun da elverişli icra hareketlerine başlaması halinde nedensellik bağı tartışması söz konusu olabilir.

Tartışma, doktrinde daha çok, aralarında iştirak ilişkisi olmayan farklı faillerin birbirlerinden habersiz olarak aynı neticeye yönelik elverişli icra hareketlerini gerçekleştirmesi üzerinden tartışılmaktadır. Aynı kişiyi öldürmeyi amaçlayan faillerin aynı anda bu kişiye ateş açmaları, ya da zehir vermeleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hallerde neticenin kimin eserinin olduğunun tespit edilemediği haller önemli bir tartışma konusudur. Anayasayı İhlâl Suçu'nda ise netice ortaya çıktığında bu neticeye nihai olarak kimin sebep olduğu bellidir. Zira siyasi suç niteliğinden de kaynaklanan sebeplerle bu suçun faili meydana gelen netice kendi eseriye zaten bu durumu benimsemektedir. Neticeyi gerçekleştiren belli olduğuna göre, aynı zaman diliminde elverişli icra hareketini gerçekleştiren diğer grubun mensuplarının cezai sorumluluklarının bulunup bulunmadığı sorusuna ise teşebbüs aşamasına ulaşmış olan fiilden dolayı sorumluluğun mevcut olacağını söyleyerek yanıt vermek gerekir.

Anılan ihtimalde, neticeyi gerçekleştiren açısından suç tamamlanmış, gerçekleştiremeyen açısından ise fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Sorunun bir başka boyutu ise birinci grubun neticeyi gerçekleştirmesi halinde, amaçladığı neticeye ulaşamayan ikinci grubun meydana gelen neticeden sorumlu tutulup tutulmayacağıdır.

Kanımızca, aralarında iştirak iradesi bulunmayan ve aynı zaman dilimi içerisinde elverişli icra hareketleri ile anayasal düzene yönelik kalkışmaya başlayan iki gruptan, hareketleri neticeyi meydana getirmemiş olan grup açısından da suçun tamamlandığı kabul edilemez. Bu grup yalnızca teşebbüs aşamasında kalmıştır ve sorumlulukları bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Anayasayı İhlâl Suçu açısından birbirinden bağımsız hareket eden iki gruptan birinin gerçekleştirdiği bir davranışın, diğerinin neticeye ulaşmasını mümkün kılması durumu esasen elverişlilik bahsi açısından önem taşır. Bu ihtimalde, aslında neticeyi meydana getirmek için elverişli hareketleri gerçekleştirme potansiyeli olmayan bir grup, kendinden bağımsız hareket eden bir grubun, neticenin ortaya çıkması açısından çok kritik bir hamle yapması sonucunda maddede gösterilen neticeye ulaşabilmektedir. Objektif olarak anayasal düzeni yıkabilecek bir güce sahip olmayan küçük bir cunta yapılanmasının, bir başka grup tarafından başkentteki önemli savunma birimlerine sabotaj düzenlemesi sonucunda ortaya çıkan güç boşluğunu doldurması böyle bir duruma örnek olarak gösterilebilir. Kanımızca bu ihtimalde, ikinci grubun düzenlediği sabotajlar ise potansiyel olarak elverişli hareketleri gerçekleştirme gücü olmayan ilk grubun hareketlerinin değişen koşullar ile elverişli hale gelmesi söz konusu olmaktadır. Neticeye ulaşan grup meydana gelen neticeden sorumludur. Bunu mümkün kılan hareketleri

gerçekleştiren ancak amacına ulaşamayan ilk grubun mensupları ise hareketlerinin icra hareketi aşamasına ulaştığı kabul edilecek olursa, teşebbüs aşamasında kalan davranışlarından dolayı sorumlu olacaktır.

Yukarıdaki örnekler açısından konunun tarihi önemine istinaden şu açıklamayı yapmayı uygun görüyoruz: Anayasal düzenin zayıflamasına yol açan her davranış anayasayı ihlâl niteliği taşımaz. Bu kısma kadar ve bu kısımdan sonra detayları ile ortaya koymaya çalıştığımız hususlar dikkate alındığında, anayasal düzene yönelik davranışın cebrî nitelik taşıması, ancak bu cebrî davranışın hazırlık hareketi boyutunu aşması yani doğrudan neticeye yönelmesi, bu davranışları gerçekleştiren failerin maksadının anayasayı ihlâl olması bu suçun önemli unsurlarıdır. Dolayısıyla Anayasayı İhlâl Suçu açısından, suç tipindeki neticelere yönelen bütün cebrî davranışlar, failerinden bağımsız hareket eden diğer sebeplerle kümülatif bir değerlendirmeye tâbi tutularak toptancı bir nedensellik değerlendirmesine tâbi tutulamaz; aynı şekilde elverişlilik ve fiilin hazırlık – icra hareketi tartışmaları da bu mantıkla yapılamaz. Nedensellik bağı bahsi altında yaptığımız değerlendirmelere konu olan, birbirinden bağımsız hareket eden grupların her birinin elverişli icra hareketlerini gerçekleştirmiş olduğu dikkatten kaçmamalıdır. Açıklamalarımız, anayasal düzeni ortadan kaldırma maksadı taşısa bile, cebrî nitelik taşımayan her türlü davranış açısından da geçerlidir. Bu itibarla, yazarı ya da söyleyeni anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlıyor olsa dahi, düşünce açıklaması niteliğindeki fiiller hiçbir surette Anayasayı İhlâl Suçu açısından icra hareketi niteliği taşımaz, bunlara neticenin nedensel hareketi olarak bakılamaz.

III. MANEVİ UNSURLAR

A. Anayasayı İhlâl Maksudı

Anayasayı İhlâl Suçunun kasten işlendiğinin kabul edilebilmesi için, maddede tanımlanmış olan “cebir ve şiddet” eylemlerinin, maddede gösterilen neticeleri gerçekleştirmek için işlenmesi gerekecektir. Buna göre, cebir ve şiddet eylemlerinin, anayasal düzeni ortadan kaldırmak, yerine yeni bir düzen getirmek veya bu düzenin fiilen uygulanmasını engellemek maksadıyla gerçekleştirilmesi lazımdır.

Neticenin varlığının önemli bir sonucu kendini kast bahsinde göstermektedir. Suç tipinde gösterilmiş olan netice, kastın “isteme” unsuruna dahildir³³⁴.

Doktrinde Anayasayı İhlâl Suçunun doğrudan kast ile işlenebileceği ifade eden görüşler olduğu gibi³³⁵, suçun oluşması için failin belli bir maksat ile (özel kast) hareket etmesinin gerektiğini kabul eden görüşler de ileri sürülmüştür³³⁶. İtalyan doktrininde de bu hususta fikir birliği mevcut değildir³³⁷.

³³⁴ Bu hususta bkz: **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 231.

³³⁵ **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 161; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 75 – 76; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, sh. 8469; **Malkoç**, sh. 1170; **Fiandaca/Musco**, Parte Speciale 2008, sh. 15; **Dean**, sh. 1105; **Marconi**, Interna, sh. 585; **Farini/Trinici**, sh. 18.

³³⁶ **Erem/Toroslu**, sh. 75; **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 228; **Yaşar**, sh. 219; **Manzini**, C. IV 1981, s. 490; **Nuzzo**, sh. 175; **Zaza**, sh. 1670; **Rossi**, sh. 980; **Galtiero**, sh. 15. *Erem*, suçun manevi unsuru “umumi kasttır” dedikten sonra, suçun kanunda gösterilen neticeyi gerçekleştirme maksadı ile işlenmesi gerektiğini söylemektedir. Kanımızca, yazarın bu görüşü suçun oluşması için fiilin belli bir maksatla işlenmesi gerektiğini kabul ettiği anlamına gelmektedir: **Erem**, 1985, sh. 95; **Erem**, 1993, sh. 1076 – 1077; aynı şekilde **Parlar/Hatipoğlu**, sh. 4566.

³³⁷ **Galdenzi/Corvi**, sh. 1994; **Pascarelli**, sh. 515.

Yargıtay tarafından verilen çeşitli kararlarda, failin Anayasada değişiklik yapma irade ve isteğine atıfta bulunmaktadır³³⁸.

Kanımızca, Anayasayı İhlâl Suçunun oluşabilmesi için, cebir ve şiddet hareketlerinin, maddede gösterilen neticelere ulaşmak maksadıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar, suçun kanuni tanımında, bir maksat açıkça gösterilmemişse de, suç tipinin özelliği ve cebir ve şiddet hareketlerinin hangi amaca yöneldiğinin, işlenen suçun tayininde belirleyici nitelik taşımakta oluşu, bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır³³⁹. Ayrıca suçun bir kalkışma suçu olarak düzenlenmiş olmasının bu sonuca varmayı gerektirdiği kabul edilmektedir³⁴⁰.

Suçun maksat unsuru, anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet eylemlerini, diğer cebir ve şiddet kullanılarak işlenen suçlardan ayırmaya yararmaktadır. Bu durum, Anayasayı İhlâl Suçunu aynı kısım altında yer alan diğer benzer suçlar (TCK m. 302, 311, 312 gibi) ile farklı amaçlarla işlenen cebir ve şiddet eylemlerini değerlendirebilmek açısından önem taşımaktadır³⁴¹.

³³⁸ "TCK.nun 146. maddesindeki suçun kasten işlenmesi zorunluluğunda ise kuşku yoktur. Bu belirleme failin Anayasada değişiklik yaratmak irade ve isteği ile hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Burada kastın hukuka aykırı vasıtalar kullanılmasını da kapsadığını belirtmek gerekir." (Yargıtay 9. CD, 30.9.1996, 688/4716, HT). Yargıtay, failin mensubu olduğu örgütlerin amaçlarını değerlendirirken de, zımnen bu yönde bir değerlendirme yapmaktadır: "... Sanığın kurucusu ve yöneticisi olduğu "16 Haziran hareketi" adlı silahlı örgütün, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasını zorla değiştirip yerine Marksist – Leninist ilkeye dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik olarak vahamet arz eden eylemleri gerçekleştirdiği..." (Yargıtay 9. CD, 23.2.2004, 2015/464, Baltacı, sh. 147); "Silahlı örgüte üye olan sanıkların ... eylemlerinin örgütün Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasını zorla değiştirip yerine dini esaslara dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik olarak vahamet arz eden olaylar cümlesinden olduğu..." (Yargıtay 9. CD, 6.2.2008, 2007/9830, 2008/651, Akkaya, sh. 169 - 170)

³³⁹ Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 228.

³⁴⁰ Bkz: Özgenç, Suç Örgütleri, sh. 228.

³⁴¹ Nitekim, Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararda, siyasi ve sosyal maksatlarla gerçekleştirilen adam kaçırmaya fiillerinin, "Anayasa'yı zorla değiştirmeyi amaçlayan

B. Anayasayı İhlâl Suçunun Kast Açısından İncelenmesi

Failin suç teşkil eden eylemi gerçekleştirmesi, cezai sorumluluğun doğması için tek başına yeterli değildir. Eylemin suç oluşturması için aynı zamanda fail ile fiil arasında bir manevi bağ kurulması gerekir³⁴². Bu bağ, ceza hukuku teorisinde manevi unsur olarak adlandırılmaktadır.

Kast, Kanun'un 21/1. maddesinde, *"suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi"* şeklinde tanımlanmıştır. Taksirle işlenen fiiller, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (TCK m. 22/1). İnceleme konumuzu oluşturan suçun, taksirle işlenebileceği kanunda öngörülmediğinden dolayı, bu suç ancak kasten işlenebilir³⁴³. Bu nedenle anayasal düzene karşı bir kalkışmanın söz konusu olduğunu bilmeden, bu suçun işlenişine katkı sağlayan faillerin bu suçtan sorumlu tutulması mümkün değildir.

Suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlar kast kapsamına dahildir. Bu bağlamda, söz konusu unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir. Failin, fiilin icrasına ilişkin kanuni tipte belirtilen hususların da bilincinde olması gerekmektedir.

B. Olası Kast Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu

Suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği, çok da yabana atılmaması gereken bir sorundur. Zira, anayasal düzeni hedef alan yaygın, neticeyi meydana getirmeye elverişli cebir ve şiddet hareketlerine, anayasal düzene

düşünce ile adam kaçırma fiillerini" kapsamayacağı yönünde karar vermiştir: **Yargıtay 9. CD**, 20.2.1975, 2-6/2, **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 228, dn. 52)

³⁴² **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 227; **Koca/Üzülmez**, s. 135 – 136.

³⁴³ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 8469.

yönelik maksat taşımaksızın katılanlar da bu suç tipinde öngörülen neticelerin ortaya çıkmasına katkı sağlayabilir.

Kanımızca, Anayasayı İhlâl Suçu, olası kast ile işlenemez. Zira, suçun oluşması için anayasayı ihlâl maksadının da bulunması lâzımdır. Kanuni tanımda öngörülen fiillerin belli bir maksat ile işlenmesinin arandığı suç tiplerinin olası kast ile işlenmesi mümkün olmadığından dolayı³⁴⁴, Anayasayı İhlâl Suçu olası kast ile işlenemez.

Demokratik cumhuriyet sistemini yıkarak saltanatı geri getirmeyi amaçlayan bir ayaklanma başladıktan sonra, Ankara’da bu sonuca ulaşmaya elverişli güce sahip bir kalabalığın sokaklara döküldüğü ihtimalde, çıkan kargaşa esnasında bir takım kişilerin neticeye yönelik olarak herhangi bir maksada sahip olmaksızın, kalabalığın nihai amacına katkı sağlayan bir takım eylemler gerçekleştirmeleri muhtemeldir. Meselâ bu kişiler çıkan kargaşa sırasında bir takım yağma eylemlerine girişebilir. Bu eylemlerin mevcut anayasal düzenin yıkılmasına katkı sağlaması da muhtemeldir. Bu gibi eylemleri gerçekleştirenlerin 309. maddede sayılan neticelerin ortaya çıkması ihtimalini öngörmeleri ama bunu umursamamaları durumunda Anayasayı İhlâl Suçunu olası kast ile işlemiş sayılıp sayılmayacakları somut olarak tartışılabilir. Kanımızca böyle bir ihtimalde failin Anayasayı İhlâl Suçunun oluşmasına katkı sağlayan ancak bu maksatla gerçekleştirilmemiş olan cebir ve şiddet eyleminin Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturduğu kabul edilemez.

Benzer bir örnek üzerinden devam edersek, mevcut karışıklıklar sırasında, anayasal düzeni yıkmak isteyenlerin amaçlarına ulaşmaları açısından önemli bir hareketi, bu amaçtan bağımsız olarak, kendi şahsi menfaati için

³⁴⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sh. 253.

gerçekleştiren, meselâ hükümet güçlerinin erzaklarını çalan bir kimsenin, Anayasayı İhlâl Suçunu olası kast ile işlediği kabul edilemez. Bu ihtimalde de failer fiillerinin anayasal düzeni koruyan kuvvetlere büyük bir darbe vurabileceğinin farkındadır. Ancak bu netice söz konusu failerin cebri eylemlerinin amaçladığı netice değildir. Suçun oluşması için gerekli olan maksat unsuru vermiş olduğumuz bu örnekte de mevcut olmadığından dolayı bu ihtimalde de Anayasayı İhlâl Suçu oluşmaz.

C. Kastı Kaldıran Hata

Kastı kaldıran hata TCK m. 30'da düzenlenmektedir. Bunlar, suçun “maddi unsurlarında hata” (TCK m. 30/1), “suçun nitelikli unsurlarında hata” (TCK m. 30/2) ve “hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata”dır (TCK m. 30/3).

Anayasayı İhlâl Suçunun nitelikli unsuru bulunmadığından dolayı, suçun nitelikli unsurlarında hatanın bu suç açısından uygulama alanı bulması mümkün değildir.

5237 sayılı TCK m. 309 ile suçun “cebir ve şiddet kullanarak” işlenmesi öngörülerek, önceki kanun döneminde söz konusu olan bir takım tartışmalar bertaraf edilmiştir³⁴⁵. Bu bağlamda, netice olarak anayasal düzene zarar veren (veya buna teşebbüs niteliğindeki) elverişli cebir ve şiddet hareketlerini işleyen failin, bu fiilleri anayasal düzene yönelik bir maksatla işlememiş olması durumunda, zaten maksat bulunmadığından suç

³⁴⁵ Bu hususta bkz. yuk. **İkinci Bölüm II.D.2**

oluşmayacaktır. Bu bağlamda suçun “maddi konusunda yanılma”nın söz konusu olması da mümkün değildir³⁴⁶.

Öte yandan, failin, aynı bölümde düzenlenmiş olan diğer suç tiplerine yönelik cebir ve şiddet hareketlerine katılması, meselâ anayasal düzenin değiştirilmesi maksadıyla hareket ederken aslında hükümete karşı suç işlenmesi durumunda ise kastın ortadan kalktığı iddia edilemez. Zira bu iki konu birbiriyle eşdeğer niteliktedir³⁴⁷.

Yanılma açısından söz konusu olabilecek bir diğer ihtimal ise anayasal düzene yönelik kalkışmayı organize eden ve bu yönde icraya başlayan bir grubun başka bir grubu hileli davranışlarla hukuka uygun bir eylem içinde oldukları yanılışı içine sokarak onları da kalkışma sırasında kullanmalarıdır. Buna örnek olarak askeri bir yapılanma içinde komuta kademesinde bulunanların bir tatbikat yapıldığını söyleyerek kritik noktalarda bulunan askeri kuvvetleri harekete geçirmeleri ve bu surette kalkışmalarının elverişli hale gelmesini sağlamaları gösterilebilir. Bu durumda verilen hileli emirle harekete askeri kuvvetler başkentin kritik noktalarına konuşlanarak anayasal düzene yönelik kalkışmanın başarıya ulaşmasına ve elverişli hale gelmesine sebep olabilir. Ancak bu askeri kuvvetlerin askeri mevzuat uyarınca verilen emrin içeriğinin geçerliliğini denetleyememekte oldukları kabul edilirse, bir tatbikatta olduklarını düşünerek şehrin kritik noktalarında konuşlanmak suretiyle gerçekleştirdikleri cebri davranışlar dolayısıyla kastı kaldıran hatadan

³⁴⁶ Maksada ilişkin yanılmanın kastı etkilemeyeceği yönünde bkz.: **Erman**, Yanılma, s. 79 – 80.

³⁴⁷ Bkz: **Erman**, Yanılma, sh. 83; **Koca/Üzülmez**, sh. 344.

bahsedilmesi mümkündür. Bu durumda yanılığa sebep olan ve yanılığın yararlananların dolaylı fail olarak sorumlulukları gündeme gelecektir³⁴⁸.

Failin, gerçekleştirdiği eylemin hukuka uygun olduğunu düşünmesi durumunda ise, hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin hatanın varlığının tartışılması gerekecektir. Siyasi kriz içindeki ülkenin yönetimine el koymaya kalkışan askerlerin, eylemlerinin hukuka uygun olduğunu düşünmeleri buna örnek olabilir. Vermiş olduğumuz bu örnekte, failler esasen var olmayan bir hukuka uygunluk sebebine dayanmaktadır. “Dolaylı haksızlık yanılığı” olarak adlandırılan bu durum, failin fiilinin esasen suç teşkil ettiğini bilmesi, ancak somut olayda bu fiilini hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunduğunu düşünmesi durumunda söz konusu olmaktadır³⁴⁹. Bu duruma doktrinde “izin normunda yanılma” adı da verilmektedir³⁵⁰.

Söz konusu ihtimalde esasen haksızlık yanılığına ilişkin hükümlerin (TCK m. 30/4) uygulanması gerekecektir³⁵¹. Zira bu durumda fail aynen fiilinin suç olmadığına inanması gibi, hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu zannı ile hareket etmektedir³⁵².

Ancak, anayasal düzenin cebir ve şiddet yoluyla yıkılabileceğini öngören bir hukuk kuralının bulunduğu yönünde yanılmanın söz konusu olabilmesinin pek muhtemel gözükmediğini ifade etmek gerekir³⁵³. Anayasayı İhlâl

³⁴⁸ Bkz. aş. **İkinci Bölüm VI.B.3**

³⁴⁹ **Koca/Üzülmez**, sh. 344.

³⁵⁰ **Erman**, Yanılma, sh. 278 vd.

³⁵¹ Bu konu aşağıda incelenecektir, bkz: **İkinci Bölüm V.C.**

³⁵² **Erman**, Yanılma, sh. 278, 281; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 437 dn. 799; **Koca/Üzülmez**, sh. 344 – 345.

³⁵³ Bu konuda Yargıtay benzer sonuca farklı gerekçeler ile ulaşmaktadır: “TCK.nun 146. maddesindeki suçun kasten işlenmesi zorunluluğunda ise kuşku yoktur. Bu belirleme failin Anayasada değişiklik yaratmak irade ve isteği ile hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Burada kastın hukuka aykırı vasıtalar kullanılmasını da kapsadığını belirtmek gerekir.

Suçunun icrasına elverişli hareketlerle başlayabilecek güce sahip kimselerin, bu fiillerinin herhangi bir suç teşkil etmeyeceğine samimi olarak inanmalarının gerçekçi olmadığı ortadadır. Kaldı ki, yasak hatasından yararlanılabilmesi, bu hatanın kaçınılamaz olmasına bağlıdır. Böyle bir durumun anayasal düzene karşı cebir eylemleri gerçekleştirilmesi aşamasında düşünülmesi söz konusu olamaz.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Bir suçun oluşması için, yalnızca kanuni tipte tanımlanan hareketin kasten gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Bu hareketin aynı zamanda hukuk düzenin tamamı ile çelişki içinde olması, yani hukuka aykırı olması gerekmektedir³⁵⁴. Kanunlarda suç olarak tanımlanmış hareketlerin kimi hallerde hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, her ne kadar fail bilerek ve isteyerek tipe uygun bir harekette bulunmuşsa da, bu hareketi hukuk düzeni tarafından kabul edilen nitelikte olduğundan dolayı suç teşkil etmemektedir. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde ortada suç yoktur. Eylem hukuk düzeni ile çelişki içinde değildir ve fail de bu sebeple kınanamaz. Hukuka uygunluk unsuru bu bağlamda, kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler ile mazeret sebeplerinden farklıdır.

Ancak, failin gerçekleştirmek istediği sonucun Anayasaya aykırı olup olmadığını bilip bilmemesi, bu konuda düşeceği yanlış suç kastına ve dolayısıyla sonuca etkili değildir.” (Yargıtay 9. CD, 30.9.1996, 688/4716, HT); “Bu suçun kasten işlenebilen suçlardan bulunduğu ise kuşku yoktur. Ancak failin gerçekleştirmek istediği sonucun Anayasa’ya aykırı olup olmadığını bilmemesi, bu konuda düşeceği yanlış suç kastına ve dolayısıyla sonuca etkili değildir.” (Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272, HT).

³⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 282.

Anayasayı İhlâl Suçunun siyasi suçlardan olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu suçun failleri pek çok örnekte eylemlerini haklı görmektedir. Buna göre söz konusu kişiler, çoğu kez, eylemlerinin meşru olduğu inancı ile hareket etmekte ve her ne kadar genellikle mevcut düzenin normlarına göre kanundışı davrandıklarının farkında olsalar da, zaten bu düzene karşı olduklarından dolayı onun normlarını da reddetmektedirler. Gerçekten de, başka türlü anayasal düzeni yıkma maksadının varlığından söz etmek güç olur.

Bu ihtimale dahil olanlar bir yana, anayasal düzeni yıkmayı amaçlayıp bu amaca yönelik eylemleri gerçekleştirenler pozitif hukukun da kendilerine bir takım haklar tanıdığını ileri sürebilirler. Bu sebeple söz konusu savunmalara dayanak teşkil edebilecek özelliği olan bir takım durumların inceleme konumuz açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Biz hukuka aykırılık unsuru başlığı altında TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri ile TCK dışındaki kanunlarda yer alan ilgili bir takım hukuka uygunluk nedenlerinin Anayasayı İhlâl Suçu açısından uygulanıp uygulanamayacağını tarihsel bir takım örnekleri de dikkate almak suretiyle değerlendireceğiz.

B. Hukuka Uygunluk Nedenleri Açısından

1. Hakkın kullanılması

a) Genel olarak

Hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması, bireyin suç olarak tanımlanmış bir eylemi, sahip olduğu hakkı kullanmak suretiyle gerçekleştirmesidir. Bu durumda kişinin eylemi, her ne kadar kanunda

tanımlanmış bir suç kalıbına uysa da, aynı eylemin gerçekleştirilmesi bir hakkın icrası niteliğinde olduğundan dolayı suç oluşturmamaktadır³⁵⁵.

İnceleme konumuz olan suç anayasal düzene karşı cebir ve şiddet hareketlerinin gerçekleştirilmesini yasaklamaktadır. Söz konusu eylemlerin gerçekleştirilmesinin bir hakka dayanmasının mümkün olup olmadığı; bu bağlamda, failin eyleminin hakkın kullanılması niteliği taşıyıp taşıyamayacağı sorununun bu başlık altında inceleyeceğiz.

İlk bakışta, anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet eylemlerinin bir hakka dayanmasının mümkün olmadığı düşünülebilir³⁵⁶. Zira, anayasal düzen, mevcut pozitif hukukun kaynağı durumundadır ve bu düzene yönelik cebri hareketlerin, hiçbir surette bir hakka dayanamayacağı, böyle bir kabulün sistemin temel mantığı ile çelişeceği söylenebilir. Bu görüş oldukça sağlam bir dayanağa sahiptir. Son derece istisnai hallerin mevcudiyeti bir yana, anayasal düzeni cebren ortadan kaldırmaya yönelen hareketler, bu düzenin meşru şekilde değiştirilmesi yollarını takip etmemektedir. Gayri meşru olan yalnızca hareketler değildir. Bunların gerçekleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan yeni anayasal düzen de meşruiyetten yoksundur. Zira bu düzen cebre dayanan bir kesim ve taraftarlarının, toplumun diğer unsurlarını zorla yeni bir düzende yaşamaya mahkûm etmesi ile ortaya çıkmaktadır.

Fakat mevcut anayasal düzenlerin yıkılmasına yönelen her hareketin meşruiyetten yoksun olduğu, bu hareketleri gerçekleştirenlerin herhangi bir hakka dayanmalarının mümkün olmadığı da söylenemez. Mevcut anayasal düzen, her ne kadar oluşturduğu pozitif hukuk düzeninin kaynağı olsa da,

³⁵⁵ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 291; Demirbaş, sh. 253.

³⁵⁶ Bu yönde görüşler için bkz.: Wolfgang Schwarz, "The Right of Resistance", Ethics, C. 74, S. 2, 1964, s. 126.

bu düzenin kendisinin gayri meşru olması veya meşruiyetini kaybetmesi ihtimalleri dikkate alınmalıdır. Konunun yalnızca dar bir pozitif hukuk bakış açısıyla değerlendirilmesi, özellikle geçen yüzyılda gerçekleşen anayasal gelişmeleri dikkate almamak anlamına gelir.

Bu yaklaşıma karşılık olarak, sözü edilen türden ihtimallerin, siyaset biliminin konusuna girdiği, pozitif ceza hukuku açısından sonuç doğuramayacağı ileri sürülebilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu yaklaşım mesnetsiz değildir. Düşüncemize göre, anayasal düzenin meşruiyetini yitirmesi sebebiyle buna karşı direnilmesi ve hatta mevcut anayasal düzenin uygulanmaması sebebiyle başlayan karşı çıkışlar yalnızca siyaset biliminin de konusu değildir. Tarih boyunca yaşanan kimi acı tecrübeler, bu gibi mücadelelerin hukuk düzeni tarafından da tanınan bir hak olduğunu ortaya koymuştur³⁵⁷. Kimi örneklerde, bu hakkın anayasa metinlerinde tanındığını görüyoruz.

b) Direnme hakkı

Alman AY m. 20/4 ile açıkça tanınmış olan “direnme hakkı” anayasal düzenin ortadan kaldırılması veya uygulanmasının engellenmesi hallerinde, başkaca bir çıkar yol bulunmaması koşuluyla, bütün vatandaşlara tanınmış bir haktır. Almanya’da demokratik rejimin yıkılarak Nazi iktidarına yol açan gelişmeler çerçevesinde, direnme hakkının totaliter rejimlere karşı mücadele açısından anlamlı olduğu ve Weimar Cumhuriyeti döneminde böyle bir

³⁵⁷ Mesele, özellikle II. Dünya Savaşının ardından, Nazi tecrübesini yaşayan Almanya’da tartışılmıştır. Tartışmalar ve görüşler için bkz: **Gunter Lewy**, “*Resistance to Tyranny: Treason, Right or Duty?*”, The Western Political Quarterly, C. 13 S. 3, 1960, 581 – 596.

hakkın bulunmamasının Nazizmin iktidarı ele geçirmesine katkıda bulunduğu ifade edilmektedir³⁵⁸.

Direnme hakkı devrim yapma hakkı demek değildir³⁵⁹. Bu hakkın anlamı ve kapsamının layıkıyla açıklanması çalışmamızın kapsamını aşacak niteliktedir. Ana hatlarıyla izah edecek olursak, mevcut anayasal düzenin demokratik niteliklerini kaybederek, gayrimeşru bir hale gelmesi, toplumu oluşturan bireylerin temel haklarının yaygın şekilde devlet otoritesi tarafından çiğnenmesi, bu duruma karşı ise barışçıl ve hukuki yollarla mücadele imkânının bulunmaması, iktidarın bu şekilde değiştirilmesinin mümkün olmaması direnme hakkının gündeme gelmesine yol açar³⁶⁰.

II. Dünya Savaşının ardından, Almanya’da pozitif hukuka bakış eleştirilere maruz kalmış, *Radbruch* gibi yazarlar, pozitif hukuk metinlerinin de üstünde olan bir takım temel prensiplerin bulunduğunu, insan haklarını temelden

³⁵⁸ **Lewy**, s. 586.

³⁵⁹ **Schwarz**, sh. 126.

³⁶⁰ Direnme hakkını doğal hukuk ve Hristiyan teolojisi çerçevesinde değerlendiren Alman hukukçu ve aydınlar Karl August Weinkauff, Walter Künneth ve Max Pribilla tarafından ortaya konulmuş olan ölçütler çok farklı değildir, bkz: **Lewy**, sh. 582 – 586; ayrıca bkz: **Schwarz**, s. 128 - 129. Biz burada ifade edilen yaklaşıma, mevcut rejimin demokratik meşruiyetini aramaması ve özellikle Künneth tarafından ifade edilen, anayasal düzene itaatin temeli olarak Hristiyan teolojisi öğretisine dayanılması açılarından karşı çıkıyoruz. Kanımızca, hukuk devletin bulunmadığı, iktidarın bir odak tarafından zaptedilmiş olduğu, iktidar değişiminin tamamiyle ya da büyük ölçüde kısıtlandığı bir rejime karşı itaat etme yükümlülüğünden bahsedilemez. Orada olsa olsa sığ bir kanunculuk anlayışı çerçevesinde “düzene” uyulması söz konusu olabilir. Nitekim, 2011 yılında Kuzey Afrika ülkelerinde başlayan halk ayaklanmalarının hepsinin, II. Dünya Savaşı öncesi Nazi iktidarı kadar vahim bir rejime yöneldiği söylenemez. En azından şu anda, yaygın kanaat, mevcut ayaklanmaların meşru olduğu yönündedir. Bu eğilimin görüşümüzü desteklediğini düşünüyoruz. Aksi yönde görüşler için bkz.: **Lewy**, sh. 588.

güvencesiz bırakan ve bunlara zarar veren yasaların geçerli olamayacağını ifade etmişlerdir³⁶¹.

Yasalar anayasaya aykırı olabilir veya mevcut yönetimin bir takım uygulamaları hukuk düzeninin geri plana atılmasına sonucunu doğurabilir. Yalnızca bu gibi haller, iktidarın beceriksiz veya kötü ellerde olması, direnme hakkının kullanılabilmesi için yeterli değildir. Makul ölçüde adil bir siyasi düzende direnme hakkının söz konusu olması kabul edilemez³⁶². Ancak bu iktidarın uygulamaları hukukun olmadığı bir düzen yaratıyorsa, çıkarılan kanunlar kusurlu olmanın ötesinde hukukun temel ilkelerine aykırıysa bu halde en başta bir hukuk düzeninin varlığından söz edilemez³⁶³.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, direnme hakkının ortaya çıkmasına sebep olacak koşullar mevcutsa, demokratik hukuk devleti niteliğinin ortadan kalktığını da kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda, anayasal düzen zaten ortadan kaldırılmış olacağından buna karşı direnmek meşru olacaktır.

³⁶¹ **Gustav Radbruch**, "Five Minutes of Legal Philosophy", (Terc: Bonnie Litschewski Paulson/ Stanley L. Paulson), Oxford Journal of Legal Studies, C. 26, S. 1, 2006, sh. 13 – 15 (Bu makalenin orijinali "Fünf Minuten Rechtsphilosophie" başlığı ile Rhein-Neckar-Zeitung (Heidelberg), 12 Eylül 1945'de yayımlanmıştır). Esasen Radbruch da, savaş öncesi dönemde pozitif hukukçudur. Kanımızca, *Radbruch* temelde pozitivizmden sapmamakta, ancak bahsettiğimiz türden yasaların pozitif hukukun bir parçası sayılamayacağını, yani hukuki nitelik taşımadıklarını savunmaktadır. Öte yandan *Radbruch*'un önceki katı pozitivist anlayışı ile sonraki görüşlerinin bağdaşmasının da mümkün olmadığı ifade edilmiştir. *Radbruch*'un hukuk anlayışındaki bu görüş ve yazarın fikirlerindeki değişim hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz: **Stanley L. Paulson**, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", Oxford Journal of Legal Studies, C. 15, S. 3, 1995, sh. 489 – 500; **Kristian Kühl / Mehmet Cemil Ozansü**, "Radbruch Formülü", İÜHF, C. LXX, S. 1, sh. 369 – 374, 2012.

³⁶² **Kent Greenawalt**, Conflicts of Law and Morality, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1989, sh. 244.

³⁶³ **Gustav Radbruch**, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", (Terc: Bonnie Litschewski Paulson/ Stanley L. Paulson) Oxford Journal of Legal Studies, C. 26, S. 1, 2006, sh. 7 – 8 (bu makalenin orijinali ("Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht") Süddeutsche Juristen-Zeitung 1 (1946)'da yayımlanmıştır).

Elbette ki böyle bir ortamda, direnme hakkının bir “hukuka uygunluk” sebebi sayılmayacağı unutulmamalıdır. Bu sebeple, direnme hakkının pozitif hukuk ile izahı da pek mümkün değildir³⁶⁴.

Ancak direnme hakkının, hukuk düzeni açısından tamamen anlamsız olduğu görüşünde değiliz. Demokrasinin rafa kaldırıldığı, hukuk devletinin söz konusu olamayacağı dönemlerde, direnme hakkının meşruiyeti söz konusu olacağından, böyle süreçlerde işlenen anayasal düzene karşı fiiller suç oluşturmayacaktır. Elbette bu sonuca varılabilmesi, ancak demokrasinin ve gerçek anlamda bir anayasal düzenin yeniden tesis edilmesinin ardından mümkün olabilir³⁶⁵.

Öte yandan, direnme hakkının sonucu, anayasal düzenin yıkılması olabilir. Bu durumda da, eylemlerin meşru olmalarının yanı sıra, hukuken de tanınması söz konusu olmalıdır.

Bu açıklamalarımız ışığında, mevcut anayasal düzenin meşruiyetini yitirmesi ve bu sistemin doğurduğu iktidarın hukukla bağdaşmayan gayrikabil metodlar benimsemesi sebebiyle direnme hakkının kullanımı olarak görülebilecek bir durumun ortaya çıkması durumunda hakkın kullanılmasından bahsedilebileceğini düşünüyoruz. Son yıllarda otoriter rejimler tarafından yönetilmekte olan Orta Doğu ve Kuzey Afrika ülkelerinde yaşanan gelişmeler, her ne kadar akıbetleri bugün için belirsiz

³⁶⁴ Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yayınları, İstanbul, 1994, s. 12.

³⁶⁵ Bu konuda bazı örnekler için bkz: Tom Ginsburg/Daniel Lansberg-Rodriguez/Mila Versteeg, “When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World’s Constitutions”, *UCLA Law Review*, 60, 2013, sh. 1237 vd.

olsa da ve hatta bunların bir kısmı farklı otoriter yönetimlere savrulsa da bu duruma örnek olarak gösterilebilir³⁶⁶.

Tabiidir ki, anayasal düzene karşı yönelmiş cebir ve şiddet hareketlerinin, hakkın kullanılması gibi bir hukuka uygunluk sebebi ile haklı görülmesi esasen teorik görülebilecek bir ihtimaldir. Ne var ki, bir anayasal sistemin, temel normları göz ardı edilmeye başlanmış, şekli kurallar takip edilerek çıkarılan kanunlara veya daha önceden çıkarılmış kanunların farklı şekilde yorumlanmaları neticesinde, temel taşları oynatılmaya başlanırsa, buna karşı cebri nitelik taşıyan hareketlerle de olsa, direnilmesi maddede yazılı suçu oluşturmaz. Elbette bu argüman, mevcut siyasi düzen açısından geçerli kabul edilemez. Böyle bir savunmanın kabulü mevcut siyasi iktidarın inkârı, dahası anayasal düzeni ihlal eden bir odak olarak ilânı anlamına gelir. Ne var ki, bu başlık altında yapmakta olduğumuz tartışma, uzun süreli iç huzursuzluk ve çatışmadan çıkmış toplumların, normal düzene dönüş süreçleri açısından anlamlı olabilir.

c) Sivil itaatsizlik eylemleri

Sivil itaatsizlik eylemleri ve biçimleri hakkında kesin bir tanım yapmak olası değildir³⁶⁷. Sivil itaatsizliğin cebir ve şiddet içerip içeremeyeceği, bizim konumuz açısından en önemli fikir ayrılığıdır. Direnme hakkından farklı olarak, sivil itaatsizlik, temelde demokratik nitelikler taşıyan ve hukuk devleti özellikleri taşıyan ülkelerde söz konusu olabilir³⁶⁸. Sivil itaatsizlik

³⁶⁶ Ginsburg/Lansberg-Rodriguez/Versteeg, sh. 1239.

³⁶⁷ Hugo Adam Bedau, "Civil Disobedience and Personal Responsibility for Injustice", Civil Disobedience in Focus (Ed. Hugo Adam Bedau), Routhledge, 1991, sh. 49.

³⁶⁸ John Rawls, "Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı", (Terc: Yakup Coşar), Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, (Derl: Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2001, s. 54 – 55; Jürgen Habermas, "Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletin Denktaş. Almant'a'da

eylemleri, gerçekleştirildiği düzenin meşruiyetini tanıyan, ancak bu düzenin normal yollar ile düzeltilmediği bir takım aksaklıkları veya çoğunluk tarafından kabul edilen bir takım uygulamaları hedef alan niteliktedir.

Sivil itaatsizlik olarak gösterilen örnekler incelendiğinde, esaslı şiddet hareketlerinin bu kapsamda kabul edilmediği görülmekte; ancak cebri nitelik taşıyıp taşımadığı tartışılabilir genel grev, yasadışı grev, yol kapatma, oturma, işgal, askerlik hizmetinin yerine getirilmemesi, askere gitmeyi ret, askerlikte itaatsizlik gibi eylemlerin³⁶⁹ bu kapsamda değerlendirilebildiği dikkat çekmektedir.

Sivil itaatsizlikle ilgili konumuz açısından önemli olan ilk tartışma, bu eylemlerin cebir ve şiddet içerip içeremeyeceğidir³⁷⁰. Bu hususta bir fikir birliği yoktur. Öte yandan, *Rawls*, demokratik niteliğinden şüphe duyulmayacak ülkelerde dahi sivil itaatsizliğin meşru olarak kabul edilebileceğini, ancak bu halde, eylemcilerin verilecek cezalara da razı olmaları gerektiğini söylemektedir³⁷¹. Bu görüş çerçevesinde, sivil itaatsizlik eylemleri hukuka uygunluk sebebi olarak kabul göremez.

Otoriter Legalizm Karşıtlığı", (Terc: Yakup Coşar), Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, (Derl: Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2001, sh. 128.

³⁶⁹ Sivil itaatsizlik eylemlerine ülkeler bazında örnekler için bkz.: **Ökçesiz**, s. 50 vd., bütün bunlara ilişkin konsolide bir liste için bkz.: sh. 77 vd.

³⁷⁰ Bu hususta, **Rawls**, sh. 59; **Yakup Coşar**, "*Önsöz: Sivil İtaatsizlik*", Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, (Derl: Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2001, sh. s. 12. Sivil itaatsizlik eylemlerinin şiddet unsurları içerebileceğini söyleyen *Morreall* ise, görüşünü şiddetin tanımı ve dereceleri üzerinden temellendirmekte ve şiddetten sokaklara taşan kavgaları, hayata veya vücut bütünlüğüne yönelik fiilleri anlamamak gerektiğini ifade etmektedir: **John Morreall**, "*The Justifiability of Violent Civil Disobedience*", Civil Disobedience in Focus (Ed. Hugo Adam Bedau), Routledge, 1991, sh. 130 vd. **Hugo Adam Bedau**, "*Introduction*", Civil Disobedience in Focus (Ed. Hugo Adam Bedau), Routledge, 1991, sh. 8 vd. özellikle bkz. sh. 11.

³⁷¹ Aktaran: **Bedau**, Introduction, s. 11; ayrıca bkz. **Rawls**, s. 59. Tartışmalar için bkz: **Ronald Dworkin**, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, s. 206 vd.

Sivil itaatsizlik eylemlerini, demokratik düzenin, bütün mekanizmalara rağmen, adil olmayanda ısrar etmesine karşı, düzenin meşruiyetinin devamını sağlayacak bir yol olarak görmek de mümkündür³⁷². Bu düşünce sistematığı kanımızca da doğrudur. Bu düşüncenin sonucu ise sivil itaatsizlik eylemcilerinin cezalandırılmaması olmalıdır. Zira bu kişilerin eylemleri, sivil itaatsizlik olarak kabul edildikleri takdirde, demokratik sistemin düzeltemediği veya ortaya çıkardığı adaletsizlikleri gidermekten ibarettir. Bu sebeple söz konusu eylemler yalnızca meşru değil aynı zamanda kullanımı hak teşkil eden türden eylemlerdir. Hakkını kullanan kişilere ise ceza verilemez, bu gibi eylemler suç oluşturmaz³⁷³.

Sivil itaatsizliğin hiçbir cebir ve şiddet ile bağdaşmayacağını kabul eden yaklaşım çerçevesinde, sivil itaatsizlik eylemlerinin Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturmaması mümkün değildir. Zira eylem cebri nitelikteyse sivil itaatsizlik sayılamaz. Eylemin cebri olmaması durumunda ise Anayasayı İhlâl Suçu oluşmayacaktır.

Bununla beraber, sivil itaatsizliğin cebri nitelik taşıdığı kabul edilebilecek genel grev, yol kapatma gibi eylemleri de kapsayacağı kabul edilse bile, bunların doğrudan anayasal düzene yönelmemiş olmaları, sivil itaatsizlik kavramının demokratik düzenlerde, esasen bu düzenin yıkılmasına

³⁷² **Habermas**, s. 129; Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz: **Dworkin**, s. 206 vd.

³⁷³ Öte yandan, *Dworkin*, Amerikan hukuku çerçevesinde yaptığı değerlendirmede, adli süreç en yüksek mahkemeye kadar (kendi sistemlerinde ABD Yüksek Mahkemesi) devam ettirilir, uyulmayan kanunların geçerliliği sonucu çıkarsa, artık bunlara ilişkin beraat kararı verilemeyeceğini ifade etmektedir. Hemen eklemek isteriz ki, *Dworkin* tarafından, sivil itaatsizliğe ilişkin yapılan açıklamalar, ABD’de 1970’lerde mevcut bir takım somut sorunlar çerçevesinde yapılmıştır ve varılan sonuçlar bu olaylara ilişkin somut önerilerle desteklenmektedir: **Dworkin**, sh. 222.

yönelmemiş olmaları dikkate alınarak bu türden eylemlerin Anayasayı İhlâl Suçu anlamında cebir teşkil etmeyeceğini kabul etmek gerekir.

Tüm bu nedenlerle sivil itaatsizlik eylemlerinin tanım itibariyle anayasayı ihlâl fiili olarak değerlendirilemeyeceği; zira bu eylemlerin hak kullanımı veya anayasayı ihlal anlamında cebir içermemelerinin doğaları gereği olduğunu dikkate alarak, bunların Anayasayı İhlâl Suçunu teşkil edecek nitelikte fiiller olamayacaklarını, dolayısıyla hukuka uygunluk nedeni olarak düşünölmelerinin de yersiz olacağını düşünöyoruz³⁷⁴.

d) Asli kurucu iktidar

Hakkın kullanımı hukuka uygunluk sebebinin geçerli olabileceği bir başka ihtimal, asli kurucu iktidar fonksiyonunun uygulanmasıdır. Herhangi bir nedenle, yeni bir anayasal düzenin kurulması konusunda oluşacak bir toplumsal mutabakatın ardından asli kurucu iktidar fonksiyonuna sahip bir yapının meydana getirilmesi muhtemeldir. Bu yapı yeni anayasal düzenin esaslarını belirleyecektir.

Böyle bir faaliyet doğal olarak eski düzenin, kimi zaman temel normlarının da ortadan kaldırılması sonucunu doğuracaktır. Bahsettiğimiz türden bir yapının, nihai metin nasıl yürürlöğe girecek olursa olsun, görevini sürdürdüğü müddetçe, gerektiğinde cebri nitelikte uygulamalara gitmesi mümkün olabilir. Bu yapının sahip olduğu cebri nitelik, siyasi iktidarinkine benzetilebilir. Bu bağlamda meşru bir asli kurucu iktidar yapısının da hukuka uygun olacağı kabul edilmelidir.

³⁷⁴ *Yaşar* da “pasif direniş” olarak adlandırdığı bu gibi durumlar için aynı sonuca varmaktadır: *Yaşar*, sh. 221.

Asli kurucu iktidarlar açısından söz konusu olan bir özellik, bu yapıların önceki dönemin kuralları başta olmak üzere kendilerini bağlayan bir üst hukuk normuna tâbi olmamalarıdır³⁷⁵. Bu özellik dikkate alındığında ve asli kurucu iktidarın, yeni bir anayasal sistem kurma iradesi göstermiş olan toplumu temsil ettiği de düşünüldüğünde, icra etmekte oldukları faaliyetlerin hakkın icrası niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Asli kurucu iktidar fonksiyonu açısından hakkın icrası kategorisi altında değerlendirmemizin sebebi, yasama organlarının aksine, asli kurucu iktidarlara sınırlandıran bir çerçevenin bulunmayışıdır (önceki anayasal düzen açısından). Konuya bu çerçeveden bakıldığında, mevcut anayasal düzenin asli kurucu iktidar kurularak ortadan kaldırılması, o toplumu oluşturanların bu yöndeki haklarını kullanmalarından ibarettir³⁷⁶.

Ne var ki, bu organ içinde bulunan kişiler, kendilerini yetkilendirenler tarafından bir takım temel prensiplere uymak konusunda sınırlandırılmış olabilirler. Ancak bu gibi sınırlamalar bir anayasal düzen niteliğinde değildir.

Her halükârda, asli kurucu iktidar fonksiyonunun icrasının bir görev ve yetki meselesi olduğu ve bu bağlamda görevin ifası hukuka uygunluk sebebinin altında değerlendirilmesi de mümkündür.

2. Görevin ifası

5237 sayılı TCK m. 24/1 uyarınca, kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Buna göre, kaynağını bir kanundan alan görev ve yetkilerin yerine getirilmesi sırasında kanunda suç olarak tanımlanmış eylemlerin

³⁷⁵ Tunaya, sh. 123.

³⁷⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz.: Gözler, Kurucu İktidar, sh. 24 vd.

gerçekleştirilmesi, bu eylemler hukuka uygun olduğu için suç teşkil etmeyecektir. Kusurululuğu kaldıran ve azaltan hal olarak emrin ifası konusunu ise aşağıda ilgili kısımda inceleyeceğiz.

Maddede yer alan “kanun” deyiminden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde ittifakla kabul edilen görüş, kavramın yazılı hukuk kuralı olarak geniş yorumlanması gerektiği yönündedir³⁷⁷.

Bu sebeple hukuk kurallarına uygun şekilde tayin edilmiş bir görevin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirilen eylemlerin kanunda tanımlanan bir suç kalıbına uyması durumunda, ortada hukuka aykırı bir eylem olmadığından suç da olmayacaktır.

Anayasayı ihlal amacını taşıyan cebir ve şiddet hareketlerinin, kanundan kaynaklanan bir görevin ifası niteliği taşıdığı iddia edilebilir mi?

Bu konuda ülkemizin yakın tarihinde gündeme gelen ve halen daha kamuoyunda tartışılmakta olan, İç Hizmet Kanunu’nun 35. maddesi bir örnek teşkil etmektedir³⁷⁸. Anılan madde 2013 yılında yapılan değişikliğe kadar şu şekildeydi: “*Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır*”.

³⁷⁷ İçel/Sokullu-Akıncı/Ögenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, sh. 118; Demirbaş, sh. 260; Özenç, Genel Hükümler, sh. 298; Hakeri, Genel Hükümler, sh. 260; Koca/Üzülmez, sh. 258; Alacakaptan, Suçun Unsurları, sh. 101.

³⁷⁸ 211 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 35. Maddesi, 13.7.2013 T. ve 6496 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile “*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*” şeklinde değiştirilmiştir.

Söz konusu maddeye 12 Mart 1971 tarihinde, Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından Cumhurbaşkanı ve TBMM Başkanlıklarına sunulan muhtıradan atıf yapılmıştır³⁷⁹.

Aynı şekilde, 12 Eylül 1980 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen darbenin ardından yayınlanan 1 numaralı bildiride, açıkça, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun vermiş olduğu koruma ve kollama görevinin yerine getirildiğinden bahsedilmektedir³⁸⁰.

Kanaatimizde anılan maddenin lafzı, Silâhlı Kuvvetlere ülke yönetimine müdahale görevi veya yetkisi vermemektedir. Silâhlı Kuvvetlerin varlık sebebi elbette nihai olarak ülkeyi ve anayasal düzeni muhafaza etmektir. Ancak bu görev kanun ve emirler çerçevesinde ifa edilir. Bu bağlamda 1982 Anayasasının *“Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”* şeklindeki açık hükmü, Yasama, Yürütme ve Yargı yetkilerinin kim tarafından kullanılacağını gösteren AY m. 7, 8 ve 9 hükümleri ve bu üç temel kuvvete ilişkin diğer ayrıntılı anayasal düzenlemeler karşısında, İç Hizmet Kanunu m. 35'in, hukuk düzeni çerçevesinde, hangi gerekçeyle, Silâhlı Kuvvetlere Yasama ve Yürütme

³⁷⁹ Anılan muhtıradan ilk iki maddede ülkenin içinde bulunduğu durumun vahameti ve bu durumdan çıkılabilmesi için uygun görülen yol ortaya konulduktan sonra, 3. madde olarak *“Bu husus süratle tahakkuk ettirilmediği takdirde Türk Silahlı Kuvvetleri, kanunların kendisine vermiş olduğu Türkiye Cumhuriyetini korumak ve kollamak görevini yerine getirerek, idareyi doğrudan doğruya üzerine almaya karardır”* mesajı verilmektedir: Milliyet Gazetesi 13 Mart 1971.

³⁸⁰ *“Türk Silahlı Kuvvetleri, İç Hizmet Kanununun verdiği Türkiye Cumhuriyetini kollama ve koruma görevini yüce Türk Milleti adına emir ve komuta zinciri içinde ve emirle yerine getirme kararını almış ve ülke yönetimine bütünüyle el koymuştur.”* Bildirinin tam metni için bkz: **Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi**, Cilt: 1, 1. Birleşim, 19 Eylül 1980, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c001/mgk_01001001.pdf (Erişim: 2 Eylül 2011).

organlarına müdahale yetkisi verdiğinin kabul edildiğini anlamak güçtür. Bu türden bir yasal dayanağın darbeci güçler tarafından kullanılmasını doğal karşılamak gerekir. Ancak bu dayanağın sanki geçerli bir hukuki gerekçeymiş gibi değerlendirilerek ciddiye alınması kabul edilemez.

İç Hizmet Kanunu da dahil olmak üzere, Anayasa tarafından Egemenliğin kullanımı ile yetkilendirilen mercilerin, bu yetkilerini kullanmalarının engellenmesini öngören bir yasal düzenleme yapılamayacağı gibi, herhangi bir yasa maddesinin de bu şekilde yoruma tâbi kılınması mümkün değildir. Ne yazık ki, bir takım tarihsel örnekler sebebiyle bu konu tartışma yaratabilmektedir. Bu sebeple değerlendirme konumuz açısından, Anayasamız uyarınca egemenliği kullanan mercilerin bu yetki ve görevlerinin devredilmesinin mümkün olmadığını ve hiçbir yasal düzenlemenin böyle bir müdahaleye kanuni dayanak teşkil edemeyeceğini belirtmek istiyoruz.

Bu çerçevede, Anayasal düzende yapılacak değişiklikler ancak demokratik usullere uygun olarak gerçekleştirilebilir. Devlet mekanizmasının fonksiyonlarını icra edebilmesi için kendine tevdi edilen silâhlı güçlerin, bu mekanizmanın temel normunu yıkmak için kullanılabileceğinin yasal bir dayanağının bulunduğu yönelik tartışma yapılması dahi abestir. Öte yandan, bu tip bir tartışma, sanki İç Hizmet Kanunu m. 35 ve benzeri hükümlerin bu şekilde yorumlanmasının mümkün olduğu izlenimi de yaratmaktadır. Anılan maddede yer alan “koruma ve kollama görevi” şeklindeki ibarenin varlığı, Anayasa’nın kuralları çerçevesinde anlam taşır ve her halükârda Anayasanın temel prensiplerine aykırı şekilde yorumlanamaz.

3. Meşru savunma

Meşru savunma, TCK m. 25/1’de failin, *“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”* cezalandırılmayacağı şeklinde tanımlanmıştır.

Bu hukuka uygunluk sebebinin, Anayasayı İhlâl Suçunun failleri için uygulanma olanağı bulunmadığı açıksa da, Anayasal Düzene yönelik cebri hareketler içine girenlerin, meşruiyet dayanağı olarak, meşru savunmayı gösterme ihtimaline binaen bu konuda açıklama yapmanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

Meşru savunmaya ilişkin maddede, kişinin, kendisinin veya başkasının hakkına yönelmiş bulunan eylemleri defetmek zorunluluğu ile, saldırıyla orantılı biçimde gerçekleştireceği hareketlerden bahsedilmektedir.

Bir ülkede mevcut iç karışıklıklar sebebiyle, bireylerin veya toplumun genel olarak haklarına yönelik yaygın ve şiddetli saldırılar gerçekleşmesi mümkündür. Ancak bu durumu ortadan kaldırmak için, Anayasal Düzene yönelik cebren harekete geçenlerin fiillerinin meşru savunma niteliğinde bulunduğunu kabul etmek kanımızca mümkün değildir.

Öncelikle, maddede tanımlanan fiiller eğer gayrimeşru hale gelmiş bir anayasal sisteme karşı direnme hakkı kullanılmak suretiyle gerçekleştiriliyorsa, bu takdirde hakkın kullanılması olarak tanımlanan hukuka uygunluk sebebinin varlığı çerçevesinde bir tartışma yapılması daha doğru olacaktır.

Anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet hareketlerinin, meşru müdafaa olduğunun, ancak anayasal düzeni elinde tutanların, toplumu oluşturan bireylere yönelik cebir ve şiddet uygulamakta olduğu ve bu saldırıları sonlandırabilmenin tek yolunun, meşruiyetini kaybetmiş bulunan mevcut anayasal düzeni yıkmaktan geçtiği şeklindeki bir mantık silsilesi takip edilerek ileri sürülmesi mümkündür. Ancak varılan bu sonuç, mevcut düzenin meşruiyetini yitirmiş ve anayasal düzen olmaktan çıktığı anlamına gelmektedir. Bu durumda ise ancak hakkın kullanılması bahsinde tartıştığımız, direnme hakkı söz konusu olabilir.

Meşru müdafaa hükmünün, anayasal düzene karşı gerçekleştirilecek eylemler açısından kullanışsız olmasının bir diğer nedeni de, anayasal düzenin, o düzeni elinde bulunduranlardan farklı bir kavram oluşudur. Yani meşru savunmanın uygulanması için gerekli olan, savunmanın saldırıyı gerçekleştirene yönelmesi koşulu, anayasal düzeni hedef alan eylemler açısından söz konusu değildir. Anayasal düzen ile siyasi iktidarın aynı kavramın farklı görünüşleri olduğu, dolayısıyla baskıcı hale gelen rejimlerde iktidarı elinde bulunduran kesimlerin, anayasal düzenden farkı bulunmadığını da kabul etmek gerekir.

Meşru savunmanın, yasal koşulları arasında olan, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıya karşı kullanılabileceği de dikkate alındığında, bu hükmün Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin uygulama sahası bulamayacağı daha sarîh bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Anayasal Düzene yönelik cebri davranışlar gerçekleştiren kimsenin, bu davranışları sahip olduğu bir hakka yönelik saldırıyı defetmek için

gerçekleştirdiğini ifade etmesi, suçun Manevi Unsurları arasında olan “anayasayı ihlâl maksadı” ile de çelişkili olacaktır.

Görüldüğü üzere, anayasayı ihlâl maksadıyla cebri davranışlar gerçekleştirilmesinin meşru müdafaa olarak kabulü mümkün değildir.

4. İlgilinin rızası

TCK m. 26/2’de tanımlanan ilgilinin rızasının, anayasayı ihlâl suçu açısından bir hukuka uygunluk sebebi olarak uygulanmasının mümkün olmadığı kanısındayız. “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkında ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı” cezalandırılmayacağını hükme bağlayan madde, kişilerin rızanın ilişkin olduğu konu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin olduğu hallerde geçerlidir³⁸¹.

Anayasayı İhlâl Suçu açısından böyle bir rıza verme yetkisinin varlığı kabul edilemez. Mevcut anayasal düzenin meşruiyetini kaybetmiş olması iddiasıyla, toplumun yapılan müdahaleye rızası bulunduğu gibi fikirlerin bu bağlamda değerlendirilmesi söz konusu değildir. Öncelikle toplum kavramı her ne kadar somutlaştırılabilecek nitelikteyse de, toplumun rızasının ne olacağına ilişkin varsayımda bulunmak mümkün değildir³⁸². Demokratik rejimlerde, toplumların tepkilerini ve seçimlerini rahatça ortaya

³⁸¹ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 349.

³⁸² Yaşar bu durumu anayasal düzenin toplumun sadece belli bir bölgede yaşayan üyelerine değil bütün kesimleri için öngörüldüğüne dayandırmaktadır: Yaşar, sh. 230. Kanımızca toplumun belli bir kesiminin demokratik koşullardan diğerleri gibi yararlanamaması nedeniyle silahlı mücadele başlatması ilgilinin rızası kavramı altında değerlendirilemez. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu durumdaki kişilerin demokratik standartlardan ne ölçüde mahrum kaldıkları değerlendirilmelidir. Bu itibarla konunun sorun yaratan kısmının mağdurların sınıflandırılması olmadığını, toplumun belli bir kesiminin en temel demokratik haklardan mahrum bırakılmasının anayasal düzene yönelik bir taarruz niteliğini taşıyabileceğini belirtmek isteriz.

koyabilecekleri kanallar açıktır. Eğer bir rejim, toplumu bastırarak ayakta kalıyorsa, bu takdirde toplumun o rejime karşı direnme hakkına sahip olduğu ileri sürülebilir. Ancak böyle bir ihtimalin varlığı dahi, varsayımsal olarak toplumun rızasının bulunduğu görüşünü desteklemeye yetmez.

Netice olarak, ülkemiz örneğinden hareketle somutlaştırsak, 27 Mayıs, 12 Mart ve 12 Eylül askeri darbeleri sırasında kullanılan Türk halkı adına hareket edildiği iddiası, bir an için bu iddianın temeli olduğu ve toplumun geniş kesimlerinin söz konusu hareketlara destek verdiği kabul edilse bile, hukuka uygunluk sebebi olarak ilgilinin rızası kavramı içinde kabul edilemezler.

Bu görüşümüzün altında, öncelikle toplumun, anayasal düzenin cebir ve şiddet yoluyla değiştirilmesine ilişkin iradesinin ne yönde olduğunun tespitinin mümkün olmayışı yatmaktadır. Farazi olarak, toplumun iradesinin belli bir odağın anayasal düzene karşı cebir ve şiddet kullanımı ile bir takım hareketlere girişilmesi yönünde olduğu kabul edilse bile, toplumu oluşturan bütün bireylerin böyle bir rıza göstermemeleri durumunda, esasen toplumun rızasının değil, çoğunluğun rızasının bulunduğu kabul edilebilir. Bu takdirde de anayasal düzenin çoğunluk tarafından veya çoğunluğun desteği ile cebir ve şiddet yoluyla değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Çoğunluk toplumu temsil etmez. Suç ile korunan hukuki değer bahsinde de değindiğimiz üzere, demokratik bir anayasal düzende yaşama ve bu düzenin gayri meşru yollarla değiştirilmemesi bütün bireylerin hakkıdır. Bu bağlamda, anayasanın değiştirilmesi için öngörölmüş usullerin veya kabul edilen standartların dışında, cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilecek

kalkışmaların, ilgilinin rızası ile yapıldığının kabulü eşyanın tabiatına aykırıdır.

V. KUSURLULUĞU KALDIRAN VE AZALTAN HALLER

A. Emrin İfası

1. Genel Olarak

Hukuka aykırı emrin ifası, Anayasayı İhlâl Suçu açısından karşılaştırılması muhtemel bir meseledir. Anayasal düzene yönelecek kalkışmalar yüksek ihtimalle hatırı sayılır bir silah gücüne sahip olmayı gerektirmektedir. Bu nedenle gerçekleşen anayasal düzene yönelik kalkışmaların, önemli oranda devletin silahlı güçlerinin merkezinde yer aldığı yapılar tarafından gerçekleştirilmekte olduğunu söylemek yanlış olmaz. Hatta bir adım daha ileri giderek, başarıya ulaşma şansı olan hareketlerin asker veya polis gücü kullanılmadan gerçekleştirilmesinin oldukça düşük bir ihtimal olduğu ileri sürülebilir.

Hal böyle olunca, söz konusu kalkışmaya aldıkları emir nedeniyle katılan silahlı kuvvetler ile polis teşkilatı mensuplarının sorumluluklarının tayini bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasal düzene yönelik eylemleri planlayan yapılanmanın içinde olup, bu suça iştirak ettikleri konusunda şüphe bulunmayanlar bir yana, anılan yapılanma içinde bulunmayan, ancak amirlerinin emirlerini uygulayarak suçun oluşmasına katkı sağlayanların ceza hukuku karşısındaki durumlarını özel olarak tartışmak gerekir.

Özellikle İçHizK m. 13 ve 14 hükümleri dikkate alındığında, askerliğin temelini disiplin ve emre itaat olduğu bu itibarla askerlik mesleğinin icrası sırasında, diğer kamu hizmetlerine oranla daha katı bir itaat

yükümlülüğünün bulunduğu ortadadır³⁸³. Bu ve benzeri düzenlemeler, anayasal düzene yönelik bir kalkışmanın, askeri güçler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda konusu suç teşkil eden bu kalkışmanın varlığından haberdar olmasına rağmen, sadece emir aldığı için suç teşkil eden bu kalkışmaya katıldığı yönünde savunma yapan askeri personel açısından bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Benzer bir durumun polis açısından da mevcut olduğunu belirtmek gerekir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, aşağıda “dolaylı faillik” başlığı altında inceleyeceğimiz, konusu hukuka aykırı ve hatta suç teşkil eden bir emir aldığıнын farkında olmadan bu eylemlere katılan veya suçun işlenişinde araç olarak kullanılan kişilerin durumu farklıdır³⁸⁴.

Konusu suç teşkil eden emrin ifasını Anayasayı İhlâl Suçu bağlamında tartışmaya başlamadan önce, hukuka uygun bir emrin ifasının, emrin konusunun suç olarak tanımlanmış bir fiile ilişkin olması durumunda her halükârda hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edileceğini belirtmek gerekir³⁸⁵. Meselâ hukuka uygun bir gözaltı işleminde, gözaltı fiilinin kendisi, gözaltına alınan kişinin özgürlüğünü kısıtlasa da, gözaltı emrini uygulayan memur hukuka uygun bir emri uyguladığı için fiil hukuka uygundur. Bu noktada devletin hiçbir organının, demokratik usuller ve anayasal düzenin öngördüğü haller dışında devletin yönetimini ele alamayacağına, dolayısıyla

³⁸³ Zeynel Kangal, Askeri Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, sh. 116.

³⁸⁴ Bkz: İkinci Bölüm, VI.B.3.; bu kişilerin hata hükümleri çerçevesindeki durumları açısından bkz. yuk. İkinci Bölüm III.C.

³⁸⁵ Dönmezer/Erman, C. II, sh. 86; Alacakaptan, Suçun Unsurları, sh. 102 – 103; Koca/Üzülmez, sh. 319; Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, GÜHFD, C.XVIII, S.2, 2014, sh. 234 – 235; Muhammed Demirel, Amirin Emri, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, XII Levha, İstanbul, 2014, sh. 52 vd.

İçHizK Mülga m. 35 türünden düzenlemelerin de emrin kendisini hukuka uygun hale getirmeyeceğini bir defa daha ifade etmek gerekir.

Hukuka aykırı olan ancak konusu suç teşkil etmeyen bir emir alınması durumunda ise emri alanın emrin hukuka aykırı olduğunu ve ifa edilemeyeceğini amirine bildirmesi gerekmektedir. Bu halde amir tarafından emir yazılı olarak tekrar edilirse, doğacak sorumluluk artık emri ifa edende değil verendedir. Bu durum doktrinde “hukuka aykırı ancak bağlayıcı emir” olarak adlandırılmaktadır³⁸⁶. Bu halde emri ifa eden açısından amirin hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrinin bir mazeret nedeni teşkil ettiği belirtilmektedir³⁸⁷.

Günümüzde kabul gören anlayışa göre, emir alan ast amirinin emrini hiçbir surette sorgulamadan yerine getirmek zorunda değildir³⁸⁸. Dahası, astın verilen emirden dolayı sorumlu tutulmamasının koşullarından biri, verilen emrin hukukiliğini araştırmasıdır³⁸⁹.

Bu kuralın istisnası ise astın bir kanun hükmü ile emrin hukukiliğini denetleme imkânından yasaklanmış olmasıdır³⁹⁰. Bu takdirde ast emrin hukukiliğini araştırmak imkânından yoksun bırakılmakta ve verilen emri sorgulamadan uygulamak yükümlülüğü altına girmektedir. Ancak bu yükümlülüğün konusu suç teşkil eden emirler açısından da geçerli olup olmayacağı ayrı bir tartışmadır³⁹¹.

³⁸⁶ Dursun, sh. 236.

³⁸⁷ Koca/Üzülmez, sh. 320. Karşı görüş: Demirel, sh. 83 vd.

³⁸⁸ Dönmezer/Erman, C. II, sh. 88; emrin hukuka uygunluğunu kontrol teorileri için bkz: Değirmenci, sh. 465 vd.

³⁸⁹ Dönmezer/Erman, C. II, sh. 87 vd; Koca/Üzülmez, sh. 320.

³⁹⁰ Dursun, sh. 239.

³⁹¹ Demirel, sh. 89 vd.

Bu itibarla meselenin konumuz açısından asıl önem taşıyan boyutu, konusu suç teşkil eden emrin ifası bahsidir.

2. Konusu suç teşkil eden emrin ifası

Anayasa m. 137/1 uyarınca, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışan kimsenin, üstü tarafından verilen bir emri yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasaya aykırı görmesi durumunda yerine getirmemesi öngörülmektedir. Bu halde, yukarıda da açıkladığımız üzere, üstün, bu konuda ısrar etmesi ve emri yazılı olarak yenilemesi ile emir yerine getirilecektir. Bu durumda emri yerine getiren sorumlu olmayacaktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise *“konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz”* (AY m. 137/2).

Anayasa m. 137/3 ile ise *“Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır”* şeklinde bir istisna getirilmiştir. Bu istisnanın maddenin birinci fıkrası açısından getirildiği kabul edilmektedir³⁹². Bu görüşe göre, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve güvenliği için kanunla, emrin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin engellenmesi, konusu suç teşkil eden emirler açısından geçerli değildir ve konusu suç teşkil eden emir mutlak surette yerine getirilmeyecektir³⁹³.

³⁹² Özgenç, Genel Hükümler, sh. 406 - 407; Olgun Değirmenci, *“Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”*, TAAD, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012, sh. 469.

³⁹³ Değirmenci, sh. 469.

Bu itibarla Anayasa'nın ortaya koyduğu prensibin, konusu suç teşkil eden emri verenin de, ifa edenin de cezai sorumluluğunun bulunduğu şeklinde olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu kabulün sonucu olarak, konusu suç teşkil eden bir emri verenin yanı sıra bu emri ifa edenin de ceza sorumluluğu devam edecek ve konusu suç teşkil eden emri ifa edenin, suç teşkil eden fiili, bir emir nedeniyle gerçekleştirdiği yönündeki savunmasına itibar edilmeyecektir³⁹⁴.

Öte yandan emrin hukukiliğinin denetlenmesinin kanun ile engellendiği hallerde, emrin hukukiliğinin denetlenmesine, konusu suç teşkil eden emirler açısından da bir istisna getirildiği ileri sürülmektedir³⁹⁵. Bu görüşe göre astın verilen emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisinden yoksun bırakılması halinde (AsCK m. 41/2 ve PVSK m. 2/(B)) konusu suç teşkil eden emri yerine getirenlerin sorumlu olmayacağı kabul edilebilir^{396, 397}.

³⁹⁴ Koca/Üzülmez, sh. 321; Dursun, sh. 238.

³⁹⁵ Koca/Üzülmez, sh. 320 – 322; Dursun, sh. 239 vd; Dönmezer/Erman, C. II, sh. 93.

³⁹⁶ Dönmezer/Erman, C. II, sh. 94; Dursun, sh. 240. Dönmezer/Erman, AsCK m. 43 bağlamında, aşağıda değineceğimiz üzere, emrin suç maksadının ast tarafından biliniyor olması hali müstesna olmak üzere emrin yerine getirilmesinde tereddüt ortaya çıksa bile ihmal olamayacağını kabul etmektedir.

³⁹⁷ Bu konuda Koca/Üzülmez AsCK m. 41 ile getirilen hükmün kendi içinde bir istisna ihtiva etmesine rağmen bu istisna dışında kalan durumlarda, bahsettiğimiz türden bir sakıncanın bulunduğunu, AsCK m. 41'in AsCK Ek Madde 8 ve 10 ile zımnen ilga edildiği yönündeki görüşlerin (Kangal, sh. 116 – 117) doğru olduğunu kabul etmekle birlikte bu durumun sorunu çözmekte yetersiz kalabileceğini ve AY m. 137'ye aykırı olduğunu düşündükleri düzenlemenin mutlaka Anayasa'ya uygun hale getirilmesi gerektiğini kabul etmektedir: Koca/Üzülmez, sh. 322 dn. 940. Benzer yönde: Dursun, sh. 243, özellikle dn. 106, ayrıca sh. 247 – 248.

Biz de temelde bu görüşlere katılıyor ve tereddütlerin giderilmesi için anılan mevzuatın net bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Ancak kanımızca, yeterince açık olmayan bu düzenlemelerde bir değişikliğe gidilmese dahi, Anayasa m. 137 ve ilgili sair düzenlemeler dikkatle incelendiğinde, mevcut durum itibarıyla de konusu suç teşkil eden emirlerin ifası bir mazeret sebebi haline getirilmemektedir. Anayasal düzen, konusu suç

Bu düzenlemelerden AsCK m. 41'in AsCK Ek Madde 8 ile yürürlükten kaldırılmış olduğu kabul edilmektedir³⁹⁸. Bu görüşe göre AsCK m. 41 yerine TCK m. 24 hükmü uygulanacaktır.

Anılan düzenlemenin yürürlüğü ve kapsamı meselesi bir yana, gerek AsCK m. 41/3(B), gerekse TCK m. 24/3 düzenlemeleri ile AY m. 137/2 hükmü de dikkate alındığında, anayasal düzene yönelik bir kalkışmanın varlığını bilen askeri personelin, bu bilgiye rağmen, aldıkları emir doğrultusunda suça iştirak etmeleri yani cebir ve şiddet yoluyla anayasal düzeni yıkma olarak kabul edilecek fiilleri gerçekleştirmeleri halinde ceza sorumluluklarının bulunacağı açıktır. Zira bu emir konusu açıkça suç teşkil eden bir emirdir. Emri ifa eden askeri personelin, hata halinde değilse, verilen anayasal organlara yönelik cebir ika edilmesi yönündeki emrin “suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik” olduğunu bilmediğini kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Bu fiiller askeri hizmetin görülmesi olarak kabul edilemezler. Bu türden emir alan askeri kuvvetlerin bir tatbikat yürütülmekte olduğu veya ülkenin bir saldırıya uğradığı gibi açıklamalarla hukuken kabul edilebilecek şekilde hataya sevk edilmeleri durumunda, sorumluluk dolaylı faillik ve hata hükümleri çerçevesinde tayin edilecektir.

PVSK m. 2/(B)'de 13 bent halinde sayılan haller açısından bu hallerin suç teşkil ettiğinin denetlenemeyeceği ve hatta bunlara ilişkin AsCK m.

teşkil eden emirlerin ifası halinde sorumluluğun hem emri verende hem de emri ifa edende olacağını kabul etmektedir. Modern temayül de bu yöndedir. Ayrıca kamu hukukunda yetki istisnadır. Bu itibarla en azından muğlâk olduğu genel olarak kabul edilen, konusu suç teşkil eden emrin ifasına ilişkin hükümlerin yorumunda, yetkinin sınırlılığı prensibi dikkate alınmalı ve konusu suç teşkil eden emirleri ifa eden astın, bu yönde bir açık bir hüküm bulunmadıkça, mazeret sebebinden yararlanamayacağı kabul edilmelidir.

³⁹⁸ **Kangal**, sh. 116 – 117; **Koca/Üzülmez**, sh. 322 dn. 940; **Değirmenci**, sh. 475. Bu görüşün değerlendirilmesi için bkz.: **Dursun**, sh. 230 – 231; dn. 63.

41/3(B)'deki türden bir istisna da yer almadığı düşünülebilir³⁹⁹. Ancak biz PVSK m. 2/(B) açısından, AY m. 137/2 çerçevesinde, konusu suç teşkil eden emrin bu maddede sayılan istisnalar açısından da yerine getirilemeyeceğini düşünüyoruz. Nitekim maddede sayılan istisnalar incelendiğinde, aralarında anayasal düzene karşı suçların da bulunduğu suçların önlenmesi ve faillerinin yakalanması için verilecek emirlerin hukukiliğinin denetlenmeyeceğinin belirtildiğine dikkat çekmek gerekir. Bu itibarla maddenin anayasal düzene yönelen fiillerin işlenmesi ya da bunlara iştirak edilmesi yönündeki emirlerin ifası yönünden mazeret sebebi olamayacağını kabul etmek gerekir.

B. Yaş Küçüklüğü

Anayasal düzene yönelik cebri davranışlar gerçekleştiren failin, on iki yaşından büyük ve on beş yaşından küçük olması durumunda, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olup olmadığının titizlikle değerlendirilmesi şarttır.

Anayasayı İhlâl Suçunun, belli bir maksadın varlığı ile işlenebildiği göz önüne alındığında, suç faillerinin bu düzenin ne gibi bir anlamının olduğunu da anlayabilecek, düzene yönelik cebri davranışların anlam ve sonuçlarını ayırt edebilecek olgunluğa sahip olması gerekir. On iki – on beş yaş aralığında bulunan çocukların, anayasal düzen, anayasayı ihlâl gibi kavramların anlamlarını özümsemiş olmaları ve bunlara yönelen fiillerinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olduklarını kolaylıkla kabul etmek mümkün değildir.

³⁹⁹ Kanımızca bu görüş kabul edilemez. Biz bu konuda *Dönmezer/Erman* tarafından ileri sürülen ve doktrinde genel kabul gören görüşü benimsiyoruz, bkz: **Dönmezer/Erman**, C. II, sh. 96; **Alacakaptan**, Suçun Unsurları, sh. 105 – 106.

C. Kaçınılmaz Haksızlık Hatası

Hukuka uygunluk sebebinin var olduğu zannıyla hareket eden faille ilgili, “dolaylı haksızlık yanılması”nın (“izin normunun varlığında hata”) söz konusu olduğunu ve bu durumun işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda hataya (haksızlık yanılması, yasak yanılması) ilişkin kurallar çerçevesinde çözüleceğini yukarıda açıklamıştık⁴⁰⁰. Gerçekten de, bu ihtimalin failin gerçekleştirdiği eylemin suç olduğunu bilmemesinden bir farkı bulunmamaktadır⁴⁰¹.

Bu bağlamda, haksızlık yanılmasına ilişkin koşullar çerçevesinde, anayasal düzene yönelen cebir ve şiddet hareketlerini, hukuka uygun olduğu zannıyla gerçekleştirenlerin, kaçınılmaz bir hatanın içine düşüp düşmedikleri değerlendirilmelidir.

Kanımızca, anayasal düzenin cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya yönelen kişilerin, bu eylemlerinin haksızlık teşkil etmediğini düşünerek hareket etmeleri mümkün değildir. Bir an için faillerin böyle bir yanılma içinde bulundukları düşünülecek olursa, bu takdirde de, söz konusu yanılmanın kusurluluğu kaldırdığından söz edilebilmesi için kaçınılmaz olmasının gerektiği düşünüldüğünde gene aynı sonuca varılacaktır. Zira, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik cebri davranışlar gerçekleştiren failin bu fiilinin bir haksızlık teşkil etmediği yönündeki yanılmasının kaçınılmaz olabileceğini ileri sürmek için faillerin bir anayasal düzen içinde yaşadıklarının farkında olmamaları ve bu durumun kendileri açısından kaçınılmaz olduğunun ortaya konulabilmesi gerekir. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı ortadadır.

⁴⁰⁰ Bkz.: İkinci Bölüm III.C.

⁴⁰¹ Erman, Yanılma, sh. 281.

VI. ANAYASAYI İHLÂL SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Anayasayı İhlâl Suçuna Teşebbüs Sorunu

Anayasayı İhlâl Suçuna teşebbüs hükümleri uygulanmaz. TCK m. 309'un gerekçesinde, teşebbüs hareketlerinin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesinden bahisle bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı söylenmektedir. Bu görüş doktrinde ittifakla kabul görmektedir⁴⁰². İtalyan doktrininde de suçun teşebbüse müsait olmadığı görüşü hâkim görüştür⁴⁰³.

TCK'nın Genel Hükümleri arasında yer alan suça teşebbüs hükümleri, yapısal özellikleri itibariyle müsait olan tüm suç tiplerine uygulanmaktadır. Hal böyle iken, Anayasayı İhlâl Suçunun neden istisna olarak kabul edildiği sorgulanabilir. Gerçekten de, TCK'nın hiçbir hükmü, teşebbüs hükümlerinin bu suç tipine uygulanamayacağı yönünde bir düzenleme içermemektedir.

Ancak, TCK suça teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağını gösteren açık bir istisna hükmü içermemekteyse de, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına müsait olmayan suç tiplerinin bulunduğu gerek uygulamada, gerekse doktrinde⁴⁰⁴ kabul edilmektedir.

Konuya bu açıdan bakılırsa, Anayasayı İhlâl Suçu, bir kalkışma (teşebbüs) suçudur. Yani suçun oluşması için kanunda öngörülen neticeleri

⁴⁰² **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 471; Suç Örgütleri, sh. 175; **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 150; **Parlar/Hatipoğlu**, sh. 4567; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, sh. 8469 – 8470; **Artuk/Gökcen/Yenidünya**, sh. 619; **Yaşar**, sh. 222 – 223.

⁴⁰³ **Manzini**, IV 1981, sh. 489; **Fiandaca/Musco**, Parte Generale, sh. 484 – 485.

⁴⁰⁴ **Koca/Üzülmez** ihmali harekette aktüel bir gâilik olmaması nedeniyle ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmektedir: **Koca/Üzülmez**, sh. 405. Sırf hareket suçlarına da teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir: **Artuk/Gökcen/Yenidünya**, sh. 604.

gerçekleştirmeye yönelik elverişli icra hareketlerine başlanması, yani neticeleri gerçekleştirmeye teşebbüs edilmesi yeterlidir.

Kanun koyucu, bu suç tipini kalkışma suçu şeklinde düzenlememiş olsaydı, maddede gösterilen neticelere yönelik elverişli icra hareketlerinin başlaması ile teşebbüs aşaması başlamış olacak ve neticelerin gerçekleşmesi ile de suç tamamlanmış olacaktı.

Anayasayı İhlâl Suçunun bir kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin sonucu olarak, TCK m. 35’de düzenlenen suça teşebbüse ilişkin hükümler suçun yapısal olarak parçası haline gelmektedir. Dolayısıyla, suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanması ile suçun tamamlanmış gibi cezalandırılması öngörüldüğü için, TCK m. 35 hükümlerine hakim olan prensipler, bu suç tipi açısından da aynen uygulanacak ve hangi hareketin icra hareketi olduğu veya gerçekleştirilen hareketin elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler bu temel prensipler dairesinde yapılacaktır.

Mesele, Anayasayı İhlâl Suçuna teşebbüse başlanmakla tamamlanmış gibi cezalandırılması yeterli olduğuna göre, bu suça ayrıca genel teşebbüs hükümlerinin (TCK m. 35) uygulanıp uygulanamayacağıdır. Durumun özelliğini vurgulamak için mesele genelleştirilerek şu şekilde de formüle edilebilir: Bir kalkışma suçuna teşebbüs etmek mümkün müdür?

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarda⁴⁰⁵ kalkışma suçlarının, kanun koyucunun suç siyaseti tercihlerinin sonucu olarak, suç tipinde öngörülen neticelere yönelik teşebbüse (elverişli icra hareketlerine) başlanması ile birlikte tamamlanmış gibi ceza verilmesi öngörülen suç tipleri olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla kalkışma suçlarında, suçun icra hareketlerinin hangi

⁴⁰⁵ Bkz. yuk. İkinci Bölüm II.D.1(f).

anda başladığı, hangi hareketin elverişli olduğu suça teşebbüs hükümlerine hakim temel prensipler uygulanarak belirlenecektir.

Bu çerçevede, zaten teşebbüs hükümlerine hakim prensipler çerçevesinde suçun icra hareketlerinin başladığı tayin edildikten sonra, bir daha teşebbüs hükümleri uygulanması doğru olmayacaktır. Böyle bir uygulama, suça teşebbüse teşebbüsü değerlendirmek anlamına gelir.

Anayasayı İhlâl Suçu, maddede gösterilen, anayasal düzene yönelik cebir ve şiddet hareketlerine başlanması ile oluşmaktadır⁴⁰⁶. Suç, eğer kalkışma suçu şeklinde düzenlenmemiş olsaydı, bu hareketler suçun icra hareketi olacak ve cebir ve şiddet hareketlerine başlanması ile suça teşebbüsün başladığı kabul edilecekti⁴⁰⁷. Yani anayasal düzene yönelik eylemlerin, icra hareketi niteliğinde olup olmadıkları, bunların elverişlilikleri TCK m. 35 hükümleri uygulanarak değerlendirilecekti.

İnceleme konumuz suçun kalkışma suçu olarak düzenlenmesi, kanun koyucunun suç siyaseti tercihinin sonucu olmakla, bu tercihin kullanılmasıyla birlikte, kanun koyucu, suçun koruduğu hukuki değerlerin önemini ve icra hareketlerine başlanmasının doğurduğu sonuçların ağırlığını dikkate almakta, bunları suçun neticeleri kadar önemli görmektedir. Ancak kanun koyucunun bir suç siyaseti tercihi olarak, Anayasayı İhlâl Suçunu bir kalkışma suçu olarak düzenlemesi, suçun diğer yapısal unsurlarında bir fark yaratıldığı şeklinde yorumlanamaz.

⁴⁰⁶ “Bu nitelikteki suçların özelliği teşebbüs aşamasında kalan fiillerinde tamamlanmış suç gibi cezalandırılması, ceza uygulaması açısından “teşebbüs” ile “tamamlanmış suç” ayrımının yapılmamasıdır” (Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272, www.hukukturk.com).

⁴⁰⁷ Aynı yönde: Özek, Siyasi İktidar, sh. 151 – 152.

Aksi yönde yorum, Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin cezalandırılabilirlik alanını kanun koyucunun öngörmediği şekilde genişletecektir. Zira suçun icra hareketlerine cebir ve şiddet teşkil edecek hareketler ile başladığı dikkate alınınca, suça aynı zamanda genel hükümlerdeki teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmek, bu suça teşebbüsün cebir ve şiddet hareketlerine ön gelen davranışları kapsamı sonucunu doğurur. Halbuki, kanun koyucu bunların önemli olanlarını (TCK m. 314, 315 ve 316) zaten ayrıca suç olarak tanımlamıştır. Söz konusu suç tipleri, Anayasayı İhlâl Suçuna yönelik cebir ve şiddet hareketlerinden önce gelebilecek, şiddete yönelme potansiyeli yüksek olan hazırlık hareketleridir. Ayrıca suç olarak tanımlanmamış hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması, günümüz ceza hukukunun temel prensiplerindendir. Bu çerçevede, Anayasayı İhlâl Suçu ve diğer kalkışma suçları açısından da, TCK m. 35'in uygulanmasını kabul ederek sınırlarının belirlenmesi olanaksız olan bir hareket alanını cezalandırılabilirlik sahasına almak, bütün bu temel prensiplerle çelişki içinde olacaktır.

B. Anayasayı İhlâl Suçuna İştirak

1. Genel Olarak

Anayasayı İhlâl Suçu 5237 s. TCK'daki düzenleme çerçevesinde suça iştirak hükümleri açısından bir özellik arz etmemektedir. Buna göre, TCK ile kabul edilen dar faillik prensibi ve sorumluluğun iştirak hükümleriyle genişletilmesi çerçevesinde, anayasal düzene yönelik cebir ve şiddet hareketlerini gerçekleştirenlerin (doğrudan faillerin) dışında, tipik hareketleri gerçekleştirmeyenlerin de suça iştirak hükümleri uygulanarak cezalandırılmaları mümkün olabilecektir.

Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin Mülga 765 s. TCK m. 146 ise iştirak açısından özel düzenleme içermektedir. Buna göre, tek başına ya da başkalarıyla birlikte, sözlü, yazılı ya da fiili fesat çıkarmak; halkın toplandığı yerlerde nutuk atmak veya kağıt asmak ya da yayın yapmak suretiyle, maddede gösterilen suçun işlenmesinin teşvikinin, suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi birinci fıkradaki gibi cezalandırılması öngörülmektedir. Anılan düzenleme uyarınca 765 s. TCK m. 65’de öngörülen fer’î iştirak hallerinden suç işlemeye teşvikin bazı özel görünümüleri, iştirak kurallarının uygulanmasına ilişkin diğer tüm prensipler baki olmak kaydıyla⁴⁰⁸ suçun asıl faillerine verilecek ceza ile karşılanmaktaydı.

Aynı maddeye 1960 yılında eklenen üçüncü fıkra ile ise yukarıya izah ettiğimiz ikinci fıkranın dışında kalan ferî iştirak hallerine, 765 s. TCK m. 65’de öngörülenden daha az ceza verilmesi öngörülmüştü. Yapılan bu eklemenin, “bazı failleri cezalandırmak için” yapıldığı söylenmişse de⁴⁰⁹ maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları teknik olarak cezai sorumluluk alanını genişletmemekte ve yalnızca yaptırımlara dair düzenleme içermektedir.

Anayasayı İhlâl Suçu tek failli suç olarak düzenlenmiştir. Ancak suçun tek bir kişi tarafından işlenebilmesi, hareketlerin elverişliliği açısından muhtemel gözükmemektedir. Gene de bu ihtimalin gerçekleşmesi imkânsız değildir. Elverişli güçleri harekete geçirme yetkisine sahip bir askeri komutanın, anayasal düzenin işlenmesini bir bildiri ile engellemesi durumu buna örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁰⁸ Erem/Toroslu, sh. 75 – 76.

⁴⁰⁹ Soyaslan, TCK 146, sh. 88.

İnceleme konumuz olan suç açısından müsterek faillik ve dolaylı faillik kavramlarının özel olarak incelenmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Zira bu suçun işlenmesi sırasında hiyerarşik yapılar içerisinde hareket eden bir takım kişilerin, suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri işlemeleri kuvvetle muhtemeldir. Ancak bu kişilerin tamamının anayasayı ihlâl maksadı ile hareket etmediği dikkate alınarak, bu ve benzeri ihtimallerin, suç failliği ve iştirak teorileri açısından değerlendirilmesi gerekir.

2. Müsterek Faillik

Anayasayı İhlâl Suçu her kadar tek failli suç olarak düzenlenmişse de, bu suçun işlenmesi için gerekli elverişli hareketlerden bahsedebilmek için, suçun işlenebilmesine yetecek kadar fazla sayıda insan ve güce sahip bir topluluğa yön verebilme kudretine sahip olmak şarttır. Birkaç kişi tarafından oluşturulan organizasyonların bu suç açısından elverişli hareketler ika etmesinin pek muhtemel olmadığını, yukarıda elverişlilik bahsini tartışırken açıklamıştık⁴¹⁰. Bu itibarla suçun işlenişine oldukça fazla sayıda kimsenin dahil olması yüksek bir ihtimaldir.

Suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri (cebir ve şiddet hareketlerini) birlikte gerçekleştirenler, birlikte suç işleme kararına sahip olmaları halinde bu suçun müsterek failleri olarak cezalandırılacaktır (TCK m. 37/1).

Bu kişilerin ayrıca anayasayı ihlâl maksadıyla hareket etmeleri de gerekir. Anılan kişiler arasında önceden bir anlaşma olması şart değilse de gerçekleştirilen cebri davranışların anayasayı ihlâlâ yönelik ortak irade oluşturması gerekir. Müsterek faillik durumunda, failler arasında işbölümü esasına dayalı, ortak bir irade ile suç üzerinde müsterek bir hakimiyet

⁴¹⁰ Bkz. İkinci Bölüm II.D.3(c)

kurulmaktadır⁴¹¹. Dolayısıyla suçun icrası açısından önemli rol üstlenen, birlikte suç işleme kararı ile hareket eden failler her birinin hareketi suç tipi açısından tipik olmasa da müşterek fail olarak sorumlu olacaktır⁴¹². Yani faillerin her birinin maddi unsurun bir kısmını gerçekleştirmesi durumunda da müşterek faillik söz konusu olmaktadır⁴¹³.

Fiili, suçun kanuni tanımındaki tipik davranış olmayan, ancak suçun oluşumuna “haricen katkı sağlayan” kimseler, katkılarının suçun oluşumu açısından zorunluluk arz etmesi durumunda müşterek fail sayılabilecektir⁴¹⁴. Bu itibarla davranışı ihmali nitelikte olan kişiler de bu şekilde suçun müşterek faili olabilirler. Darbeye katılma saikiyle koruma görevini yerine getirmeyen güvenlik güçlerinin, mesela Cumhurbaşkanlığı Muhafız Alayı komutanının darbeye katılma iradesinin sonucu olarak, komutası altındaki askerlere görevlerini yapma emre vermemesi buna örnek gösterilebilir.

Anılan kişiler, fiil üzerinde hakimiyet sahibi değillerse, suça iştirakin bir diğer alt türü olan yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler⁴¹⁵.

Anayasal düzene yönelik cebri icra davranışları kapsamında, bu davranışların tamamlayıcı unsurlarını gerçekleştiren tankları şehrin kilit noktalarına yerleştirenler, iletişim hatlarını kesenler ve ele geçirenler, üst düzey siyasetçileri ve bürokratları derdest edenler, yapmaları gereken savunma görevini yapmayanlar, fiillerinin anayasayı ihlâl maksadıyla

⁴¹¹ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 486 – 487; Koca/Üzülmez, sh. 422.

⁴¹² Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, sh. 135.

⁴¹³ Koca/Üzülmez, sh. 425.

⁴¹⁴ Koca/Üzülmez, sh. 425; Özgenç, Genel Hükümler, sh. 488 – 489; Aydın, sh. 135-136.

⁴¹⁵ Evik, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha, İstanbul, 2011, sh. 196.

işlenen suça iştirak için gerçekleştiğinin ortaya konulması durumunda, suçun müşterek faili sayılacaklardır.

Bu itibarla, anayasal düzene yönelik cebir ve şiddet hareketlerini görerek bu durumdan yararlanmak suretiyle yağmacılık yapan kişinin müşterek fail olarak değerlendirilmesi ise söz konusu olamaz. Zira bu ihtimalde birlikte suç işleme kararından bahsedilemez.

Ancak ortak iradenin anayasal düzen yıkıldıktan sonra yerine kurulacak düzenin ne olacağı hususunda da ortak irade olarak anlaşılmaması gerekir. Anayasal düzen yıkıldıktan sonra ne olacağı konusunda farklı düşüncelere sahip olsalar da, düzenin yıkılması yönünde ortak irade ile hareket edenler müşterek fail olarak kabul edilecektir.

Anayasayı İhlâl Suçuna yönelik aynı ortak irade ile davranan ve gerçekleştirdiği eylemi kanuni tipe uymamakla birlikte, bu eylemi netice ile nedensellik bağı taşıyan kimseler de müşterek fail olarak sorumluluk taşıyacaklardır. Yani bir takım faillerin davranışları cebri nitelikte olmasa da, davranışlarının anayasayı ihlâl neticesi ile nedensellik bağı taşıması durumunda, iştirakin diğer koşullarının da mevcut olması koşuluyla müşterek fail olarak değerlendirilmeleri mümkündür.

Gene yukarıda belirttiğimiz gibi⁴¹⁶ ihmali davranışlarla da suçun müşterek faili olunması mümkündür. Anayasal düzene yönelik kalkışmayı engelleme yükümlülüğü altında olanların, suça katılma iradesinin sonucu olarak⁴¹⁷ bu görevi ifadan imtina etmeleri durumunda, ihmali davranışlarının sonuca olan etkisine göre müşterek fail olarak sorumlulukları doğabilecektir.

⁴¹⁶ Bkz: İkinci Bölüm, II.D.1.(c)

⁴¹⁷ Aydın, sh. 91.

Emniyet güçlerinin, anayasal düzene yönelik kalkışmayı bertaraf etmek yerine hareketsiz kalmaları bu duruma örnek gösterilebilir. Anılan kişilerin müsterek fail olarak kabul edilmemeleri durumunda, yardım eden olarak sorumluluk taşımaları da mümkündür.

Suç ortaklarının anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik olarak ülkenin birbirinden farklı noktalarında bir arada gerçekleştirdikleri fiillerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle ülkenin farklı şehirlerinde yer alan askeri birliklerin, bulundukları şehrin kontrolünü ele almaları, bu suçun icrası açısından önemli katkı olarak değerlendirilmelidir.

Müsterek failliğin söz konusu olabilmesi için, müsterek failin fiilinin hazırlık hareketi niteliğinde bulunmaması gerekmektedir⁴¹⁸. Bu durumda, suçun hazırlık hareketi niteliğindeki suç için anlaşma veya örgüt kurma fiillerinin faillerinin, icra başladıktan sonra hiçbir eylemde bulunmamaları halinde müsterek faillik söz konusu olmaz.

3. Dolaylı faillik

Suç teşkil eden haksızlığın, bir başka kişinin vasıta olarak kullanılması suretiyle işlenmesi durumunda, bu kişiyi vasıta olarak kullanan arka plandaki kişi dolaylı fail olarak adlandırılmaktadır⁴¹⁹. Dolaylı failliğin söz konusu olabilmesi için, suç olarak tanımlanan davranışı gerçekleştiren kişinin, dolaylı fail tarafından yanıltılarak veya cebir ve tehdide maruz bırakılarak bu davranışı gerçekleştirmesinin sağlanması gerekir⁴²⁰. TCK m. 37/2 uyarınca *“suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur”*.

⁴¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 496.

⁴¹⁹ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 511; Koca/Üzülmez, sh. 429 - 430.

⁴²⁰ Özgenç, Genel Hükümler, sh. 512.

Anayasayı İhlâl Suçunun işlendiği bir çok örnekte, doğası itibariyle hiyerarşik ilişki içinde bulunan askeri yapıların suçun işlenmesinde araç olarak kullanıldığı görülmektedir. Ordunun üst kesimlerinde yer alanlar tarafından verilen talimatlar, anayasal düzene yönelik cebri davranışların ilgili emri neden yerine getirdiğini bilmeyen askeri personel tarafından gerçekleştirilmesini sağlayabilir.

Meselâ, bir ilde konuşlanmış olan garnizona, ile giriş ve çıkışları kapatması emri verildiğinde, bu emrin asıl amacı, yani emrin konusunun suç teşkil ettiği garnizonda görevli askerler tarafından bilinmiyor olabilir. Aynı şekilde askerler bir tatbikat olduğu söylenerek stratejik bir noktaya sevk edilebilir veya bir iç güvenlik tehlikesinin bulunduğu bildirilerek belli noktaları tutmaları istenebilir. Bu gibi ihtimallerde görevli askerlerin, yerine getirdikleri emirlerin asıl amacını bilmemeleri halinde Anayasayı İhlâl Suçunun faili olarak kabul edilemeyecekleri açıktır. Anayasayı ihlâl fiilleri işlenirken cebir her zaman şiddet boyutuna varmayabilir.

Esasen çoğu kez faillerin arkasında ciddi bir silâhlı gücün olduğunun bilinmesi, hatta buna inanılması dahi suçun neticelerine ulaşılması için yeterlidir. Bu nedenle bir ülkenin silâhlı kuvvetlerinin hiyerarşik olarak en üstünde bulunan komutanların darbe bildirileri dahi, duruma göre, bu suç açısından elverişli icra hareketi niteliği taşıyabilir. Bunun dışında, silahlı kuvvetlerde kritik konumda bulunanların, belli birlikleri stratejik noktalara yönlendirmeyi başarmaları durumunda, esasen bu birlikler üzerinde bu türden yasadışı bir fiili işletebilmek şeklinde, gerçek anlamda bir iktidarlara bulunmasa dahi, anayasal kurumların iktidarı terk etmelerini sağlamaları söz konusu olabilir. Dolaylı faillik kurumu bu noktada önem kazanmaktadır.

Ülkenin başkentindeki garnizonun komutanının aralarında bulunduğu küçük bir cunta yapılanmasının, başkentteki garnizonu, komutanı vasıtasıyla bir dış tehdit bulunduğu yalanını kullanarak, başkenttin stratejik noktalarında konuşlandırmaları ve bu şekilde aslında sahip olduklarından fazla bir kuvvetin kendi saflarında bulunduğunu göstermeleri halinde, garnizonda görev yapan, gerçekleştirdikleri eylemin asıl amacının farkında olmayan ve tek yaptıkları belli noktalara sevk edilmek olan askerlerin ve subayların Anayasayı İhlâl Suçunun faili olarak kabul edilmeleri doğru olmaz.

Eğer anılan personel, eylemlerinin kanuna uygun bir emir neticesinde gerçekleştiğine inanıyor ve bu hataları ceza hukuku açısından kaçınılmaz nitelikte kabul edilebiliyor ise bu takdirde kendilerini anayasal düzene karşı kalkışmada, adeta bir araç gibi kullanan failer dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Bu durum, kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinden farklıdır. Zira ikinci ihtimalde, emrin konusunun kanuna aykırı ve hatta suç olduğu emri ifa eden personel tarafından bilinmektedir. Tartışmakta olduğumuz ihtimalde ise emrin amacını bilmeyen askeri personelin sorumluluğu açıklanmaktadır. Yani askeri personel gerçekleştirdiği eylemin haksız bir eylem olduğunun bilincinde değildir⁴²¹.

Bu durum azmettiren-azmettirilen ilişkisinden de farklıdır. Dolaylı faillik durumunda suç teşkil eden fiili işleyen adeta bir araç iken, azmettiren kişi suçu tamamiyle iradi olarak işlemektedir⁴²². Bu itibarla anayasayı ihlâl

⁴²¹ Aydın, sh. 158.

⁴²² Özgenç, İştirak, sh. 198.

yönelik azmettirme suretiyle gerçekleştirilen davranışlar dolayısıyla, gerek asli fail, gerekse azmettiren sorumlu olacaktır.

Öte yandan dolaylı failliğin diğer bir şekli olan, araç niteliğindeki failin, eylemin (anayasayı ihlâl) hukuka uygun olduğuna ikna edilmesi suretiyle kaçınılmaz haksızlık yanılığısına düşürüldüğü kabul edilemez. Zira anayasal düzene yönelik cebir kullanılmasını hukuka uygun hale getiren bir yasal düzenlemenin varlığı kabul edilemeyeceği gibi, hiçbir hükmün bu anlama gelebilecek şekilde yorumlanamayacağını yukarıda açıklamıştık⁴²³.

Bahsettiğimiz ihtimal, askeri personelin iradesinin yanıltılmak suretiyle fesada uğratılması suretiyle dolaylı failliktir. Bütün bu unsurlar polis ve sair güvenlik personeli açısından da geçerlidir.

C. Anayasayı İhlâl Suçunun Diğer Suçlarla İctimai

1. Genel olarak

Anayasayı İhlâl Suçunun 765 s. TCK dönemindeki uygulaması, bu Kanunun kabul ettiği genel anlayış uyarınca, cebrin suçun bir unsuru olmasından dolayı cebir teşkil eden eylemlerden dolayı ayrıca ceza verilmemesi şeklindeydi⁴²⁴.

5237 s. TCK ile gerçek içtima uygulamasına ağırlık verilmiş ve fiil sayısının suç ve suç sayısının ceza prensibi genel olarak benimsenmiştir⁴²⁵. Bu nedenle 5237 s. TCK m. 309/2 uyarınca bu konuda açık bir hüküm tesis edilmiştir: “bu

⁴²³ Bkz: **İkinci Bölüm, V.C.**

⁴²⁴ “Öğreti ile yine süreklilik gösteren Yargısal kararlarda TCKnun 146. maddesinde yer alan cebir ögesini gerçekleştirmek üzere, diğer bir deyişle bu maddedeki suçu işlemek saiki ile adam öldürüldüğünde de yalnızca TCK.nun 146. maddesi hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.” (Yargıtay 9. CD, 30.9.1996, 688/4716, www.hukukturk.com)

⁴²⁵ **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 229.

suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur”.

Anayasal düzeni ortadan kaldırmak amacıyla, birinin öldürülmesi, maddede zikredilen cebir ve şiddet tanımına uygun bir eylemdir. Söz konusu eylem ve bununla birlikte, aynı amaç doğrultusunda gerçekleştirilen diğer eylemlerin, anayasal düzeni ortadan kaldırmak konusunda elverişli hareketler olarak kabul edilmesi durumunda hem Anayasayı İhlâl Suçu hem de örnek olarak gösterdiğimiz kasten öldürme suçu oluşmuş olacaktır.

Anılan düzenleme uyarınca, anayasal düzene yönelik kalkışma sırasında, maddede öngörülen neticelere ulaşmak için adam öldüren, işkence fiilleri gerçekleştiren, hürriyeti tahdit gibi suçlar işleyenlerin, bu fiillerinden dolayı ayrıca cezalandırılacakları konusunda tereddüt edilmemelidir⁴²⁶. Nitekim Yargıtay da 5237 sayılı TCK çerçevesinde uygulamanın bu şekilde yapması gerektiğini kabul etmektedir⁴²⁷.

Anayasayı İhlâl Suçunun diğer suçlarla içtimaina ilişkin bu genel prensipleri ortaya koyduktan sonra, özellik arz eden bir takım suç tiplerine ilişkin içtima sorununu çözmek gerekir.

⁴²⁶ **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 539.

⁴²⁷ “... sanıkların mensubu oldukları örgütün amacı doğrultusunda 14 ayrı eyleme katıldıklarının anlaşılması karşısında, sanıkların 5237 sayılı Yasanın 309/1. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesi sırasında başka suçları da işlemeleri nedeniyle, aynı Yasa maddesinin 2. fıkrası uyarınca yasanın amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alındığında, haklarında ayrıca bu suçlardan dolayı da ilgili hükümlere göre ceza tayini gerektiği, bu durumda da 765 sayılı TCK’nın 146/1. maddesinin sanıklar lehine olduğu gözetilmeden yasaya uygun olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi...” (Yargıtay 9. CD, 30.5.2006, 1276/2927, **Akkaya**, s. 203; Aynı yönde: Yargıtay 9. CD, 8.5.2007, 2572/3890, **Parlar/Hatipoğlu**, s. 4574)

2. Ayrıca suç olarak tanımlanan hazırlık hareketleri ile içtima

Yukarıda da değindiğimiz gibi TCK m. 309/2 uyarınca suçun işlenmesi sırasında işlenen başka suçlardan dolayı ceza tayin edileceğinde şüphe yoktur.

Ancak TCK m. 314 ve 316'da düzenlenen, esasen Anayasayı İhlâl Suçunun hazırlık hareketi niteliğinde olan suç tipleri açısından maddede yer alan gerçek içtima kuralının uygulanıp uygulanmayacağı ayrıca tartışılmalıdır.

Öncelikle anılan suç tipleri ile Anayasayı İhlâl Suçu arasındaki ilişkiyi kısaca değerlendirmek gerekir. Silâhlı Örgüt (TCK m. 314) ve Suç İçin Anlaşma (TCK m. 316) suçlarının, Anayasayı İhlâl Suçunun (ve Kanun'un ilgili kısmının dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan diğer suçların) hazırlık hareketleri olduğu hususunda duraksama yoktur⁴²⁸. Kanun koyucu, arz ettikleri özel tehlikelilik halini dikkate alarak bu hazırlık hareketlerini ayrı suç olarak düzenlemiştir⁴²⁹.

765 s. TCK döneminde, Silahlı Örgüt Suçu'na (m. 314) karşılık gelen 765 s. TCK m. 168 ile Anayasayı İhlâl Suçu arasında geçitli suç ilişkisi olduğu yönünde öğreti⁴³⁰ ve uygulama⁴³¹ görüşü mevcuttu.

⁴²⁸ **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 236; **İçel**, sh. 225; **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 344 vd.; **Özek**, Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri, sh. 458 vd.; **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 108; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 70; **Erem/Toroslu**, sh. 71.

⁴²⁹ **Özek**, Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri, sh. 460 vd; ayrıca bkz. yuk. *İkinci Bölüm II.D.(f)(aa)*

⁴³⁰ **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 109. **Özek**, daha evvel aksi görüşü savunarak, hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tipleri müstakil suç olarak düzenlendiğinden dolayı, amaç suçun işlenmesinin, bu suçlardan dolayı cezaya hükmedilemeyeceği anlamına gelmeyeceğini savunmaktaydı (Bkz.: **Özek**, Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri, sh. 490, 518; **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 158 -159). Yazar bu görüşünden döndüğünü, kendini de eleştirmek suretiyle, açık bir şekilde sonraki tarihli makalesi ile ortaya koymuştur: **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 107 – 108.

5237 s. TCK m. 309/2 ile getirilen düzenleme ve TCK m. 314/3 yollaması hasebiyle m. 220/4 hükümleri dikkate alındığında, 5237 s. TCK döneminde, Anayasayı İhlâl Suçunun ayrıca suç olarak tanımlanmış bulunan hazırlık hareketlerinin, bu suçun icrasına başlanmış olsa dahi cezalandırılacakları düşünülebilir⁴³². Zira anılan düzenlemelerden ilki, Anayasayı İhlâl Suçunun işlenmesi sırasında işlenen diğer suçlardan dolayı ayrıca ceza verileceğini; ikincisi ise suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların ayrıca cezalandırılacağını hükme bağlamaktadır.

Ancak bu düzenlemelerin, Anayasayı İhlâl Suçunun icrasına başlanması durumunda da - diğer koşulları oluşsa da – TCK m. 314 ve m. 316'dan dolayı ceza tayinini mümkün kılmadığını düşünüyoruz.

Esasen TCK'nın kabul etmiş olduğu gerçek içtima sistemine Kanunun kendi içinde yer alan fikri içtima ve zincirleme suç hükümleri gibi bir takım istisnalar öngörülmüştür. Bu örneklerin dışında, görünüşte içtima halleri başlığı altında, yorum yoluyla ortaya konulan bir takım başka istisnaların varlığı da doktrinde kabul görmektedir⁴³³.

Anayasayı İhlâl Suçu TCK m. 314 ve 316'da düzenlenen suç tipleri açısından amaç suç niteliğindedir. Yani anılan maddelerdeki açık düzenleme

⁴³¹ "Ceza Yasası'nın 146. maddesinde gösterilen suç, gittikçe ağırlaşan, belirli bir süreçte gelişen, muhtelif fillerin nedensellik bağı içinde gerçekleştirilmesini zorunlu kıldığından öğretide "müterakki suç", "gelişimli suç" olarak da tanımlanmakta, dolayısıyla bu suç failleri hakkında önceki suç aşamalarının cezaları uygulanmamaktadır." (Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272, www.hukukturk.com)

⁴³² Bu yönde görüşler için bkz: **Parlar/Hatipoğlu**, sh. 4606; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, sh. 8567.

⁴³³ **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 581; **Koca/Üzülmüş**, sh. 508 vd; **Neslihan Göktürk**, Fikri İçtima (Suçların İçtiması), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, sh. 73 vd.

uyarınca⁴³⁴ söz konusu suçlarda konu edilen türden hareketler ancak belli bir amaca yönelirse (inceleme konumuz açısından anayasayı ihlâl) suç teşkil etmektedir. Bu itibarla, herhangi bir suç işlemek amacıyla değil, Anayasayı İhlâl Suçunu işlemek maksadıyla kurulan örgüt TCK m. 314’de düzenlenen suçu oluşturur⁴³⁵. Aynı durum TCK m. 316 açısından da geçerlidir.

Hal böyle olunca, TCK m. 314 ile TCK m. 220’den farklı olarak, muayyen bir suçu işlemeye yönelen bir örgüt yapısı öngörülmektedir. Yani TCK m. 220’nin aksine, sayısı belli olmayan suçları işlemeyi amaç edinmiş bir birleşme değil, belli somut bir suçu işlemek için oluşmuş bir birleşme söz konusudur⁴³⁶.

Bu iki suç tipi arasındaki bir diğer fark ise, TCK m. 220’nin muayyen bir suça yönelmemekte oluşu sebebiyle, işlenmesi amaçlanan suçlarla bu suç arasında, korunan hukuki değer açısından paralellik bulunmamasıdır. Halbuki TCK m. 314 ile anayasal düzeni ortadan kaldırmayı, (TCK m. 309’da düzenlenen suçu işlemeyi) amaçlayan bir örgütün kurulmasından, anayasal düzene yönelik elverişli icra hareketlerine başlanması ve icraya başlanması ve takip eden süreç tek bir temel amaca yönelen davranışlar dizgesidir. Bu düzlemde suç teşkil eden tüm eylemler aynı hukuki değeri ihlâl etmektedir.

⁴³⁴ TCK m. 314’de düzenlenen suç “Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla...”; m. 316’da düzenlenen suç ise “Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere...” ibareleriyle başlamaktadır.

⁴³⁵ **N. Kaan Karcıoğlu**, “Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları”, Suç ve Ceza, TCHD, 2011/1, sh. 119.

⁴³⁶ 5237 s. TCK m. 220 ile 314’ün bu açıdan karşılaştırmalı değerlendirmesi için bkz: **N. Kaan Karcıoğlu**, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu (TCK m. 220) ile Korunan Hukukî Menfaat ve Suçun Hukukî Niteliği”, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, YHFD, C: IX, S: 2, 2012, sh. 607 vd.

Bunun sonucu olarak, Anayasayı İhlâl Suçu, TCK m. 314 açısından tam anlamıyla bir amaç suçtur⁴³⁷. Amaç suçun icrasına başlanmakla artık amaç suçun hazırlık hareketi niteliğindeki araç suçtan cezalandırma söz konusu olmaz. Zira kanunkoyucu hazırlık hareketlerini ayrıca cezalandıran bu suç tipleri ile zaten amaç suçun işlenmesine yönelik önleme fonksiyonunu icranın başlangıcının da önüne almak istemektedir. Yani bu gibi suçlar genel prensiplerden bir sapma niteliğindedir.

Söz konusu suçlar arasında geçitli suç ilişkisinin bulunup bulunmadığı tartışılmıştır. Bir suçun işlenmesi için suç olarak tanımlanmış başka bir suçun işlenmesinin zorunlu olması hali geçitli suçun tanımında yer alan zorunlu bir unsur ise⁴³⁸, TCK m. 316, 314 ve 309 arasında geçitli suç ilişkisi olmadığını kabul etmek gerekir⁴³⁹.

⁴³⁷ Bu hususta ayrıca bkz.: **Karcılioğlu**, Yargıtay İçtihatları, sh. 118 vd.

⁴³⁸ **İçel**, sh. 234 – 235; **Demirbaş**, sh. 486; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 255. Öte yandan **Dönmezer/Erman**, geçitli suç tanımında bu hususu açıkça zorunlu bir unsur olarak saymamıştır, bkz.: **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 404. Nitekim yazarlar cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğindeki 765 s. TCK m. 323’de düzenlenen filigranlı kağıtları taklit etme, satma, satın alma gibi fiileri suç olarak düzenleyen madde ile sahte para basmak arasındaki ilişkiyi geçitli suç ilişkisine örnek göstermektedir. Kanımızca bu görüş yerinde değildir. Söz konusu örnekte cezalandırılan hazırlık hareketi söz konusu olup, sahte para basılması ile birlikte ön gelen hazırlık hareketlerinin ayrıca cezalandırılması gerekliliği ortadan kalkmaktadır.

⁴³⁹ Aksi yönde: **Özek**, Anayasayı İhlâl, sh. 109. Esasen **Özek** de 1967 tarihli eserinde, bu iki suç tipi arasında geçitli suç ilişkisi olamayacağını kabul etmekte, ancak bunun sonucu olarak her iki fiili de ika eden failin gerçek içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılmasını savunmaktaydı. **Özek**’in bu görüşünden daha sonra döndüğünü yukarıda dn. 430’da açıklamıştık.

Kanımızca **Özek** önce geçitli suç açısından doğru görüşü benimsemiş, ama nihai uygulamayı hatalı yapmış; daha sonra ise bu uygulamanın doğurabileceği hatalı ve vahim sonuçları öngörerek hatalı bir gerekçe ile doğru sonuca varmıştır. Biz **Özek**’in görüşünü bu konudaki son makalesi çerçevesinde değerlendiriyoruz. Bu bağlamda, inceleme konumuz üzerine ülkemizde yazılan en yetkin eserlerin sahibi olan Yazar tarafından 1990 yılında yayımlanan makalesindeki “... Bu türden suçların işlenmesi, genellikle aynı amaçla işlenen, birbirini izleyen, birbiri ile nedensellik bağı içinde bulunan ve gittikçe ağırlaşan birçok fiilin işlenmesini zorunlu kılar. Diğer bir deyişle, genellikle ‘müterakki suç’ durumu söz konusudur. ‘Amaç suç’ belirli basamaklardan çıkılarak işlenir...” ifadelerini bu konudaki nihai görüşü olarak kabul ediyoruz.

Zira Anayasayı İhlâl Suçu, her ne kadar fiiliyatta hemen her zaman birden çok fail tarafından işlense de, teorik olarak çok failli suç değildir ve tek bir kişi tarafından da işlenebilir⁴⁴⁰. Ayrıca suçun birden çok fail tarafından işlendiği her ihtimalde meydana gelen birleşme, suç örgütü mahiyetinde de olmayabilir. Dolayısıyla bir örgüt olmadan da Anayasayı İhlâl Suçunun işlenmesi mümkündür⁴⁴¹. Bütün bu açıklamalar, TCK m. 314’de tanımlanan suç hiç işlenmeden de TCK m. 309’daki fiilin işlenebileceğini göstermektedir. Yani TCK m. 314 ile 309 arasında geçitli suç ilişkisi yoktur.

Anılan suçlar arasında geçitli suç ilişkisinin olmadığını tespit ettikten sonra biri diğerinin özel olarak cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğindeki iki suç tipi arasındaki görünüşte içtima ilişkisinin teorik temelini ortaya koymak gerekir.

Doktrinde *İçel*, bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketlerini, asıl-yardımcı norm ilişkisi çerçevesinde “cezalandırılmayan önceki fiiller” başlığı altında görünüşte içtima hallerinden biri olarak saymaktadır⁴⁴².

Buna göre, cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğinde olan TCK m. 314’de düzenlenen örgütlenme fiilleri, asıl suç olan Anayasayı İhlâl Suçuna nazaran yardımcı norm niteliğindedir⁴⁴³. Bu itibarla, Doktrinde kabul gören

⁴⁴⁰ Bu hususta bkz. yuk. **İkinci Bölüm VI.B.1.**

⁴⁴¹ Yargıtay da aynı yönde karar tesis etmiştir: “Yine bu suçun işlenmesi için önceden oluşturulmuş bir çete veya örgütün varlığı da zorunlu değildir.”(Yargıtay CGK, 7.7.1998, 9-187/272, www.hukukturk.com)

⁴⁴² *İçel*, sh. 223 vd.

⁴⁴³ *İçel*, sh. 219. *İçel* “bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri”ni “cezalandırılmayan önceki fiiller” arasında saymakta ve bunların zımni yardımcı norm niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Buna göre görünüşte içtima halleri arasında kabul edilen bu hallerde, yardımcı norm ile asıl normun bir arada ihlal edildiği hallerde yalnızca asıl normdan ceza tayinine gidilecektir.

“yardımcı normun sonralığı ilkesi”⁴⁴⁴ uyarınca yardımcı norm niteliği taşıyan suçlar, asıl suç işlendiği takdirde artık uygulama kabiliyetini yitirir.

Biz de bu görüşe katılıyoruz. Bir suçun hazırlık hareketlerinin ayrıca cezalandırılması durumunda, korunan hukuki değer ortaktır. Eğer fail hazırlık hareketlerini aşarak asıl suçun icrasına başlamışsa artık hazırlık hareketlerinden dolayı değil, işlemiş olduğu amaç suçtan dolayı cezalandırılmalıdır. Dolayısıyla bu durumda ortada bir fikri içtima ilişkisi yoktur.

Aynı sonuca zarar suçu-tehlike suçu arasındaki içtima ilişkisi çerçevesinde de varılabilir. Aynı korunan hukuki değere sahip zarar suçu ile tehlike suçu arasında da asıl norm-yardımcı norm ilişkisi olduğu ve görünüşte içtima kurallarının tatbiki gerektiği kabul edilmiştir⁴⁴⁵. Biz zarar suçu-tehlike suçu arasında daima görünüşte içtima ilişkisi bulunduğu yönündeki görüşe katılmıyoruz⁴⁴⁶. Bu gibi hallerde eğer ilgili zarar suçu ve tehlike suçu arasında korunan hukuki değerde paralellik, kanuni tipte suç olarak tanımlanan eylemler açısından bir öncelik sonralık ilişkisi bulunması halinde görünüşte içtimadan bahsetmek mümkündür. Bu itibarla, anayasal düzene yönelik özel bir tehlikelilik durumunu suç olarak düzenleyen TCK m. 314 ve m. 316 hükümleri, esasen bir zarar suçu olan Anayasayı İhlâl Suçuna göre tehlike suçu niteliğindedir. Konu bu açıdan değerlendirildiğinde de anılan suçlar arasında görünüşte içtimanın söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

⁴⁴⁴ Koca/Üzülmez, sh. 513 – 514.

⁴⁴⁵ Koca/Üzülmez, sh. 513 – 514; aksi görüş: Göktürk, sh. 237 vd.

⁴⁴⁶ Kısmen aynı yönde: Göktürk, sh 239.

3. Anayasal düzene karşı diğer suçlarla içtima

Anayasayı İhlâl Suçu, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar arasında yer almaktadır. Bu bölüm altında yer alan diğer suçların bir kısmı cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğindedir. Aynı bölümde Anayasayı İhlâl Suçu ile benzerlik gösteren, Yasama Organına Karşı Suç (m. 311) ve Hükümete Karşı Suç (m. 312) arasındaki içtima ilişkisinin niteliğini de tartışmak gerekir.

Özek, 765 s. TCK döneminde, anılan suç tiplerinden dolayı tek bir cezaya hükmedilmesini geçitli suç ilişkisine bağlamıştı⁴⁴⁷. Yazar, anayasayı ihlâl maksadı ile yasama veya yürütme organına yönelen fiiller açısından, bu fiillerin 765 s. TCK m. 146 anlamında icra hareketi sayılacağını da belirtmiştir⁴⁴⁸.

Kanımızca, anılan suç tipleri arasındaki ilişki öncelikle suçun manevi unsurları arasında saydığımız maksat yönünden çözülmelidir. Eğer faillerin maksadı anayasayı ihlâl ise TCK m. 309, yasama organını işlemez kılmak ise TCK m. 311 ve hükümeti düşürmek ise TCK m. 312 oluşacaktır.

Sorun bu fiiller işlenirken maksadın birden çok neticeyi de kapsaması veya bu neticelerin her birinin oluşması durumunda ortaya çıkmaktadır.

Meselâ silâhlı bir gücün, seçilmiş bir hükümetin istifasını sağlamak için cebir içeren elverişli icra hareketlerine başlaması ve hükümetin istifa etmesi ile başkaca bir hareket yapmadan eylemlerini sonlandırması durumunda, TCK m. 312’de tanımlanan fiil tamamlanmış olacaktır. Bu halde esasen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzenin fiilen uygulanmasının

⁴⁴⁷ Özek, Siyasî İktidar, sh. 159 – 160.

⁴⁴⁸ Özek, Siyasî İktidar, sh. 160.

engellenmesi de söz konusudur. Ancak faillerin maksadı hükümeti düşürmek olduğundan dolayı TCK m. 312’de tanımlanan suç oluşmuştur.

Bir başka ihtimalde ise, 12 Eylül darbesinde olduğu gibi, silâhlı kuvvetlerin yasama ve yürütme organlarını lağvederek, anayasal düzeni ortadan kaldırdığı ihtimalde, tek bir suç vardır ve bu suç Anayasayı İhlâl Suçudur. Zira bu ihtimalde, yasama ve yürütme organlarının lağvedilmesi, anayasayı ihlâl maksadının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

5237 s. TCK m. 311 ve 312’de tanımlanan suçlar, özel hüküm niteliği taşıdıklarından dolayı ancak yalnızca bu maddelerde gösterilen neticelere ulaşmak maksadı ile hareket edildiği açıksa oluşur. Meselâ silâhlı güç, anayasal düzeni ortadan kaldırmak gibi bir maksadı hasıl olmaksızın, yalnızca mevcut parlamentonun dağılarak seçimlerin yenilenmesini sağlamayı amaçlıyorsa, TCK m. 311’de düzenlenen suçu işlemiş olur.

Maksadın bu suç tiplerinden birden fazlasını kapsamaması durumunda ise aynı fiil ile birden çok suç işlenmiş olacağından sorun fikri içtima hükümleri çerçevesinde çözümlenmelidir. Meselâ yürütme organının değişmesini öngörmeyen, bilâkis onu muhafaza etmek saikiyle hareket eden; ama parlamentonun kompozisyonu sebebiyle lağvedilmesini ve yeni bir anayasal düzen tesisini öngören bir kalkışmada hem TCK m. 309 hem de TCK m. 311’i işlemek maksadıyla hareket edilmektedir. Bu halde aynı cebri fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verilmiş olup sorun fikri içtima hükümleri çerçevesinde çözümlenmelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASAYI İHLÂL SUÇU İLE İLGİLİ DİĞER HUSUSLAR VE SUÇUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMAYI ETKİLEYEN ÖZEL HALLER

A. Genel Olarak

Anayasayı İhlâl Suçu, konumları ceza sorumluluğunun belirlenmesi, ya da cezai takibata maruz kalmaları açısından özellik arz eden birçok fail açısından özellik arz eden bir suç tipidir. Meselâ Cumhurbaşkanının görevi sırasında suçlanabilmesine ilişkin anayasal düzenleme dikkate alındığında, Anayasayı İhlâl Suçunun Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun doğmasına neden olan suçların belki de başında geldiği görülecektir. Benzer durumlar, TBMM üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri ile kamu görevlileri ve asker kişiler açısından da geçerlidir.

Ayrıca ülkemizde ve farklı ülkelerde, anayasayı ihlâl fiilleri sonrasında kurulan rejimlerin, önceki fiiller açısından bir takım düzenlemeler yaparak, demokratik rejimlere geçiş yapmaları da gözlemlenen bir husustur. Bu durumda uygulanan ve çıkış garantisi olarak adlandırılan bu gibi hükümlerin, anayasayı ihlâl fiilleri açısından ne gibi bir sonuç doğuracağının da incelenmesi gerekmektedir.

Konunun Ülkemiz açısından önemi, tarihsel süreç içinde yaşanan tecrübelerle de doğrudan ilintilidir. Parlamento sorumsuzluğunun anayasayı ihlâl fiillerini de kapsayıp kapsamadığı aşağıda tartışılacak olan önemli meselelerdendir.

Aynı şekilde anayasayı ihlâl fiillerinin siyasi suç niteliğinde olup olmadıkları ve bu bağlamda, gerek Türkiye’de bulunan ve kendi ülkesinde benzer fiilleri işleyen kişilerin iadeleri, gerekse Türkiye aleyhine bu fiilleri işleyenlerin durumu açısından siyasi suç kavramı çerçevesinde de bir değerlendirme yapılması şarttır.

B. Anayasayı İhlâl Suçu Açısından Özelliği Olan Kimi Bazı Kişilerin Durumu

1. Cumhurbaşkanı

1982 Anayasasının 105. maddesi, Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenlemektedir. Söz konusu madde uyarınca, Cumhurbaşkanının Anayasa ve kanunlarda belirtilen tek başına yapabileceği işlemler dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanır ve sorumluluk da bunlara aittir. Anılan düzenleme ile esasen Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu hükme bağlanmaktadır¹.

Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine ise Anayasa Mahkemesi dahil olmak üzere yargı mercilerine başvuru olanağı kapatılmıştır.

105. maddenin üçüncü fıkrası, Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğuna ilişkin fikir veren tek hükümdür ve bu hükmün yeterince açık bir ifadeye sahip olmaması nedeniyle Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ve dokunulmazlığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Söz konusu hüküm uyarınca, “*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*”.

¹ Özbudun, sh. 323; Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 326; Soysal, sh. 224.

Tartışmalar, öncelikle Cumhurbaşkanının vatana ihanet fiilleri dışında kalan fiillerden dolayı cezaî sorumluluğunun olup olmayacağı veya bu fiillerden dolayı herhangi bir dokunulmazlığa sahip olup olmadığı noktasında toplanmaktadır².

Vatana ihanet kavramının iinin ne şekilde doldurulacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Ayrıca, vatana ihanetten dolayı suçlandırılma sürecinin ayrıntılarına ilişkin olarak da fikir birliği mevcut değildir.

a) Cumhurbaşkanının vatana ihanet fiilleri dışındaki fiillerden dolayı sorumluluğu

Eski dönemlerde, devletin başında olan kişinin (sıfatı ne olursa olsun), diğer kişiler için ceza sorumluluğu doğuracak fiillerinden dolayı, cezai mesuliyetlerinin olmayacağı kabul gören bir prensipti. Günümüz parlamenter monarşilerinde dahi halen daha devam eden bu anlayışa göre, “egemen” olan hükümdar, kişisel suçlarından dolayı da sorumsuzdur, dokunulamaz. Günümüz dünyasının en gelişmiş demokrasileri arasında yer alan ve parlamenter monarşiyle yönetilen kimi bazı ülkelerde de bu anlayışın devam ediyor olması ilginçtir³.

² **Ergun Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, sh. 329.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Kemal Gözler**, Devlet Başkanları – Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001, sh. 85 – 86. Monarşik sistemlerde hükümdarın sorumsuzluğunun altında yatan neden, kralın başında bulunduğu hükümetin icraatından kralın sorumlu tutulması halinde, onun da istifa etmesi ve bu durumun rejimin tabiatına aykırılığı ile açıklanmıştır: **Ahmet Kerse**, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, İstanbul, 1973, sh. 131 – 132. Ancak bu durum hükümdarın şahsi suçlarından dolayı sorumsuzluğunu açıklağ için yeterli değildir.

Parlamentar sistemlerde ise cumhurbaşkanlarının kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğunun bulunduğu konusunda şüphe olmamalıdır⁴. Ne var ki, cumhurbaşkanının şahsi suçlarından dolayı yargılanamayacağı görüşünü savunanlar da vardır⁵.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu hususunda tartışmalar genellikle görevi devam eden cumhurbaşkanı hakkında cezai takibatın nasıl yapılacağı, cumhurbaşkanına koruma tedbirlerinin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında toplanmaktadır⁶.

Anılan konuda Anayasanın açık bir hüküm ihtiva etmesinin gerekli olduğunu⁷ ve mevcut boşluğun, görevdeki bir Cumhurbaşkanının görevi devam ederken suç işlediğine ilişkin ciddi bir suçlama yapılması durumunda önemli tartışmalara yol açabileceğini belirtmek isteriz⁸. Cumhurbaşkanına ilişkin böyle bir konunun belirsizliğe mahkûm edilmesinin, oldukça ciddi sıkıntılara sebebiyet verebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Konu, görevdeki bir Cumhurbaşkanının, seçilmeden önceki fiiline ilişkin olarak tartışılmış ve Yargıtay'ın önüne kadar gelmiştir. Ne var ki, somut olayda usule ilişkin bir meseleden ötürü, konu nihai olarak esasa girilmeden çözülmüştür⁹.

⁴ **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 262; **Kerse**, sh. 133, **Murat Yanık**, Yüce Divan, Der'in Yayınları, İstanbul, 2008, sh. 95 – 98; **Gören**, sh. 97; **Çetin Arslan**, Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi, Nobel Yayın, Ankara, 1999, sh. 53.

⁵ **Kunter**, sh. 415, dn. 285; **Teziç**, sh. 423.

⁶ Konuya ilişkin mukayeseli inceleme için bkz: **Gözler**, Devlet Başkanları, sh. 86 vd.

⁷ **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 504; **Koca/Üzülmez**, sh. 734.

⁸ Aynı yönde: **Arslan**, sh. 53.

⁹ **Yargıtay 11. CD**, 14.6.2010, 2009/16787, 2010/7000 (**Gökcan/Artuç**, sh. 770 vd.). Anılan karara konu teşkil eden olayda, görevdeki Cumhurbaşkanı hakkında, bu göreve seçilmeden önce işlediği iddia edilen bir fiilden dolayı soruşturma yapılmasının “kanuni imkânsızlık sebebiyle” mümkün olmadığından bahisle takipsizlik kararı verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz üzerine merci tarafından, Cumhurbaşkanlarının yasama dokunulmazlığından yararlanabileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle takipsizlik

Türk doktrinde bu konuda bir çok farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, Cumhurbaşkanının görev süresinin sona ermesi beklenmeli ve bundan sonra normal mahkemelerde yargılanması söz konusu olmalıdır¹⁰. Bir diğer görüşe göre ise bu hususta mesele ortaya çıktığında bir anayasa teamülü oluşacaktır¹¹. Bu husustaki üçüncü görüş ise, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarına ilişkin olarak milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasını önermektedir¹². Son olarak Cumhurbaşkanının dokunulmazlığı hususunda özel bir hüküm tesis edilmemiş olmasından hareketle, Cumhurbaşkanlarının herhangi bir kayda bağlı olmaksızın normal bir vatandaş gibi soruşturma ve kovuşturma işlemlerine tâbi olacağını kabul eden görüşler de mevcuttur¹³.

Görev suçlarına ilişkin olarak da tartışma mevcuttur. Bazı yazarlar, Cumhurbaşkanının görevine ilişkin suçlardan dolayı sorumluluğunun söz konusu olmadığını ifade etmektedirler¹⁴. Bu görüşte olan yazarlara göre, Cumhurbaşkanlığının sorumsuz bir makam oluşundan dolayı, göreviyle

kararı kaldırılmış, bunun üzerine dava kanun yararına bozma istemiyle Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Yargıtay, (konunun esasına ilişkin meseleye girmeden) takipsizlik kararına karşı yapılan itirazın, itiraz hakkı olmayan bir kimse tarafından yapıldığından bahisle, merci kararını bozmuştur. Bu bağlamda sorun Türk hukukunda çözüme kavuşmamış durumdadır.

¹⁰ **İçel/Donay**, sh. 141; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 173; **Koca/Üzülmez**, sh. 735; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, sh. 170;

¹¹ **Dönmezer/Erman**, C.I., sh. 263. Yazarlar, bu halde ortaya çıkacak teamülün Cumhurbaşkanının hemen yargılanmasını mümkün kılacak şekilde oluşacağına ihtimal vermemekte ve vatana ihanet halindeki kovuşturma usulü paralelinde bir çözüm üretileceğini düşünmektedirler.

¹² **Özbudun**, sh. 329. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 335; **Abdülhakimoğulları**, sh. 76 – 77; **Yanık**, sh. 98. Aksi görüş: **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 130.

¹³ **Özcan**, sh. 136.

¹⁴ **Yıldızhan Yayla**, "Milletvekili Dokunulmazlığı – Bakanların Sorumluluğu – Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu", Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği, 9 – 13 Ocak 2001, TBB Yayını, Ankara, 2001, sh. 496; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 334; **Özbudun**, sh. 329; **Gözler**, Devlet Başkanları, sh. 92; **Koca/Üzülmez**, sh. 733.

ilgili sorumluluğu da söz konusu olamayacaktır. Bu durumun istisnası ise vatana ihanet fiilleridir¹⁵. Bir diğer görüşe göre ise, Cumhurbaşkanının diğer görev suçlarından dolayı da sorumluluğu olmalıdır¹⁶. Bu hususta, görevin yerine getirilmesinden kaynaklanan ve göreve ilişkin olan suçlar arasında ayırım yapılarak, rüşvet, irtikâp gibi suç tiplerinin görevin yerine getirilmesi ile ilgili olmamalarından dolayı sorumsuzluk kapsamında olmayacakları kabul edilebilir. Zira burada görevle ilgili ama kişisel nitelikte bir fiil söz konusudur. Kaldı ki bu hususta, milletvekili sorumsuzluğunda, rüşvet karşılığında oy kullanılması durumunda kabul edilen çözüm yolu da önemli bir örnektir¹⁷.

b) Vatana ihanet fiilleri açısından

Anayasanın 105. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten dolayı, TBMM üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılması mümkündür. Söz konusu maddede kullanılan "vatana ihanet" kavramının hangi fiilleri kapsadığı, bu fiillerin suç teşkil eden fiillerden olması gibi bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı, hangi suç tiplerinin vatana ihanet sayılabileceği açık değildir.

Bir görüşe göre, vatana ihanet kavramının içeriği, bir kanunda tanımlanmadıkça veya hangi suçların vatana ihanet olarak kabul edileceği gene bir kanunla gösterilmedikçe, Cumhurbaşkanının vatana ihanetten

¹⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 334; Özbudun, sh. 329 - 330; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, sh. 171; Murat Sevinç, "Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanı", AÜSBFD, C: 57, S: 2, sh.124; Yanık, sh. 99.

¹⁶ Alacakaptan, Dokunulmazlık, sh. 504. İçel/Donay da "...Cumhurbaşkanı vatana ihanet suçundan ve bu nitelikte olmayan ve fakat göreviyle ilgili suçları nedeni ile Anayasa Mahkemesi'nde yargılanacaktır..." diyerek zımnen bu görüşü kabul etmektedir: İçel/Donay, sh. 141.

¹⁷ Bu hususta bkz. aş. Üçüncü Bölüm I.B.3(b)(1)

dolayı yargılanması söz konusu olamayacaktır¹⁸. Temelini suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinde bulan bu görüş yabana atılır nitelikte değildir¹⁹.

Diğer bir görüş ise vatana ihanet teşkil eden suçları belirleme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu kabul etmektedir²⁰. Ancak bu halde de, TBMM'nin takdir yetkisinin sınırsız olmadığı²¹ ve yalnızca kanunlarda suç olarak tanımlanmış eylemlere dayanabileceği kabul edilmelidir²².

Konuya ilişkin İç Tüzük hükümleri de bu yöndedir: "... söz konusu Yüce Divana sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir" (İç Tüzük m. 114/4).

¹⁸ **Gözler**, Devlet Başkanları, sh. 106, bu konudaki Fransız doktrininde ileri sürülen görüş için bkz sh. 103.

¹⁹ Bu konuda *Alacakaptan*'ın dikkat çektiği husus son derece önemlidir: "Bir kimsenin Cumhurbaşkanı seçilmiş olması, çok önemli bir mevkiye gelmiş olması, eşi ve paraleli olmayan bir görev makamını işgal etmiş olması, Türkiye Cumhuriyetinin devleti ve milletiyle bütünlüğünü temsil eder olması; yasama organı dışında, yürütme organı içinde, fakat ondan farklı bir konumda bulunması, onun daha az hukuk garantisinden istifade etmesi gerektiği gibi saçma ve olumsuz bir sonuca bizi götürmemelidir. Görevde yücelme, haklarda bir kısıtlama, azalma sonucunu doğuramamalıdır. Dolayısıyla neyin vatana ihanet olduğunu herhalde bilmemiz lazımdır." (*Alacakaptan*, Dokunulmazlık, sh. 502). Öte yandan, bu bağlamda vatana ihanet teşkil eden fiillerin veya suçların önceden belirlenmesinin her zaman istenildiği gibi sonuç vermeyeceğine, normal şartlarda vatana ihanet olarak değerlendirilmeyecek rüşvet gibi suçların, işleniş sırasındaki özelliklerden dolayı vatana ihanet kapsamında telakki edildiği örneklerin ortaya çıkabileceğini belirtmek gerekir. Kanımızca bu konudaki endişeler, Yüce Divan'ın vatana ihanete ilişkin TBMM'nin belirlemesi ile bağlı kalmadan karar vermesi ile çözülebilecektir. Bu noktada vatana ihanet ile suçlanan cumhurbaşkanının görevinin, istifa etmedikçe sürdüğünün kabulü ve bu denli olağanüstü bir yargılamanın en süratli şekilde tamamlanarak belirsizliğin ortadan kaldırılması gerektiği açıktır. Böyle bir suçlamayı yönelten TBMM'nin Yüce Divan'ın önüne somut suçlamalarla gideceği, aksi ihtimalde ise Yüce Divan'ın hızlıca beraat kararı verebileceği göz önünde tutulmalıdır.

²⁰ **Teziç**, sh. 424; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 334 – 335; **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 260; **Koca/Üzülmez**, sh. 734; **Yayla**, sh. 496; **Yanık**, sh. 99.

²¹ **Kerse**, sh. 168.

²² **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 173; **Yanık**, sh. 101 – 102; **Arslan**, sh. 51.

Yukarıdaki görüşle arasında nüans bulunan bir diğer görüşe göre, vatana ihanet kavramı hukuki olmaktan ziyade siyasi nitelikte olup, TBMM, herhangi bir suç tipini, vatana ihanet ile bağlayarak değerlendirme yetkisine sahiptir. Buna göre, mesela ülke güvenliği ile ilgili bir hususta rüşvet alan cumhurbaşkanının vatana ihanet fiilini işlediği gerekçesi ile suçlandırılması söz konusu olabilir²³. Bu konuda *Teziç* tarafından kullanılan ölçüte göre, vatana ihanet, *“Cumhurbaşkanının görevini, anayasaya, ya da ülkenin yüksek çıkarlarına aykırı bir biçimde kötüye kullanmasından doğan siyasi bir suçtur”*²⁴.

Ülkemizde vatana ihanet kavramını içeren ilk düzenleme olan, 29.4.1336 tarihli ve 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu, 12.4.1991 tarihli 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 23/(a) ile yürürlükten kaldırılmıştır²⁵.

27 Mayıs Darbesinden sonra Milli Birlik Komitesi tarafından kabul edilen 15 sayılı Kanun²⁶ m. 3’de de vatana ihanet kavramının kapsamını belli suçlarla sınırlayan bir düzenleme mevcuttur. Anılan madde aynen şu hükmü getirmektedir: *“Yukarıdaki madde hükmü, bu kanunun yürürlüğe girmesi tarihinden önce işlenmiş olan ve Türk Ceza Kanununun 125 – 133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163 ncü maddelerinde yazılı bulunan vatana hiyanet suçları hakkında da uygulanır”*²⁷.

²³ **Sevinç**, Cumhurbaşkanı, sh. 133.

²⁴ **Teziç**, sh. 424. Yazar, bu hususta bir adım daha ileri giderek, *“Vatana ihanet bir ceza hukuku kavramı olmaktan çok siyasi/cezai bir kavramdır; suçların kanuniliği ilkesi dışındadır ve bunun yaptırımının ne olacağını da Yüce Divan belirler”*. Kanaatimizce bu görüşe katılmak olanağı yoktur.

²⁵ Hıyaneti Vataniye Kanunu’nun ilgili hükümleri için bkz: **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 259.

²⁶ *“Türk Ceza Kanununun 146ncı Maddesine Fıkra Eklenmesi ve 56ncı Maddesinin Kaldırılması Hakkında Geçici Kanun”*, 15 s. 6.7.1960 T., (R.G. 11.7.1960/10548) http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc043/kanunmbkc043/kanunmbkc04300015.pdf (Erişim: 29 Kasım 2011).

²⁷ 15 sayılı Kanun hakkında değerlendirmeler için bkz.: **Erem**, C.III, sh. 12 – 14; **Özek**, Siyasi İktidar Aleyhine Cürümler, sh. 79 vd.

İç Tüzük m. 114/4’de yer alan “suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir” ibaresinden, vatana ihanet olduğu öngörülen eylemlerin kanunlardaki hangi suçu oluşturacağının belirtilmesi ile yetinilmeyerek, suça ilişkin delillerin de gösterileceğinin anlaşılması gerekir²⁸.

Söz konusu suçlandırma işlemi ceza muhakemesi hukuku anlamında soruşturma aşamasını sonlandıran niteliktedir²⁹. Bu bağlamda CMK m. 170 hükmünün kıyasen uygulanması, bu maddede yer alan ve sanık haklarına teminat teşkil eden hükümlere riayet edilmesi gerekir.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde TBMM’yi vatana ihanet olarak kabul edilecek suçu belirleme konusunda tek yetkili makam olarak kabul etmek gerekir. Ancak TBMM’nin bu belirlemeyi yaparken, kavramın kapsamından uzaklaşmaması gerekir.

Her ne kadar aksi görüşler bulunsun da³⁰, Yüce Divan’ın, TBMM’nin “vatana ihanet” olarak tanımladığı fiilin gerçekten vatana ihanet sayılıp sayılamayacağına ilişkin değerlendirme yetkisi bulunduğu kabul edilmelidir³¹.

Her halükârda, Anayasayı İhlâl Suçu, işlendiğine ilişkin delillerin mevcudiyeti halinde, kuşkusuz, vatana ihanet kavramına dahil olacaktır³². Ceza kanunlarımızda, vatana ihanet teşkil edeceği konusunda şüphe duyulmayacak sayılı suçlardan biri de Anayasayı İhlâl Suçudur.

²⁸ **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 502.

²⁹ **Kunter**, sh. 415, dn. 285; **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 502.

³⁰ Bu yönde: **Kerse**, sh. 174; **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 260.

³¹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 334 – 335; **Teziç**, sh. 424 – 425. Benzer yönde: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 85.

³² **Gören**, sh. 104; **Kerse**, sh. 168; **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 86; **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 259; **Koca/Üzülmez**, sh. 734; **Soyaslan**, TCK 146, sh. 80; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 172. **Bahri Öztürk**, “Bir Ceza Muhakemesi Olarak Yüce Divan”, AYD, No: 12, 1995, sh. 91 – 92; **Kerse**, sh. 168;

Vatana ihanet ile itham edilen Cumhurbaşkanının görevine devam edip edemeyeceği ise ayrı bir tartışma konusudur. Anayasa m. 106'da "Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması" ve "Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması" şeklinde iki ihtimalden bahsedilerek bu durumda Cumhurbaşkanlığına kimin vekâlet edeceği hükme bağlanmıştır. Meclis tarafından suçlandırılan Cumhurbaşkanının durumunun bu hallerden hangisine gireceği konusu tartışılmalıdır³³. Kanımızca, Yüce Divana sevk aşamasında, TBMM tarafından aksi öngörülmemişse, Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılmış sayılarak, bu süreçte Meclis Başkanının vekâleti sağlanmalı, Yüce Divan'ın mahkûmiyet kararı ile ise görevin boşaldığı kabul edilmelidir³⁴.

Vatana ihanet ile suçlandırılan Cumhurbaşkanının görevinin kendiliğinden sona ereceği yönündeki görüşleri³⁵ ise benimsemiyoruz. Ancak, Cumhurbaşkanının, Anayasayı değiştirmek için gerekenden bile daha fazla milletvekilinin oyu ile suçlandırılabilmesi karşısında; TBMM tarafından, suçlandırma kararında bu yönde de bir karara varılarak, Cumhurbaşkanının görevinin sona erdirilmesinin mümkün olabileceği kanısındayız. Böyle bir yaklaşımın, Cumhurbaşkanının suçlandırma kararı ile her halükârda düşmüş sayılacağı yönündeki görüşe nazaran daha uygun olduğunu düşünüyoruz.

³³ Kerse, bu hususta, Yüce Divan tarafından verilecek mahkûmiyet kararının makamı boşaltacağını kabul etmekte, aynı sayfadaki 14 numaralı dipnotta önce suçlanma ve Yüce Divana sevk durumunda görevin sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir demektedir ancak aynı dipnotun devamında, böyle bir durumda en azından (o zamanlarda mevcut olan) Senato başkanının vekâletinin söz konusu olması gerektiğini söylemektedir, bkz: Kerse, sh. 55 – 56.

³⁴ Arslan, sh. 52.

³⁵ Dönmezer/Erman, C.I, sh. 260; Gören, sh. 104 - 105

Kanımızca, bu hususta Yüce Divan tarafından bir karar verilmesi de, bu yönde bir yetkisi olmamasından dolayı mümkün değildir. Gene adi suçtan dolayı Yüce Divan'a sevk edilen bakanın görevinden düşeceğine ilişkin kuralın kıyasen bu hususta da uygulanmasının doğru olmadığı kanısındayız.

2. Bakanlar kurulu üyeleri

Milletvekili olan veya olmayan bakanlar hakkında, Anayasa m. 83 ve 112 uyarınca yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu kuralları uygulanacaktır. Ancak bakanlar kurulu üyelerinin, görevleriyle ilgili suçlar açısından özel bir soruşturma ve kovuşturma usulü benimsemiştir. Anayasa m. 100 uyarınca Meclis tarafından açılan soruşturma sonucunda Yüce Divan'a sevk kararı alınması durumunda yargılama bu makam tarafından yapılacaktır. Hakkında Yüce Divan'a sevk kararı verilen bakan düşmüş sayılır. Yüce Divana Başbakan sevk edilirse bu durumda hükümet düşer (Anayasa m. 113/3). Bakanların bunun dışında şahsi suçları açısından, yasama dokunulmazlığı hükümleri bir yana herhangi bir özel konumu bulunmamaktadır³⁶.

AY m. 148/6 hükmü, maddede sayılan kişilerin "görevleriyle ilgili suçlar bakımından" Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatıyla yargılanacaklarını düzenlemektedir.

Dolayısıyla, konumuz açısından yapılması gereken değerlendirme, Anayasayı İhlâl Suçunun, bakanlar açısından görevle ilgili suç sayılıp sayılamayacağıdır. Kanımızca bu hususta her iki cevap da verilebilir.

³⁶ **Yanık**, sh. 104; **Hikmet Tülen**, Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması, Mimoza, Konya, 1999, sh. 42; **Ali Oğuz Şahin**, Başbakan ve Bakanların Görevleriyle İlgili Cezai Sorumlulukları, Palme Yayıncılık, Ankara, 1999, sh. 57.

Anayasayı İhlâl Suçu, herkes tarafından işlenebilen bir suç olup, mutlaka görevle ilgili olarak işlenmesi gerekmez.

Ancak, bu suçun görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olması da mümkündür. Buna dayanak olarak CMK m. 161/8'deki düzenleme gösterilebilir³⁷. Anılan madde ile aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da olduğu bir takım suç tiplerinin görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olması ihtimalinde bile, Cumhuriyet savcılarının, 4483 sayılı Kanun ve benzeri nitelikteki kanunlarda öngörülen usuller işletilmeden doğrudan doğruya soruşturma yürütecekleri hükme bağlanmaktadır. 4483 sayılı Kanun, görev sebebiyle işlenen suçlardan bahsetmektedir. Bu itibarla memurların soruşturmalarında izin sürecine ilişkin daha dar bir kapsam içeren "görev sebebiyle" işlenmesi ihtimali Kanun ile kabul edilen Anayasayı İhlâl Suçunun, daha geniş bir kavram olan "görevle ilgili" olarak işlenebileceğinin evleviyetle kabul edilmesi gerekir.

Bu itibarla Anayasayı İhlâl Suçunun bakanlar kurulu üyeleri tarafından "görevleriyle ilgili" olarak işlenebileceği konusunda şüphe bulunmamalıdır.

³⁷ Aynı düzenleme 6352 sayılı Kanun m. 105/1(6) ile yürürlükten kaldırılan CMK m. 251/1'de yer almaktaydı (6352 s. 2.7.2012 T., "Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun" (R.G. 5.7.2012/28344)). Anılan madde uyarınca, CMK m. 250 ile görevli ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde, bu işlerle ilgili özel olarak görevlendirilen Cumhuriyet savcıları tarafından, bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile doğrudan soruşturma yapabilmekteydi. CMK m. 250/1'de sayılan suçlar arasında Anayasayı İhlâl Suçu da bulunmaktaydı. Anılan hükümler, 6352 sayılı Kanun ile değiştirilerek TMK'ya aktarılmıştı. Yapılan düzenleme ile tartışmakta olduğumuz konu açısından bir değişiklik getirmemiş ve TMK m. 10/3(b) uyarınca, aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da yer aldığı bir takım suçlara ilişkin "görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile" Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılması öngörülmüştü. Yapılan bu düzenleme de yürürlükten kaldırılmış, ancak aynı düzenleme bu defa CMK m. 161/8'e taşınmıştır. Bütün bu istikrarlı düzenlemeler, Kanunkoyucunun aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da yer aldığı suç tiplerinin görev kapsamında işlenmesini mümkün gördüğünü ortaya koymaktadır.

Ancak bu durum bir zorunluluk değildir ve Anayasayı İhlâl Suçu görevle ilgili olmayan biçimde de işlenebilir.

Bakanların fiillerinin görevle bağlantısı konusunda, görev esnasında işlenen her fiilin, görevle ilgili olmayabileceği görüşü ileri sürülmüştür³⁸. Buna göre bakanlar, sadece şahsi nitelikteki suçlarının yanı sıra, göreviyle ilgili olmayan suçlardan dolayı da genel kurallar dairesinde yargılanacaktır³⁹. Bu konuda Şahin tarafından kabul edilen görüşe göre başbakan veya bakanların fiillerinin görevle ilgili olup olmadığı belirlenirken, bunların memur sıfatları esas alınmalıdır. Yazar başbakan veya bakanın memur sıfatının suçun unsuru veya şiddet sebebi olmasını bu değerlendirmede belirleyici olarak kabul etmektedir⁴⁰. Biz bu görüşe katılmıyoruz.

Bakanlar kurulu üyeleri açısından bir başka tartışma ise, bakanların siyasi sorumlulukları bulunduğundan bahisle, görev suçlarından dolayı sorumlu olamayacaklarına ilişkindir. Söz konusu tartışma 1924 Anayasası m. 46'ya dayandırılmışsa da kabul görmemiştir⁴¹.

3. TBMM üyeleri

a) Genel olarak

T.C. Anayasası'nın Üçüncü Kısımının "Yasama" başlıklı Birinci Bölümü altında, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, genel oyla seçilen beş yüz elli milletvekilinden oluştuğu açıklanmaktadır. Millet adına kanun yapma ve yasama meclisine verilmiş olan diğer görevleri ifa etme yetkisine sahip olan milletvekillerinin, bu görevlerini gereği gibi yerine

³⁸ Tülen, Bakanların Cezai Sorumluluğu, sh. 41.

³⁹ Tülen, Bakanların Cezai Sorumluluğu, sh. 41 – 42.

⁴⁰ Şahin, Başbakan ve Bakanların Cezai Sorumluluğu, sh. 102 – 103.

⁴¹ Bkz: Özek, Siyasî İktidar, sh. 86 – 87.

getirebilmeleri için bir takım güvencelere sahip olmaları demokratik sistemlerde kabul edilen bir esastır⁴². Milletvekillerine tanınan bu güvenceler, keyfi kullanılmak üzere tanınmış birer ayrıcalık niteliğinde olmayıp, görev ve yetkilerin layıkıyla, özgürce ifa edilebilmesi için tesis edilmişlerdir⁴³. Anılan güvencelerin asıl fonksiyonu, parlamentonun görevini gereği gibi yapabilmesini sağlamak ve bağımsızlığını temin etmektir⁴⁴. Söz konusu güvenceler “yasama bağışıklıkları”, “parlamentar muafiyetler”, “parlamentar bağışıklıklar” veya “teşriî muafiyetler” başlıkları altında değerlendirilmiştir⁴⁵.

T.C. Anayasası m. 83’de düzenlenen yasama bağışıklıkları, “yasama sorumsuzluğu” ile “yasama dokunulmazlığı” olarak adlandırılan iki alt güvenceyi kapsamaktadır⁴⁶. Maddenin yan başlığı olarak “yasama dokunulmazlığı” kavramının tercih edilmiş olması, doktrinde eleştirilmekte ve bu kavram yerine “yasama bağışıklıkları”, “parlamentar bağışıklıklar” veya “parlamentar muafiyetler” kavramlarından birinin tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁷.

⁴² **Özbudun**, sh. 287; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 240; **Murat Sevinç**, “Milletvekili Dokunulmazlıkları”, Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, sh. 207; **Metin Feyzioğlu**, “Yasama Dokunulmazlığı”, AÜHFD, C: 42, S:1, 1992, sh. 22.

⁴³ **Hüseyin Özcan**, Yasama Bağışıklıkları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, sh. 15; **Teziç**, sh. 389; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 240. “Yasama dokunulmazlığı, bir amaç olmayıp milletvekillerinin halkın iradesini meclise tam olarak yansıtarak millî iradenin eksiksiz gerçekleşmesini sağlamalarının aracıdır.” (AYM, 21.3.1994, 1994/21-40).

⁴⁴ **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlıkları sh. 207; **Özcan**, sh. 19.

⁴⁵ **Teziç**, sh. 389; **Özcan**, sh. 16; **Erdal Abdülhakimoğulları**, Bir Yasama Bağışıklığı Türü Olarak Türkiye’de Yasama Dokunulmazlığı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008, sh. 5; **Mehmet Ali Aybar**, “Teşriî Masuniyet”, İÜHFM, C: III, 1937.

⁴⁶ **Yayla**, sh. 479.

⁴⁷ **Özbudun**, sh. 287; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 240; **Özcan**, sh. 16; **Türkân Yalçın**, “Yasama Sorumsuzluğu”, TBBD, 1992/2, sh. 217. Benzer yönde: **Feyzioğlu**, Dokunulmazlık 1992, sh. 21.

Öte yandan, söz konusu ayırımı bir ana başlık altında incelemekten alt başlıkları “mutlak dokunulmazlık – muvakkat dokunulmazlık”⁴⁸, “yasama dokunulmazlığı – kovuşturma yasağı”⁴⁹, “yasama dokunulmazlığı – bağışıklık”⁵⁰ şeklinde ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.

Biz aşağıda önce AY m. 83/1’de düzenlenen yasama sorumsuzluğunu ana hatları ile inceleyerek, bu madde kapsamındaki fiilleri Anayasayı İhlâl Suçu açısından değerlendireceğiz. Daha sonra AY m. 83/2’de düzenlenen yasama dokunulmazlığının, Anayasayı İhlâl Fiilleri açısından özelliklerini ortaya koyacağız.

b) Yasama sorumsuzluğu

(1) Yasama sorumsuzluğunun kapsamı

AY m. 83/1’de “yasama sorumsuzluğu” düzenlenmektedir. Buna göre, TBMM üyeleri, *“Meclis çalışmalarında oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden o oturumdaki Başkanlık Divanı’nın teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”*. Anılan hüküm, milletvekillerinin yasama fonksiyonu ile ilgili olarak Mecliste ileri sürdükleri düşünceleri, söyledikleri sözler, kullandıkları oylar nedeniyle, sorumlu olmayacaklarını kural haline getirmektedir. Bu şekilde meclis çalışmaları sırasındaki ifade özgürlüğü konusunda önemli bir koruma alanı yaratılmaktadır⁵¹. Ancak yasama sorumsuzluğu yalnızca ifade

⁴⁸ Dönmezer/Erman, C.I, sh. 264 vd.

⁴⁹ İçel/Donay, sh. 143 vd..

⁵⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, sh. 93 dn. 101.

⁵¹ AİHM de, parlamenterlerin ifade özgürlüğü konusuna özel önem vermektedir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü herkes için önemli olmakla beraber, halkın seçilmiş temsilcileri açısından evleviyetle önemlidir (Castells v. İspanya, 1992). Ayrıntılı değerlendirme için bkz: Alastair Mowbray, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights 2. Basım , OUP, 2007, sh. 643 – 644; Davis Harris/Michael

özgürlüğü sınırları dahilinde söz konusu olmayıp, asıl amacı milletvekillerinin yaptırım korkusu duymaksızın yasama görevlerini yapabilmesidir⁵².

Yasama sorumsuzluğundan yararlanabilecek kişiler, milletvekilleri ile AY m. 112 uyarınca milletvekili olmayan bakanlardır. Bunun dışında yasama faaliyetlerine dolaylı olarak katılan dilekçe veren, tanık, uzman, memur, danışman sıfatını taşıyan kişilerin yasama sorumsuzluğuna sahip olmadıkları kabul edilmektedir⁵³. Bu durum eleştirilmekte ve yasama sorumsuzluğunun fonksiyonu temel alınarak meclis çalışmaları ile ilgili olması durumunda, bu kişilerin de yasama sorumsuzluğundan yararlanması gerektiği söylenmektedir⁵⁴. Bu türden bir güvencenin tanınmamasının yasama çalışmaları sırasında görüşlerine başvurulanan kişilerin kendilerini güvende hissetmemelerine ve yasama çalışmaları sekteye uğrayacaktır⁵⁵.

O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Harris O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Basım, OUP, 2009, sh. 455; **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 43.

⁵² **Feyzioğlu**, Dokunulmazlık 1992, sh. 24; **Yalçın**, sh. 216.

⁵³ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 241; **Özcan**, sh. 59; **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlıkları, sh. 217; **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 26; **Ömer Keskinsoy**, Yasama Sorumsuzluğu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, sh. 87. Aksi görüş: **Teziç**, sh. 390. *Teziç* konunun tartışmalı olduğunu ifade ederek, "... yasama sorumsuzluğunun işlevsel niteliği dikkate alınrsa, 'meclis çalışmaları' ile ilgili olduğu takdirde, yukarıda anılanların da, bundan yararlanabileceğini kabul etmek gerekir" demektedir.

⁵⁴ **Teziç**, sh. 390; **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlıkları, sh. 218 – 219. Bu konuda ayrıntılı ve mukayeseli tahlil için bkz: **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 27. Aksi görüş: **Özcan**, sh. 59; **Abdülhakimoğulları**, sh. 18. Bu hususta *Teziç* ve *Sevinç*'in fikirlerini prensip olarak benimsemekle birlikte, *Özcan* tarafından ortaya konulan endişelerin giderilmesi gerektiği kanısındayız. Milletvekilleri ile Meclis dışından bakan olanlar dışında kalan kişiler için açık ve sınırları belli bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. *Keskinsoy*, yasama sorumsuzluğunu düzenleyen hükümlerde bir açıklık bulunmasa da, bu durumun bir eksiklik olmadığını, mevcut hukuk kuralları çerçevesinde çözüm bulunabileceğini ve bu konuda açık bir hükme yer verilmemesinin yerinde olduğunu savunmaktadır: **Keskinsoy**, sh. 89.

⁵⁵ **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlıkları, sh. 219.

Yasama sorumsuzluğundan yararlanabilecekler konusunda önem arz eden bir diğer grubu medya organları ve mensupları oluşturmaktadır. Prensip olarak, yasama sorumsuzluğu kapsamındaki söz ve düşüncelerin yayımlanması, aksi yönde Meclis kararı alınmadıkça, yasama sorumsuzluğu kapsamındadır⁵⁶. Aksinin kabulü, meselâ bir milletvekili tarafından Meclis kürsüsünden yapılan bir konuşmanın, suç oluşturan içeriğiyle birlikte yayımlanmasının ayrı bir suç olarak kabul edilmesi, basın özgürlüğünün yanı sıra⁵⁷, milletvekillerinin görüş ve düşüncelerini kamuoyuna yansıtma hakkının da ihlali anlamına gelecektir⁵⁸.

Zaten milletvekilinin kürsüden yaptığı bir konuşmanın içeriğinin aynen yayımlanması suç oluşturacak olursa, yasama sorumsuzluğunun ve bu sorumsuzluk kapsamında yer alan, *“Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmak”* hallerinin bir anlamı kalmayacaktır. Her ne kadar milletvekilleri, sorumsuzluklarından ötürü ceza tehdidiyle karşı karşıya olmasalar da, bu konuşmaların yayımlanmasından dolayı bir ceza sorumluluğu riskinin varlığı, bu konuşmaların yayımı konusunda tereddütlere yol açacaktır. Milletvekilinin konuşmasının çarpıtılması veya yorumlanması ihtimalleri bir kenara bırakılırsa, konuşmanın aynen aktarılmasında kamu yararı bulunduğu şüphe etmemek gerekir⁵⁹.

Bu konuda dikkate alınması gereken bir diğer önemli dayanak AY m. 97’dir. Maddeye göre, TBMM Genel Kurulundaki görüşmeler açıktır ve tutanak

⁵⁶ Özcan, sh. 61.

⁵⁷ Yalçın, sh. 231.

⁵⁸ Teziç, sh. 391.

⁵⁹ Sorumsuzluğun bir şahsi cezasızlık sebebi olduğundan bahisle aksi fikir için bkz: Özgenç, Genel Hükümler, sh. 607.

dergisinde tam olarak yayımlanır. Kapalı oturumlara ve bunların yayımının kısıtlanabilmesine ilişkin istisnalar bir yana, söz konusu kural, Meclis Genel Kurulundaki görüşmelerin kelimesi kelimesine yayımlanmasını bir Anayasal kural olarak öngörmektedir.

Gene AY m. 97/3 uyarınca açık görüşmelerin her türlü vasıta ile yayımı serbesttir. 97/3. maddede belirtilen “Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başkaca bir karar alınmadıkça” ibaresi, 83/1. madde ve Anayasa ile görüşmeler sırasında ileri sürülen düşüncelerin Meclis dışında tekrarının engellenmesi yönünde karar almakla yetkilendirildiği diğer haller ile birlikte düşünülmelidir⁶⁰. Aksi takdirde, Meclisin, açık görüşmelerin içeriklerinin tekrar edilmesini engelleyebilmek şeklinde genel bir yetkiye sahip olduğu gibi oldukça sınırlandırıcı bir durum kabul edilmiş olacaktır.

Gerçekten de, tutanaklara geçen ve tutanak dergisinde yayımlanan, bu şekilde de resmen kamuya açık hale gelen hususların, basında aynen tekrarlanmasının sorumsuzluk kapsamında olması doğaldır⁶¹. Mukayeseli hukukta da bu yönde örnekler mevcuttur⁶².

Öte yandan, ileri sürülen görüşlerin meclis çalışmaları ile ilgisi olmaması, tahkir edici nitelik taşıması veya ırk, din, dil temelli ayrımcılığı körüklemesi gibi ihtimallerde, Başkanlık Divanına, bu görüşlerin dışarıda

⁶⁰ Benzer görüş: **Özcan**, sh. 62.

⁶¹ Milletvekilinin sözlerini Meclis dışında tekrarı konusunda bkz: **Yalçın**, sh. 228, ayrıca sh. 231.

⁶² Mukayeseli hukukta görüşmelerin tam ve doğru olarak aktarılması durumunda sorumluluk doğmamaktadır. Alman Anayasası’nın 42/3. maddesi uyarınca Parlamento ve komisyonlarının kamuya açık görüşmelerinin gerçeğe uygun şekilde aktarılması sorumluluk doğurmamaktadır. İngiliz Hukukunda da, İyiniyetli olarak gerçeğe uygun aktarımlar hukuka uygun kabul edilmektedir: **Hilaire Barnett**, Constitutional and Administrative Law, 4. Basım, Cavendish Publishing Limited, London, 2002, sh. 582 – 583. Mukayeseli değerlendirmeler hakkında ayrıca bkz: **Teziç**, sh. 391; **Özcan**, sh. 61.

tekrarlanmasının yasaklanması için, o oturumda⁶³, Meclise teklifte bulunma yetkisi tanınmıştır (AY m. 83/1)⁶⁴. Fakat söz konusu yetkinin kullanımının son derece sınırlı tutulması, aksi halin, bu maddeyi Meclis içinde çoğunluğa sahip olan partinin baskı kurması için bir silah haline getirebileceği unutulmamalıdır⁶⁵.

Sorumsuzluk, belli bir mekânla sınırlı değildir. Maddede kullanılan meclis çalışmaları ibaresi, sorumsuzluğun meclis çatısı altında geçerli olduğu anlamına gelmemektedir⁶⁶. Burada kastedilen “parlamentar fonksiyon”un (yasama çalışması) yerine getirilmesidir⁶⁷. Dolayısıyla sorumsuzluk, parlamentar fonksiyonunun yerine getirildiği her yerde söz konusu olacaktır. Meclis genel kurul salonu, toplantı salonu, parti meclis grupları, komisyon toplantıları bu fonksiyonun icra edildiği örneklerdir. Meclis dışındaki çalışmalara örnek olarak Meclis araştırması komisyonlarının Meclis dışında yaptığı çalışmalar gösterilebilir⁶⁸.

Yasama sorumsuzluğu, yalnızca Meclis çalışmalarındaki oy ve sözler ile Mecliste ileri sürülen düşünceler açısından geçerlidir. Konu ifade

⁶³ Parlamento tarihimize, konuşmanın yapıldığı oturumda değil de iki gün sonra yasaklandığı bir örnek bulunmaktadır: **TBMM Tutanak Dergisi**, Dönem: 18, Cilt: 1, Yasama Yılı: 1, 21.1.1988 T., 12. Birleşim, sh.519 vd. Anılan olayda, İstanbul Milletvekili M. Ali Eren’in 19.1.1988 tarihinde yapmış olduğu gündem dışı konuşmaya ilişkin AY m. 83/1’in işletilmesi konusu gündeme alınmış ve muhalefetin yoğun itirazlarına rağmen kabul edilmiştir. İtirazlar için bkz: **Tutanak Dergisi**, sh. 525 vd. Meclisin bu kararı Anayasa’nın açık hükmüne aykırıdır. Başkanlık Divanının bu yönde teklifte bulunması yetkisi o oturumda geçerli olabilir: **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlığı, sh. 220.

⁶⁴ Bu düzenlemeye ilişkin bkz.: **Yalçın**, sh. 229 – 230.

⁶⁵ Bkz.: 18. Dönem Milletvekilleri Köksal Toptan (Zonguldak) ve Kemal Anadol (İzmir) tarafından yapılan itirazlar: **TBMM Tutanak Dergisi**, Dönem: 18, Cilt: 1, Yasama Yılı: 1, 21.1.1988 T., 12. Birleşim, sh.525 vd.

⁶⁶ **Teziç**, sh. 392; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 242; **Yalçın**, sh. 227 vd.

⁶⁷ **Özbudun**, sh. 288; **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlıkları, sh. 218; **Özcan**, sh. 93; **Yalçın**, sh. 228.

⁶⁸ **Teziç**, sh. 392; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 242.

özgürlüğünün bir yansıması gibi gözüксе de⁶⁹, sorumsuzluğun kapsamı ifade özgürlüğünün kapsamından geniştir. Buna göre hakaret ve sövme olarak kabul edilen ve ifade özgürlüğü alanının dışında kalan eylemler, yasama sorumsuzluğuna dâhil olarak kabul edilmektedir⁷⁰.

Hakaret ve sövme eylemlerinin milletvekillerine veya üçüncü kişilere yönelmesi arasında bir fark yoktur⁷¹. Sorumsuzluğun yalnızca hakaret ve sövme fiillerini kapsamadığını ve sözlü olarak gerçekleştirilen diğer eylemler açısından da uygulama sahası bulacağını düşünüyoruz⁷². Ancak yukarıda saydığımız fiil kalıplarından başka şekillerde gerçekleştirilen eylemler, meselâ meclis çalışmaları sırasında gerçekleştirilen fiziki saldırılar, sebebi ne olursa olsun yasama sorumsuzluğu çerçevesinde değerlendirilemezler.

Öte yandan, kullanılacak oyun rüşvet karşılığında belirlenmesinin sorumluluk kapsamında olmadığı tartışmasına ilişkin olarak, burada kişinin oyundan dolayı değil, oyun rüşvet karşılığında belirlenmesinden, yani

⁶⁹ Nitekim, İngiliz hukukunda, sorumsuzluk konusu ifade özgürlüğü (*freedom of speech*) başlığı altında değerlendirilmektedir, bkz: **Barnett**, sh. 551, 554 vd.

⁷⁰ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 243. *Sevinç*, bu fiillere ilişkin Meclisin kendi iç disiplin uygulamalarının yeterli olacağını, söz konusu uygulamaların yeterli yaptırımı sağladığını ve parlamentonun bağımsızlığı açısından Milletvekillerinin bu gibi fiillerden dolayı hukuki ve cezai sorumluluğunun bulunmaması gerektiğini, kanımızca haklı olarak savunmaktadır: **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlıkları, sh. 220 – 221. Öte yandan, ülkemiz uygulamasında, yasama sorumsuzluğu kapsamındaki fiillere ilişkin olarak ceza sorumluluğu olmayacağı kabul edilmekle beraber, hukuki sorumluluğun bulunduğu Yargıtay'ın yerleşik uygulaması haline gelmiştir: **Özcan**, sh. 83 vd.. Yargıtay'ın uygulamasının eleştirisi için bkz.: **Sevinç**, Milletvekili Dokunulmazlığı, sh. 220 – 221. Aksi görüşte: **Keskinsoy**, sh. 118 vd.

⁷¹ **Teziç**, sh. 394; **Barnett**, sh. 554.

⁷² *Teziç*, bu konuda, Fransız kamu hukukçuları tarafından verilen, başkalarına hakaret ve iftira edilmesi, suça teşvik, askerleri itaatsizliğe teşvik gibi örnekleri naklediyor: **Teziç**, sh. 394; Bu husustaki görüşler, örnek olaylar ve tartışmalar için bkz: **Sevinç**, (Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları), sh. 70 vd.

rüşvet alma eyleminden dolayı sorumlu olduğunu kabul ediyoruz⁷³. Kişi oyundan bağımsız olarak rüşvet eyleminden dolayı cezalandırılmaktadır. Bu durumda sorumsuzluk kapsamında yer alan eylemlerden ayrılabilen başka bir eylem gerçekleştirildiğinden dolayı sorumluluk kapsamı aşılmaktadır.

Hakaret örneği ile açıklama yapmak gerekirse, Meclis çalışmaları sırasında sarf edilen ve sorumsuzluk kapsamında olan söz, hakaret teşkil etse bile, sorumsuzluk mevcuttur. Zira milletvekilinin söylediği sözün kendisi hakarettir. İki eylem birbirinden ayrılamaz. Aynı durum suç olarak tanımlanmış olan diğer düşünce açıklamaları için de geçerlidir.

(2) Yasama sorumsuzluğunun ceza hukuku açısından niteliği

Doktrinde neredeyse tereddütsüz olarak kabul edilen görüş, yasama sorumsuzluğunun bir şahsi cezasızlık nedeni olduğu yönündedir⁷⁴. Bu görüşler uyarınca, yasama sorumsuzluğu sarf edilen sözün hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamakta, ancak sözü sarf edenin bundan dolayı sorumlu tutulmasını engellemektedir.

Bu hususta, milletvekillerinin bütün sözlerinin hukuka aykırı olduğu gibi bir yanlış sonuca varılmamalıdır. Kastedilen, milletvekilinin sözünün ifade özgürlüğünün sınırları dışında kalsa dahi cezalandırılabilir hale gelmeyeceğidir. Bu durumun bir sonucu olarak, iştirak halinde, yasama

⁷³ **Çetin Özek**, “Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlandırılabilir mi?”, İÜHFM, C.XXXI, S: 1-4, 1966, sh. 98; **Teziç**, sh. 395; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 244; **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 94; **Aybar**, sh. 128 vd.; **Yalçın**, sh. 234. Aksi görüş: **Özcan**, sh. 66; ayrıca bkz: **Aybar**, sh. 126’da yer alan görüşler.

⁷⁴ **Sahir Erman**, “Hakaret – Karşılıklı Tahkir – Teşrii Masuniyetin Hukukî Mahiyeti ve şumulü”, İÜHFM, C. 17, S. 1-2, 1951, sh. 457 vd.; **Özek**, Mutlak Yasama Dokunulmazlığı, sh. 79; **Koca/Üzülmez**, sh. 735; **Centel/Zafer/Çakmut**, sh. 154; **Demirbaş**, sh. 148; **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 607 – 608; **Yalçın**, sh. 223 vd.; **Keskinsoy**, sh. 120. Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir: **Yargıtay 4. CD**, 22.6.1950, 2818/7902 (İÜHFM, C. 17, S. 1-2, 1951, sh. 455 – 456); **Yargıtay 4. CD**, 24.1.1964, 5841/165 (Zikreden **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 607).

sorumsuzluğundan faydalanamayacak şerikler cezalandırılacaklardır. Ayrıca, karşılıklı hakaret durumunda, milletvekilinin hakaret teşkil eden sözü hukuka uygun kabul edilemez⁷⁵.

Milletvekilinin sarf ettiği sözlerin aynen yayımlanması hususunda yukarıda zikrettiğimiz görüşler dikkate alınmalıdır. Sözlerin aynen yayımlanması, ayrı bir hukuka uygunluk sebebidir ve yayımlanan ifade açıklaması içeriğinden bağımsızdır.

(3) Yasama sorumsuzluğunun sınırları ve anayasal düzene karşı fiiller

(i) Yasama sorumsuzluğunun sınırları konusunun Anayasayı İhlâl Suçu açısından önemi

Yasama sorumsuzluğunun kapsamını ortaya koyduktan sonra, sorumsuzluğun sınırlarının olup olmadığı tartışılmalıdır⁷⁶. Zira, yasama sorumsuzluğunun sınırı olup olmadığı konusu, 1924 Anayasasından beri, her üç Anayasamızda da yer alan mutlak ifadelerle düzenlenmiş olmasına rağmen tartışma konusu olagelmıştır.

Ayrıca, genel olarak anayasal düzene karşı fiiller, özel olarak ise Anayasayı İhlâl Suçu, sorumsuzluğun sınırları konusunda belki de en önemli başlıklardan birini oluşturmaktadır. Meclis çalışmaları sırasında söylenen sözlerle veya kullanılan oylarla anayasal düzene karşı suçlardan birinin

⁷⁵ **Erman**, Teşriî Masuniyet, sh. 461.

⁷⁶ Esasında, her ne kadar çoğu zaman tartışmaların odağında yasama dokunulmazlığı yer alsa da, yasama sorumsuzluğunun kapsamı konusunda, yukarıda da değindiğimiz üzere bir çok tartışma ve soru işaret mevcuttur. Bunun dışında, yasama sorumsuzluğunun kapsamına dahil olan fiillerin tamamının sorumsuzluğun konusu olup olmadığı tartışması mevcuttur. Böylece, mutlak olduğu ifade edilen yasama sorumsuzluğunun esasında ne kadar mutlak olduğu da tartışmalı hale gelmektedir. Konu hakkında değerlendirme için bkz: **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 266 – 267.

işlenmesi durumunda yasama sorumsuzluğunun geçerli olup olmayacağı, sorumsuzluğun sınırları bağlamında tartışmalıdır.

Konunun tarihsel önemi, 27 Mayıs Darbesinden sonra Yüksek Adalet Divanı tarafından yapılan yargılamalar sırasında gündeme gelmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu süreçte, Demokrat Parti milletvekillerinin Mecliste kullandıkları oylardan dolayı sorumlu tutulup tutulamayacakları da tartışılmıştır.

(ii) Anayasayı İhlâl Suçunun yasama sorumsuzluğu kapsamındaki fiillerle işlenmesinin mümkün olup olmadığı meselesi

Konu hakkında sonuca varmadan önce değerlendirilmesi gereken ön mesele, Anayasayı İhlâl Suçunun, yasama sorumsuzluğu kapsamındaki oy kullanmak, söz söylemek ve düşünce açıklamak şeklindeki fiillerle işlenip işlenemeyeceğine ilişkindir. TCK m. 309’da suçun “cebir ve şiddet kullanarak” işlenebileceği ifade edildikten sonra, doğası itibariyle cebir ve şiddet kullanımı teşkil etmeyen oy, söz ve düşüncelerin zaten Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturamayacakları düşünülebilir.

Kanımızca durum böyle değildir. Her ne kadar, inceleme konumuzu teşkil eden Anayasayı İhlal Suçu, cebir ve şiddet hareketleri ile işlenebilmekteyse de, bu suça azmettirmenin, yardım etmenin veya teşvik niteliğindeki davranışların yasama sorumsuzluğu kapsamında olan meclis çalışmaları sırasındaki oy ve sözler ile işlenmesi mümkündür. Meselâ, Meclis kürsüsünden, anayasal düzenin yıkılması çağrısında bulunmak, bu konuda hazırlığı olan kimi kesimlerin suç işleme kararını kuvvetlendirme yönünde konuşmalar yapılması söz konusu olabilir. Öte yandan, anayasal düzenin temelden değiştirilmesini öngören bir kanunun kabulü yönünde oy

kullanılması, anayasal düzenin ortadan kalkması sonucunu doğuran bir eylem olarak kabul edilebilir⁷⁷. Tüm bu örneklerde yer alan fiillerin cebir ve şiddet hareketleri ile birleşmeleri halinde sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı tartışılabilir.

Aşağıda ayrıntılı şekilde değineceğimiz üzere, Anayasayı İhlâl Suçunun oluşabilmesi, nihayetinde cebir ve şiddet kullanımı içeren bir takım fiillerin ika edilmesine bağlıysa da, bu gayri meşru fiillerin pozitif hukuka uygun bir görünüm kazanmasına imkân sağlayan kanunların kabulü, hareketin amacına ulaşabilmesini temin açısından hayati önemde olabilir.

Anayasal düzeni ortadan kaldıran cebir ve şiddet hareketleri, mutlaka gayri kanuni nitelikte olmak durumunda değildir. Tarih bunun örnekleri ile doludur⁷⁸. Bu bağlamda, her ne kadar ilk bakışta, oy, söz ve düşünceler ile “cebir ve şiddet” kullanımı bir arada olamaz gibi gözüксе de, ceza hukukunun iştirak kuralları çerçevesinde, anılan eylem kalıpları ile de bu suçun doğrudan faili, azmettireni veya yardım edeni olarak kabul edilmek mümkündür.

(iii) Yasama sorumsuzluğunun sınırları ve Anayasayı İhlâl Suçunun bu konuda istisna teşkil edip etmediği meselesi

Bu açıklamalarımızdan sonra çözülmesi gereken sorun, Anayasa m. 83/1’in mutlak ifadesi karşısında, yasama sorumsuzluğunun sınırlarının olup olmadığı ve sorumsuzluk kapsamındaki fiiller ile anayasal düzene karşı suç

⁷⁷ Nitekim, Cumhurbaşkanının, Anayasayı İhlâl Suçunu işlemesine örnek olarak, Anayasaya aykırı bir kanunun iptali için, Anayasanın ihlâl edildiğini bile bile, Anayasa Mahkemesi’ne başvurması gösterilmektedir: **Soyaslan**, TCK 146, sh. 80.

⁷⁸ Hitler, Almanya’da iktidara gayri kanuni yollarla gelmemiş, nihayetinde Anayasal düzenin ortadan kaldırılması sonucunu doğuran yetkiyi gayri kanuni yollarla almamıştır: Bkz. aş. dn. 127 ve buradaki yazarlar.

işlenmesi durumunda, ceza sorumluluğunun doğup doğmayacağı, bir başka ifade ile yasama sorumsuzluğu açısından, anayasal düzene yönelen fiillerin bir sınır teşkil edip edemeyeceğidir.

Bu bağlamda öncelikle yasama sorumsuzluğunun sınırlarının olup olmadığına ilişkin doktrin ve uygulamada kabul edilen esasları değerlendirmek gerekir.

Anayasal düzene yönelmeyen eylemler açısından, yasama sorumsuzluğunun sınırlarının olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Yasama sorumsuzluğunun sınırları konusunu, 1924 Anayasası döneminde değerlendiren *Taner*, dokunulmazlığın mutlak olduğunu ifade etmiş, ancak milletvekillerinin bu hakkı sorumlu şekilde kullanmaları gerektiğine işaret etmiştir⁷⁹. Milletvekilinin yasama sorumsuzluğundan yararlanarak, Meclis kürsüsünden bir arkadaşına, yahut milletvekili olmayan ve özellikle orada bulunmaması sebebiyle kendini savunamayacak durumda olan bir kimseye karşı hakaret etmemesi gerektiğini belirten *Taner*, bu gibi hallerde Meclis İç Tüzüğü uyarınca disiplin işlemi uygulanabileceğinden bahsetmektedir⁸⁰. *Arsel* de 1955 yılında yayımlanan makalesinde, bu husustaki tartışmalara değinmeden, sorumsuzluğun mutlak olduğunu ifade etmektedir⁸¹.

Dönmezer/Erman, yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğunu ifade ederek, oy, söz ve düşünce şeklindeki açıklamaların göreve ilişkin olup olmadığı değerlendirmesinin sorumsuzluğun maksadı ile uyuşmadığını kabul

⁷⁹ *Taner*, sh. 208 – 209.

⁸⁰ *Taner*, sh. 208 – 209.

⁸¹ *İlhan Arsel*, “Türk Anayasasının Umumi Esasları – Kısım: I Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri”, AÜHFD, C:12, S:1, 1955, sh. 39.

etmektedir⁸². Yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğu görüşünde olan *Hakeri*, Meclis kulisinde bir gazeteciyle yaptığı mülakatta TBMM'ye yönelen hakaret niteliğindeki sözlerin, yasama sorumsuzluğu kapsamında olmadığını kabul eden bir CGK kararını isabetsiz bulmaktadır⁸³. *Demirbaş*, milletvekillerinin meclis çalışmalarında açıkladıkları oy, söz ve düşüncelere ilişkin olarak, "niteliği ne olursa olsun sorumsuzluk söz konusudur" demektedir. Yazara göre, "bir milletvekilinin meclis kürsüsünde yaptığı hakaret veya sövme ya da bölücü nitelikte konuşmalar, sorumsuzluk kapsamına girecektir"⁸⁴. *Centel/Zafer/Çakmut* da, yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğunu kabul ederek, sorumsuzluk halinde işlenen suç ne olursa olsun, milletvekili hakkında cezai soruşturma yapılamayacağını kabul etmektedir⁸⁵. *Koca/Üzülmez* de aynı şekilde, sorumsuzluğun mutlaka yasama göreviyle bağlantılı olması gerekmediğini savunarak, iftira, suça tahrik, anayasal organları tahkir gibi söz ve yazı ile işlenen suçların sorumsuzluk kapsamında olduğunu söylemektedir⁸⁶. Sorunu hakaret ve sövme fiilleri ile kullanılan oyun rüşvet karşılığında belirlenmesi çerçevesinde değerlendiren *Teziç*, gerek milletvekilleri arasında gerekse üçüncü kişilere karşı işlenen hakaret ve sövme fiillerinin yasama sorumsuzluğu kapsamında olduğunu kabul etmektedir⁸⁷. *Abdülhakimoğulları* da yasama sorumsuzluğunu mutlak olarak algılamakta ve aksinin söz konusu olabilmesi için başka ülkelerdeki

⁸² *Dönmezer/Erman*, C. I, sh. 268 – 269.

⁸³ *Hakeri*, Genel Hükümler, sh. 100.

⁸⁴ *Demirbaş*, sh. 148.

⁸⁵ *Centel/Zafer/Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş, sh. 154 – 155.

⁸⁶ *Koca/Üzülmez*, sh. 736 – 737.

⁸⁷ *Teziç*, sh. 394; aynı yönde: *Özbudun*, sh. 288; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, sh. 175; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, sh. 243; *Artuk/Gökcen/Yenidünya*, sh. 177.

örneklerde olduğu gibi açık hüküm olması gerektiğini söylemektedir⁸⁸. *Yalçın*, sorumsuzluğun sınırları belirlenirken parlamenter fonksiyon kavramından yararlanmakta, ancak söz ve düşünce açıklamalarına ilişkin geniş yorum yapılması gerektiğini savunarak, “bir şeye çağrı, hatta teşvik bile bu kavrama girer” demektedir⁸⁹. Nihayet *Sevinç* de sorumsuzluğun hem cezai hem de hukuki yönden sınırlanamayacağını ifade etmektedir⁹⁰.

Anılan bu görüşlerin doktrinde baskın fikir olduğu ortada olmakla beraber, aksi görüşler de mevcuttur. *Erem* 1924 Anayasası döneminde yayımlanan eserinde, 1924 Anayasası m. 17’de yer alan “Meclis içinde” ibaresinin “görev esnasında veya görev dolayısıyla” olarak kabul etmek gerektiğini belirtmiştir⁹¹. *Erem*, yukarıda ifade ettiğimiz görüşünü, eserinin 1982 Anayasası döneminde yayımlanan son basısında geliştirmiş ve “suç ile görev arasında bir ilişki olması” ile “görevin kötüye kullanılmamış olması”nı sorumsuzluğun sınırlarının belirlenmesi kriterleri arasında saymıştır. Aynı dönemde konuya ilişkin görüşlerini beyan eden *Aybar* da, *Erem* gibi maddenin lafzının aksine, sorumsuzluk kurumunun sınırsız nitelikte olmadığını kabul etmektedir⁹². *Başgil* de, aynı şekilde, milletvekillerinin,

⁸⁸ **Abdülhakimoğulları**, sh. 22.

⁸⁹ **Yalçın**, sh. 235.

⁹⁰ **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 83, 94.

⁹¹ **Faruk Erem**, Türk Ceza Hukuku, Cilt I, 2. Basım, Ankara, 1950, sh. 72 – 73. **Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk**, Ümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, sh. 176. Yazar, görüşünü açıklarken, bu husustaki diğer görüşleri de ortaya koymakta ve sorumsuzluğun mutlak olduğu yönündeki görüşleri kendi görüşünün dışındaki görüşler arasında saymaktadır.

⁹² Yazar, *Barthélémy*’nin (Traité élémentaire de Droit Constitutionnel, sh. 489’ dan) bu yöndeki görüşlerinden alıntı yaparak, hükmün objektif esaslarını ön plana çıkarmak suretiyle, güvencenin “sübjektif bir hak, şahsi bir imtiyaz gibi” kullanılmasını engellemek için, “‘parlamento azasını ağır kusurlarından ve müsamaha edilemeyecek tedbirsizliklerinden mes’ul tutmak’ yoluna gidilmesi” görüşünü ortaya koymaktadır: **Aybar**, sh. 133. *Aybar*, 1961 Anayasası döneminde, Türkiye İşçi Partisi milletvekili olarak TBMM’ye girdikten sonra,

milletvekilliğine bağlanamayan fiillerinden dolayı, sorumsuzluğun söz konusu olamayacağını kabul etmektedir⁹³. *Yayla*, mevcut uygulamaya ilişkin görüş belirtmekten ziyade, sorumsuzluğun kapsamının ne olması gerektiğine değinerek sorumsuzluğun kapsamının daraltılması gerektiğine işaret etmektedir⁹⁴. *Alacakaptan* da, fikir ve düşünce sayılamayacak, iftira, açık hakaret gibi davranışların cezai sorumluluk doğurması gerektiğini kabul etmektedir⁹⁵. *Alacakaptan* Yargıtay'ın 4. Hukuk Dairesi tarafından

aynı partinin milletvekili olan Çetin Altan'ın dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin meclis görüşmeleri sırasında, zikrettiğimiz fikirleri kendisine hatırlatıldığında, söz konusu makalesinin tek parti döneminde yazıldığını ve görüşlerinin tek parti yönetimleri açısından geçerli olduğunu beyan etmiştir: "... O yazı yazıldığı zaman tek parti rejimi vardı. Dokunulmazlık müessesesi tek parti rejimlerinde gereği olmayan bir müessesedir. Çünkü tek parti rejiminde hükümet ve parlamento aynı mahiyettedir, birbirinin içine geçmiştir. Bu itibarla Parlamento'yu Hükümete karşı koruma diye bir keyfiyet yoktur. (...) o yazıyı yine bir tek parti devri olsa yazarım. Orada benim kastım, yeni bir imtiyaz meydana gelmemesi, yeni bir imtiyaza yol açılmamasını belirtmekti. ..." diyerek şartların değiştiğini, tek parti rejiminden çok parti rejimine ve Mecliste bir de sosyalist muhalefetin bulunduğu bir devreye gelindiğini, anılan görüşlere zemin olan koşullar ile mevcut koşulların farklı olduğunu beyan etmiştir. *Aybar*'ın fikirlerinin bu açıklamalar çerçevesinde yorumlanması doğru olacaktır. *Aybar*'ın açıklamasına atıfta bulunarak bu yolu takip eden *Sevinç*'e katılıyoruz: **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 67, dn. 88.

⁹³ **Ali Fuad Başgil**, "Teşrii Masuniyet Meselesi", İÜHF, C. VII, S. 1, 1941, sh. 10: "Mebus: ... b) Meclis dahilinde ve fakat Mebusluk vazifesini ifadan ibaret olmayan fiillerinden mes'uldür. Başka bir ifade ile, Mebusun Millet Vekilliğine bağlanamayan fiilleri, Meclis dahilinde işlenmiş olsalar bile, mes'uliyet kaidesine tâbidirler. Binaenaleyh, bir Mebus Meclis dahilinde, meselâ koridorda, istirahat salonunda, hatta müzakere salonunda ve Encümen odasında birini tehdit veya tahkir ederse, bu fiilinden dolayı mes'uliyetsizlik mezuubahs olmaz."

⁹⁴ *Yayla*, artık tek tartışma forumunun parlamento olmadığı görüşünden hareket ederek, vatandaşlar ile milletvekillerinin ifade özgürlükleri anlamında farklı rejimlere tâbi olmalarının açıklanmasının zorlaştığını ifade etmektedir: **Yayla**, sh. 487. Yazar, aynı sayfada yer alan dn. 6'da *Teziç*'in dokunulmazlıkların kapsamının daraltılması yönündeki görüşünün, yasama sorumsuzluğunun kişi hak ve hürriyetlerini zedeleyecek şekilde sorumsuzca kullanılmasının önlenmesi gerektiğini söylemektedir. Yazar bu bağlamda, hakaret, hedef göstererek kışkırtma gibi söz ve eylemlerin sorumsuzluk kapsamından çıkarılması gerektiğini kabul etmekte ve bu bağlamda milletvekillerine bir ayrıcalık tanınmaması gerektiğini söylemektedir: **Yayla**, sh. 488.

⁹⁵ **Uğur Alacakaptan**, (Tartışmacı) "Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu" (*Yayla*, Yıldızhan), Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği, 9 – 13 Ocak 2001, TBB Yayını, Ankara, 2001, sh. 508.

verilen kararların doğrultusunda Anayasa değişikliği yapılması gerektiğini savunmaktadır⁹⁶. Yazar, öte yandan, bir parlamenterin verdiği oydan, hatta vermediği oydan dolayı mahkûm edilebilmesinin ise kabul edilemez olduğunu kabul etmektedir⁹⁷. *İçel/Donay* tarafından ileri sürülen görüşe göre de, “kullanılan söz ve düşüncelerin, milletvekillerinin işlevleri alanına giren konuya ilişkin olması zorunludur”⁹⁸. Özcan da “yasama sorumsuzluğu sınırsız da değildir” demektedir⁹⁹. Son olarak Keskinsoy da, yasama sorumsuzluğunun “Anayasanın koruyuculuğu ve Anayasada yer alan kurum ve kuruluşların gözetilmesi amacıyla kullanıldığı sürece” geçerli olduğunu savunmaktadır¹⁰⁰.

Uygulamamız ise konuyu hukuki sorumluluk açısından sorumsuzluğun söz konusu olmayacağı, ancak cezai sorumluluğun bulunmadığı şeklinde çözmüştür. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu tarafından

⁹⁶ **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 509.

⁹⁷ **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 509.

⁹⁸ **İçel/Donay**, sh. 146. Her ne kadar Yazarlar tarafından, aynı eserin 144. sayfasında, “aa) Düşüncelerin İleri Sürülmesi” başlığı altında, “... Böylece, şiddetle birlikte olmayan her türlü hareketleri düşünce açıklaması olarak kabul ederek, dokunulmazlığın en geniş olarak anlaşılması düşüncesindeyiz” ifadesi ile biten paragraf ve ardından, “Bazı yazarlara göre, ileri sürülen düşüncelerin yasama görevi ile ilgili olmaması halinde de, dokunulmazlık vardır. Gerçekten Anayasa, ileri sürülen düşüncelerin, yasama faaliyetine ilişkin olmasını aramıştır. Düşüncelerin mecliste ileri sürülmesi yeterlidir. Bu açıdan düşüncenin niteliği önemli değildir” şeklindeki paragrafta yer alan görüşleri de aktarmak yerinde olacaktır. Öte yandan Yazarlardan İçel’in Barış Erman ile hazırladığı başka bir müşterek makalesinde aksi görüş savunulmaktadır: “... kanımızca, milletvekillerinin söz ve düşüncelerini özgürce ifade edebilmeleri için, hiçbir tehdit altında olmadıklarını bilmeleri çok önemlidir. Burada korunan hukuksal yarar, milletvekilinin herhangi bir düşüncesini ifadesi nedeniyle bir yaptırım tehdidiyle karşılaşmayacağına duyduğu güvendir. Demokratik müzakere ortamı ancak bu durumda tam anlamıyla sağlanabilir. Aynı savunma dokunulmazlığında olduğu ... gibi, hatta daha da fazla, yasama sorumsuzluğunun mutlak bir şekilde tanınması bu nedenle gereklidir.” (**Kayıhan İçel/Barış Erman**, “Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, sh.478.)

⁹⁹ **Özcan**, sh. 73. Yazar, eserinde bu husustaki bütün görüşleri ayrıntılı şekilde tahlil etmektedir, bkz: **Özcan**, sh. 76 vd.

¹⁰⁰ **Keskinsoy**, sh. 102, ayrıca 99 vd. yer alan görüşler. Yasama sorumsuzluğunun mutlaklığına ilişkin farklı boyutları dikkate alan bir değerlendirme için bkz: **Hikmet Tülen**, “Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler”, AÜEHFD, C: III, S: 1, 1999.

kabul edilen esaslara göre, yasama sorumsuzluğunun sınırlarının aşılması durumunda manevi tazminata hükmedilmesi söz konusu olabilmektedir¹⁰¹. Yargıtay'ın genellikle meclis kürsüsünden yapılan hakaretlere ilişkin benimsemiş olduğu bu esasın yerinde olup olmadığı doktrinde tartışma yaratmıştır¹⁰².

Konuyu bu şekilde ortaya koyduktan sonra, yasama sorumsuzluğunun anayasal düzene yönelen fiiller açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁰¹ “Y. Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk 1961 Anayasasının 79. maddesinin [ve] 1982 Anayasasının 83. maddesinin 1. fıkrasında ifadesini bulan sorumsuzluk ilkesinin kapsamıyla ilgilidir. Özel Daire çoğunlukla verdiği kararında, sırf kişisel kinin tatmini amacıyla söylenen sözler dışında Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin sorumsuzluklarının sınırsız ve mutlak olduğu görüşünü benimsemiştir. Maddenin kapsam ve anlamı bakımından sağlıklı bir sonuca varabilmek için, sadece lafzına değil, bu maddenin kabul amacına ve maddenin içinde bulunduğu Anayasanın bütününe hakim olan ruh ve espiye bakmak gerekir. Bu kurumun doğuşu ve gelişimi, asırlar öncesine dayanır. Nedeni ise, şahsa bağlı bir imtiyaz değil, milletvekillerinin temsilcilik görevini korkmadan, tam bir serbestlik ve huzur içinde yerine getirebilmeleri, haksız müdahalelerle buna engel olunmasının önlenmesidir. Yoksa eleştiri hudutları içinde söylenmesi mümkün olan hususların, en ufak bir çaba sarfetmeden bu müessese kalkan yapılarak, başkalarının kişilik haklarına saldırı teşkil edecek şekilde kullanılması, Anayasa’da öngörülmüş değildir. Milletvekilleri, seçmenin güvenini alarak görev yapan saygın kişiler olarak, tutum ve davranışlarında, örnek olmak ve görevin yüceliğine uygun davranmak zorundadırlar. Maddenin fertlerde adalet duygusunu zedelemeye müncer olacak şekilde kullanılmasına olanak yoktur. Diğer yandan, maddenin kapsam ve anlamı belirlenirken, Anayasanın bütününe hakim olan eşitlik, temel hak ve hürriyetlerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlanamayacağı ilkeleri de gözden ırak tutulmamak gerekir” (Yargıtay HGK, 4.4.1984, 1981/1-1161, 1984/365).

“Bir milletvekili sırf kişisel kinin tatmini için bir kimseye başkasının kişilik değerlerine saldırı teşkil edecek, bu bağlamda hakaret etmişse bu kişinin milletvekili dokunulmazlığından yararlandırılması dokunulmazlık kurumunun varoluş amacı ve nedeni ile bağdaşmaz... Madde ile [AY m. 83] güvence altına alınan ve dokunulmazlığı sağlanan, salt yasama faaliyeti ile sınırlı olan eylemlerdir. Bu faaliyetin sınırı dışına çıkılması durumunda, dokunulmazlığın korunmasına yönelik amaç ortadan kalkar.” (Yargıtay 4. HD, 1.10.2001, 4476/8768).

Bu husustaki kararların esaslarına ilişkin olarak bkz: **Keskinsoy**, sh. 181 vd.

¹⁰² Kararlar lehinde görüşler: **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 508 – 509; **Koca/Üzülmez**, sh. 736; **Keskinsoy**, sh. 118 – 119. Böyle bir ayırıma karşı görüş: **Özcan**, sh. 104; **Abdülhakimoğulları**, sh. 22. *Sevinç* ise bu hususta meclis üyesi arasındaki küfürleşmeler ile üçüncü kişilere yönelen sözler arasında bir ayırıma giderek, üçüncü kişilerin hukuk davası açabileceğini, meclis üyeleri arasında gerçekleşen küfürleşmelerde ise disiplin mekanizmasının kullanılması gerektiğini savunmaktadır: **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 77.

Henüz 27 Mayıs'ın yaşanmadığı ve milletvekillerinin sorumsuzluklarına ilişkin görüşlerin Yassıada Yargılamaları'nda varılan sonuçtan etkilenmesinin söz konusu olmadığı bu dönemde de esasen sorumsuzluğun boyutları hususunda tartışmalar mevcut olduğu yukarıda görülmektedir. Ancak, bu dönemde yayımlanan ve inceleme olanağını bulduğumuz eserlerde, anayasal düzene yönelen eylemlerin sorumluluk açısından yapılan bir değerlendirmeye rastlamadık.

27 Mayıs Darbesinden sonra kurulan Yüksek Adalet Divanı, 1960/1 Esas sayılı davada, darbe neticesinde düşürülen Demokrat Parti mensubu milletvekillerinin yasama sorumsuzluğundan faydalanmalarının söz konusu olamayacağını kabul etmiştir¹⁰³. Yüksek Adalet Divanı, darbenin ardından kabul edilen 1 numaralı Kanuna dayanarak 1924 Anayasası m. 17'nin görev sahasına giren fiillere ilişkin yargılamalarda kullanılamayacağı yönünde karar vermiştir¹⁰⁴. Divan, bu görüşü kabul ettikten sonra, yasama dokunulmazlığı kapsamında olan fiilleri de değerlendirerek bunlardan dolayı ceza sorumluluğunun yolunu açmıştır¹⁰⁵.

¹⁰³ Yüksek Adalet Divanı Kararları – İstanbul Yassıada (14 Ekim 1960 – 15 Eylül 1961), Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2006, sh. 60 vd.

¹⁰⁴ Yüksek Adalet Divanı'nın bu değerlendirmesine ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve eleştiri için bkz: **Özek**, Mutlak Yasama Dokunulmazlığı, sh. 101 vd.

¹⁰⁵ "... Demek oluyor ki, bir kanuna verilen rey, mücerret ne kadar mahzurlu ve hatalı olursa olsun sorumluluğu müeddi olmaz. Fakat oy, ulaşılmak istenilen bir gayenin (gayri meşrû gayenin) gerçekleştirilebilmesi için girişilen fiiller zincirinin son halkasından ibaretse, yani bu oy ile gayri meşrû gayenin tahakkukuna hizmet ediliyorsa, oy dışında olan gayri meşrû gayeye ulaşmak için vaki tertip, o gayri meşrû gayeye ulaşmak için oy'un bir vasıta olarak kullanılması keyfiyeti, sorumsuzluğun şümûlü içerisine girmez. Burada sorumluluk vardır.

...

Demek oluyor ki sorumluluk ve suç, Mebusun oy vererek bir teşriî tasarrufta bulunabilme imkânını, bir suç hatta en büyük [suç] sayılan Anayasayı bertaraf etmek gayesiyle (bu gayeye ulaşmak için) bir vasıta olan kanun, karar ve fiillerin gerçekleştirilmesi için kullanılmış olmalarında, adalet içinde

Anılan bu görüş, doktrinde de, taraftar bulmuştur^{106, 107}. Ancak Yüksek Adalet Divanının, anayasal düzene yönelen eylemlere ilişkin vardığı sonucun, genel olarak kabul görmediğini söyleyebiliriz¹⁰⁸.

kalarak mürakabeden kaçınmaları sayesinde Anayasa dışı bir nizam yaratmak isteyenlerin bu meşru olmayan gayeye ulaşmalarını sağlamaktadır.” (Yüksek Adalet Divanı, 1960/1)

¹⁰⁶ İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap, Ankara, 1965, sh. 255 (İlgili kısmı aynen aktaran: Özcan, sh. 87 – 88).

¹⁰⁷ Yeri gelmişken, doktrinde bazı yazarlar tarafından, hatalı olarak ifade edilen Özek’in de bu görüşte olduğuna ilişkin atıfları kısaca değerlendirmek isteriz. Özek, İÜHFM’de 1966’da yayımlanan makalesi ile 1964 tarihinde hazırlanan doçentlik tezinin 1967 yılında yayımlanan, arada geçen süredeki gelişmeler ile ufak tefek değişiklikler dışında, tezdeki “ana çizgilerini olduğu gibi muhafaza” eden (sh. VII) “Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler” isimli eserinde, bu hususta değerlendirmelerde bulunmuştur.

Özek, 1967 tarihli kitabında, konuya ilişkin birbirlerine zıt olan iki görüşü özetledikten sonra, “Kanaatimiz” başlıklı (3) numaralı başlık altında, “Mutlak yasama dokunulmazlığını sınırlamayan görüş” başlıklı (2) numaralı görüşe işaret ederek, “Kanaatimizce ikinci görüş müessesenin ruhuna ve Anayasa sistemimize daha uygundur.” demektedir. Yazar bu sonuca varmasına gerekçe olarak da, yasama sorumsuzluğunun bir hak değil statü olduğu, statünün suistimalinin objektif şekilde tesbitinin gerektiği ve yorum ile sınırlandırmanın kabul edilemeyeceği; Anayasada sorumsuzluğun kaldırılmasına ilişkin bir usul bulunmaması; sorumsuzluğun kişilere değil organa tanınmış olması sebebiyle, organın gayrimeşruluğunun ilan edilerek, yasama sorumsuzluğunun uygulanmasından imtina edilemeyeceği, sonradan kabul edilen bir kanunla sorumsuzluk hükümsüz hale gelse bile, bunun önceki eylemlerden kaynaklanan sorumsuzluğa etkisi olmayacağını göstermektedir. Yazar, ilgili kısma şu şekilde son vermektedir: “Netice itibarile, mutlak dokunulmazlık halinde, işlenen suç ne olursa olsun parlâmento üyeleri hakkında cezai takibat yapılamayacağı kanaatindeyiz. ... Fakat, bir fiilin bütün icra hareketleri mutlak dokunulmazlık şümulüne girdiği ve failin işlenen suç ile ilgili mukaddem bir iştirak hareket ve durumu da bulunmadığı takdirde, kendisinin takip edilebilmesi ve cezalandırılması bahis konusu değildir” (Özek, Siyasi İktidar, sh. 92-94). Yazar, makalesinde de, 92. sayfadan başlayan, “Kanaatimiz” başlıklı (III) numaralı kısımda, “Kanaatimizce de, gerek 1924 Anayasasına göre, gerek 1961 Anayasasına göre kurulmuş bulunan Anayasa düzenimiz içinde, mutlak yasama dokunulmazlığını hiçbir şekilde ve sebeple bir tefrike tâbi tutabilmek imkânı mevcut değildir. Böyle bir tefrik, hem müessesenin ruhuna hem maddi hukuka ve hem de müessenin kabulünden umulan amaçlara aykırı düşmektedir.” demekte ardından da 93 ilâ 106. sayfalar arasında altı başlık altında buna karşı olan görüşleri değerlendirmektedir. Sanırız, Yazarın esasen son derece açık şekilde belirttiği görüşüne aksi fikirlerin, kendine mâl edilmesinin sebebi, bu hususta atfı yapılan makalenin 84. sayfasından başlayan ve vatana ihanet ve Anayasaya tecavüz halinde yasama sorumsuzluğunun söz konusu olamayacağını kabul eden görüşü özetlediği kısmın kendi görüşleri olarak anlaşılmasıdır.

¹⁰⁸ Özek, Siyasi İktidar, sh. 92 – 94; Özek, Mutlak Yasama Dokunulmazlığı, sh. 92 vd.; Sevinç, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 92 – 93; Akman Akyürek,

Yasama sorumsuzluğuna ilişkin görüşler dikkate alındığında, sorumsuzluğun sınırsız olmadığını savunan görüşlerin bir kısmı¹⁰⁹ yasama sorumsuzluğunun milletvekilliği görevinin yerine getirilmesi çerçevesinde söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Bu yaklaşımın anayasal düzene yönelen fiiller açısından da yasama sorumsuzluğunun söz konusu olamayacağı şeklindeki yoruma müsait olduğunu kabul etmek gerekir.

Yasama sorumsuzluğunun sınırları olabileceğini kabul eden diğer yazarlar ise konuyu genellikle hakaret ve sövme fiilleri çerçevesinde değerlendirmeye tutmuş olup bu çerçevede bir hukuki veya cezai sorumluluğun söz konusu olacağını kabul etmektedir. Bu yaklaşıma ilişkin olarak iki zıt çıkarım yapılabilir: ya hakaret ve sövme için özel olarak kabul edilen görüş bu sınırlar içinde dikkate alınacaktır, ya da hakaret ve sövme fiillerinin bile, bunların yasama faaliyeti kapsamında olamayacağı kabul edildiğine göre benzer bir yaklaşımın anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik fiiller açısından evleviyetle söz konusu olduğu kabul edilecektir.

Yasama sorumsuzluğunun yegâne sınırının anayasal düzene yönelen fiiller olduğunu kabul eden yazarlar da mevcuttur¹¹⁰. Konuyu doğrudan Anayasayı İhlâl Suçu bağlamında değerlendiren *Soyaslan*, sorumsuzluğun, “hukuk devleti ilkeleri içinde sorumsuzluk” olduğunu ifade ederek, *Özek*’in

Parlamentelerin Yasama Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, Parlamento Hukuku Dizisi N.1, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, sh. 86 – 88 (İlgili kısmı aynen aktaran: **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 92-94).

¹⁰⁹ Meselâ *Alacakaptan* görüşünü fikir ve düşünce sayılamayacak iftira ve açık hakarete ilişkin olarak ileri sürmekte ve parlamenterin kullandığı oydan dolayı sorumlu tutulmasının kabulünün mümkün olamayacağını söylemektedir: **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 508 – 509.

¹¹⁰ **Muammer Aksoy**, “Anayasayı çiğneme suçu karşısında meb’usların sorumsuzluğu prensibi”, Cumhuriyet, 7-11 Temmuz 1961; **Muammer Aksoy**, Forum, No. 81, sh. 9; **İlhan Arsel**, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara, 1965, sh. 255 (Her müellifin de görüşünü aktaran: **Özek**, Mutlak Yasama Dokunulmazlığı, sh. 85, dn. 9).

görüşlerini eleştirmektedir¹¹¹. Yazar, Anayasayı İhlâl Suçu oluşturacak fiillerden dolayı sorumsuzluğun söz konusu olamayacağını kabul etmektedir¹¹².

Öte yandan bu hususun, Yüksek Adalet Divanı kararları sebebiyle ülkemizde tartışılmış olması da dikkate alındığında, yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğunu kabul eden yazarların, yasama sorumsuzluğunun, anayasal düzene yönelik olarak söz ve düşünce açıklamaları veya oy ile işlenen eylemler açısından da söz konusu olduğunu zımnen kabul ettikleri çıkarımı yapılabilir.

Yüksek Adalet Divanı tarafından, olağanüstü bir dönemde verilmiş olan kararlar dışında¹¹³, milletvekillerinin yasama sorumsuzluğunun cezai açıdan söz konusu olup olamayacağına ilişkin önemli bir gelişme olmamıştır¹¹⁴. Bu

¹¹¹ Yazar, aynen şu ifadelerle görüşünü ortaya koymaktadır: “Türk hukukunda bu konulara Sayın Prof. Dr. Çetin Özek değinmiştir. Sayın Özek ... yasama dokunulmazlığının sınırsızlığından söz etmektedir. Sayın Profesörün bu kanaati halen muhafaza edip etmediğini bilemiyoruz. Doğrusu bu kanaati paylaşmak mümkün değildir. Çünkü artık hakimiyet milletindir. ...

Kaldı ki, prensip olarak sorumsuz olan Cumhurbaşkanını, vatana ihanet ve anayasayı ihlâlden sorumlu tutacaksınız. Buna karşılık parlamenterlerisorumlu tutmayacaksınız. Bunun bir mantığı mevcut olabilir mi?

Ayrıca ağır cezalı suçüstü halinde parlamenterin dokunulmazlığını bile kaldırmadan sorguya çekecek, tutuklayacak ve cezalandıracaksınız. Aynı parlamentere Anayasayı ihlâl imtiyazı tanıyacaksınız. Ceza Kanunu’nun koruduğu değer olarak Anayasanın ihlâli mi önemli bir tecavüzdür yoksa bir adamın ölümü mü? Elbette Anayasanın ihlâli daha önemli bir değerdir.” (Soyaslan, TCK 146, sh. 83).

¹¹² Soyaslan, TCK 146, sh. 83.

¹¹³ Bkz. Sevinç, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 99 – 100.

¹¹⁴ Buna ilişkin eski tarihli bir takım Yargıtay kararları zikredilmektedir, bkz: Teziç, sh. 394, dn. 49. Bu husus, yakın sayılabilecek bir tarihte Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin önüne gelmiştir. İlgili olayda, Atatürk’ün hatırasına alenen hakaret teşkil eden bir takım sözleri nedeniyle yargılanan bir milletvekili, söylediği sözlerin daha önce verilen bir Meclis araştırması önergesinde yer alan görüşlerin Meclis dışında tekrarı olduğundan bahisle yerel mahkeme tarafından yasama sorumsuzluğundan yararlandırılmıştır. Yargıtay, kanımızca isabetli olarak, önce Meclis araştırması önergesini incelemiş, söz konusu önergenin içeriği ile milletvekilinin daha sonraki beyanları arasında bir bağlantı olmadığı kanısına varmış ve bu sebeple yasama sorumsuzluğunun söz konusu olamayacağına hükmetmiştir: Yargıtay 9.

hususdaki sorunun, mahkemeler tarafından, cezai sorumluluğun kabul edilmemesi şeklinde çözülmüş olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵.

Meclis kürsüsünden herhangi bir suça azmettirmenin yasama sorumsuzluğu kapsamında olup olmayacağı tartışılabilir. Bu konuda Koca/Üzülmez tarafından *“sorumsuzluk kapsamında kalan fiilin iştirak halinde işlenmesi durumunda, diğer şerikler cezalandırılabilir”* şeklinde ileri sürülen görüşün, azmettirme durumunda, azmettiren milletvekilinin değil ama azmettirilen failerin sorumluluklarının olacağı sonucuna yakın olduğu kabul edilebilir. Keskinsoy, bu hususta, *“... Meclis çalışmaları esnasında Meclis kürsüsünden başkalarını suç işlemeye azmettiren milletvekili için ceza sorumluluğunun söz konusu olmaması, milletvekilinin azmettirdiği kişinin suç işlemesi halinde onun hakkında kamu davası açılmasına engel değildir”* demektedir¹¹⁶.

Suç azmettirme, suç işleme kararı olmayan bir kimseye başkası tarafından suç işleme kararı verdirilmesidir (TCK m. 38). Konuya Anayasayı İhlâl Suçu açısından bakıldığında, bir milletvekili tarafından, Meclis çalışmaları sırasında ortaya konulan görüşlerin, bu suçun faillerinin anayasal düzenin yıkılması yönünde karar vermesini sağlaması ve milletvekilinin sözlerini bu sonucun ortaya çıkmasını sağlamak kastıyla sarf etmiş olması gerekmektedir¹¹⁷. Aynı şekilde, suç işlemeye tahrik fiili neticesinde, ilgili suçun işlenmesi durumunda azmettirmeye ilişkin hükümlerin uygulanması öngörülmektedir (TCK m. 214/3).

CD, 1.6.1995, 2996/3844. Dolayısıyla, bu olayda da esasında sorumsuzluğun kapsamına dahil bir fiile ilişkin değerlendirme yapılmamıştır.

¹¹⁵ Özcan, sh. 85; Teziç, sh. 394; Özbudun, sh. 288.

¹¹⁶ Keskinsoy, sh. 121.

¹¹⁷ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. aş.: İkinci Bölüm VI.B.

Hal böyle ele alınınca, bir milletvekilinin meclis kürsüsünden, anayasal düzene yönelik suça azmettirme halinin, bir kimseyi hedef göstererek öldürülmesi gerektiğini söylemesi ve bu neticenin de gerçekleşmesi ihtimalinden çok da farklı olmadığı ve iki örnekte de benzer sonuca varmak gerekeceği kabul edilmelidir.

Suç azmettirme, her ne kadar bu yönde sözel nitelikteki hareketler ile söz konusu olmaktaysa da, bu eylemin ifade özgürlüğünün kapsamının dışında kaldığı konusunda şüphe duyulmamalıdır¹¹⁸.

Peki, meclis kürsüsünden bir suça azmettirme söz konusu olursa, bu sözler yasama sorumsuzluğu kapsamında kabul edilebilir mi? Bir milletvekili meclis kürsüsünden, bir kişinin resmini gösterip, bu kişinin öldürülmesi gerektiğini söyler ve bir başkası da gidip hedef gösterilen kişiyi vurursa, azmettirmeye ilişkin koşulların yerine geldiği sonucuna varılsa dahi, yasama sorumsuzluğu gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilecek midir? Milletvekili, anayasal düzenin yıkılması gerektiğini ve bu konuda hemen müdahalede bulunulması lazım geldiğini meclis kürsüsünden söyledikten sonra, darbe girişiminde bulunulursa bunun sonucu ne olacaktır?

Bu hususta öncelikle şu teşhisi yapmak gerekir. Yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğunu savunan ve bu konuda Anayasa metninde açık bir istisna gösterilmedikçe, yorum yoluyla sorumluluk sahasının genişletilemeyeceğini savunan Özek, sorumsuzluğun söz konusu olabilmesi için yasama fonksiyonunun icrasının başlamış olmasını aramaktadır. Yazar tarafından verilen örneğe göre, iki milletvekili hususi bir meselelerini konuşurken birbirlerine hakaret ederlerse yasama sorumsuzluğu söz konusu

¹¹⁸ Şahin, sh. 340 vd.

olamayacaktır. Ancak fonksiyonun icrası başladıktan sonra fonksiyonun aşılması sorumsuzluğun aşıldığı şeklinde yorumlanamayacaktır¹¹⁹. Kanımızca, bu ölçüt sorunun çözümü için önemli bir hareket noktasıdır.

Yukarıda sorduğumuz sorulara dönersek, bir milletvekilinin salt bu amaçla söz alarak, kürsüye gelip, hiçbir yasama fonksiyonuyla ilintisi olmaksızın, bir başkasına küfürler savurması durumunda veya bir düşmanının resmini göstererek bu kişinin öldürülmesini istemesi hallerinde artık bir yasama fonksiyonunun icrasından bahsedilemeyecektir. Ancak yasama fonksiyonu başladıktan sonra mesela tahriklere kapılarak küfür edilmesi, konuşmanın içinde bir takım hakaretler edilmesi, bu eylemleri gerçekleştirenin kusurundan bağımsız olarak sorumsuzluk kapsamındadır¹²⁰.

Konuşmanın bütünü incelendiğinde, tamamen kusurlu olan kişi konuşmayı yapan milletvekilinin kendisi olabilir. Bu hallerde dahi sorumsuzluk söz konusudur. Hatta, yapılan konuşma esnasında suç işlemeye tahrik olarak kabul edilecek ifadeler kullanılmış olsa bile yasama sorumsuzluğu söz

¹¹⁹ **Özek**, Mutlak Yasama Dokunulmazlığı, sh. 94.

¹²⁰ Yasama fonksiyonu ile ilintili olmak kriteri açısından, şu şekilde bir açıklama yapmak ihtiyacı hissediyoruz: Milletvekili yasama fonksiyonu çerçevesinde bir konuşma yaparken, çeşitli vesilelerle, sadece kişisel kininden dolayı bir başkasına küfrederse bu durum yasama sorumsuzluğuna dahildir. Meselâ, haklı bir nedenle de olsa müdahalede bulunan başka bir milletvekiline veya Meclis Başkanına yönelik hakaret edilse, bu durum da yasama sorumsuzluğu içinde telâkki edilmelidir. Yasama fonksiyonunun icrasının söz konusu olmadığı haller derken kastettiğimiz, milletvekilinin, yasama fonksiyonu çerçevesinde olmaksızın, sadece küfür etmek veya hedef göstermek için kürsüyü ve yasama sorumsuzluğunu kullanması halidir. Dolayısıyla fikrimiz, yukarıda yasama sorumsuzluğunun sınırlarının bulunduğu görüşler ile karıştırılmamalıdır. Vermiş olduğumuz örnekte, yasama sorumsuzluğunun koşullarından olan yasama fonksiyonu söz konusu değildir. Bir milletvekilinin, Meclis çalışmaları sırasında söz isteyerek, kürsüden, yasama fonksiyonu ile tamamiyle alakasız şekilde (daha önceki konuşmacının sözlerine cevap vermek için kürsüye çıkan milletvekilinin, küfürler etmesi de yasama fonksiyonu ile alakalıdır) birilerine küfürler savurması gibi bir durumun gerçekleşmesi ihtimalinin yok denecek kadar az olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla verdiğimiz örnek daha çok nazari niteliktedir.

konusu olmalıdır. Yeter ki yasama fonksiyonu olarak kabul edilebilecek bir faaliyet sırasında gerçekleşsin.

Yasama sorumsuzluğunun yorum yoluyla daraltılmasını savunan görüşlerin açmazı bu hususta esaslı bir ölçüt verilememesi ve sorumsuzluğun hangi eylemler açısından söz konusu olmayacağı konusunda bir sınır çizilememesidir¹²¹. Gerçekten de, hakaret ve sövme fiilleri sorumsuzluk kapsamında değildir denilirse, tehdit teşkil eden sözlerin durumu tartışma konusu olacak, suç işlemeye tahrik, suç ve suçluyu övme gibi fiillerin nasıl değerlendirileceği sorunları ortaya çıkacaktır. Bu gibi fiillerin ifade özgürlüğü sahasını ilgilendirdiği ve bu alanın koşulları çerçevesinde değerlendirmeye tâbi tutulduğu unutulmamalıdır.

Konunun bir diğer boyutu, vermiş olduğumuz örneklerin elektrikli politik atmosferin sonucu olarak ortaya çıkmış olma ihtimalidir. Ciddi çatışmaların ve kutuplaşmaların söz konusu olduğu hallerde, Meclisteki tansiyonun da artması kaçınılmazdır. Bu halde, iyiniyetli olarak önerilen ve yasama sorumsuzluğunun kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan görüşlerin Meclis çoğunluğunun elinde silah haline dönüşmesi mümkündür. Sert eleştiriler getirecek milletvekillerinin büyük bir olasılıkla muhalefet partilerine mensup olacakları da unutulmamalıdır. Ayrıca, halkın belli bir

¹²¹ Konuyu değerlendiren *Tülen* ise, anayasal değerdeki ilkelerin ve kurulu nizamın inkârını hedefleyen içerikteki söz ve düşünce açıklamalarına ilişkin bir sınır çizilecekse, bu durumda açık ve mevcut tehlike kriterine başvurulması gerektiğini söylemektedir, bkz: **Tülen**, sh. 121. Bu fikre katılmıyoruz. Kanımızca, *Tülen* tarafından ileri sürülen bu görüş de sorumsuzluğun sınırları hususunda bir sınır çekmeye yeterli değildir. Milletvekillerinin sorumsuzluğu, ifade özgürlüğünün sınırlarından daha geniş bir sahayı kapsamaktadır. Bunun amacı da, parlamenter fonksiyonun korkmadan icra edilebilmesini sağlamaktır. Hal böyle olunca, ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemek için kullanılan ve esasen çok kesin bir sınır teşkil de etmeyen “açık ve mevcut tehlike” kriterinin yasama sorumsuzluğunun sınırlarının belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılması, yasama sorumsuzluğunun en başta ortaya çıkmasına neden olan endişeleri gidermez.

kısımının oyları ile seçilerek Meclise gelen milletvekillerinin, sorumsuzluk sınırlarının tartışmaya açılmasına sebep olacak ölçüde şiddetli ifadeler kullanması, esasen toplumsal bir sorunun mevcudiyetinin ve bu sorunun ciddiyetinin de işareti olarak kabul edilebilir.

Bu hususta tarihimizde yaşanmış olan manidar bir örnek, 1957 yılında yaşanan Osman Bölükbaşı olayıdır. Kırşehir Milletvekili olan Osman Bölükbaşı, söz talebinin reddedilmesi üzerine hakaret olduğu kabul edilebilecek sözler söylemeye başlamış, bunun üzerine oturumdan uzaklaştırma cezası almıştır¹²². Tartışmalı olan iddialara göre sözlerine Genel Kurul Salonundan çıktıktan sonra da devam etmiştir.

Söz konusu örnek yasama sorumsuzluğunun fonksiyonu açısından son derece anlamlıdır¹²³. Bölükbaşı'nın söz isteme isteğinin içtüzüğe aykırı olduğu varsayılsa bile, tepkisi siyasidir. İç tüzüğün uygulanması, iç tüzük uyarınca disiplin cezası verilmesi şeklen hukuka uygun olabilir. Ancak bu halde bile yaptırıma uğrayan, talebi reddedilen milletvekilinin tepki duyması anlaşılır bulunabilir. Her halükarda milletvekilinin siyasi pozisyonu ve seçim ile göreve gelmesi gerçekleri de hatırlanırsa, lüzumsuz şekilde Meclisi meşgul eden bir vekilin seçmenlerinin tasvip etmeyeceği davranışlardan kaçınacağı da unutulmamalıdır. Nitekim Bölükbaşı'nın dokunulmazlığının

¹²² TBMM Zabıt Ceridesi, 1957, Cilt: 20, Devre: X, Birleşim: 3, 12.6.1957, sh. 164. Olaya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz: **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 73 vd.

¹²³ Osman Bölükbaşı'nın dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Meclis Görüşmesinin tutanakları için bkz: **TBMM Zabıt Ceridesi**, 1957, Cilt: 20, Devre: X, Birleşim: 3, İnkat No: 85, 24.6.1957, sh. 452 vd.

kaldırılması hadisesi o zamandan günümüze kadar eleştiri konusu olagelmıştır¹²⁴.

Kanaatimizce, ülkemizde yasama sorumsuzluğu sınırsız bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, yorum yoluyla, yasama sorumsuzluğunun amacından hareketle ve sair gerekçelerle sorumsuzluğun sınırlarını daraltmak mümkün değildir.

Hal böyle iken, Anayasayı İhlâl Suçuna azmettirme teşkil eden sözlerin de yasama sorumsuzluğu kapsamında kalacağını kabul etmek gerekir. Anayasayı İhlâl Suçuna azmettirme niteliğinde olmayan suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, yardım vaadinde bulunmak, yol göstermek şeklinde söz ile gerçekleştirilebilecek iştirak şekilleri açısından da aynı sonuca varmak mümkündür.

Aynı şekilde, Anayasayı İhlâl Suçuna iştirak niteliğinde olmayan, (cebir ve şiddet kullanımı içermeyen, buna azmettirmeyen, teşvik etmeyen) ancak anayasal düzenin değiştirilmesini, ortadan kaldırılmasını öneren sözlerin yasama sorumsuzluğu sınırları dışında olduğu hiçbir surette kabul edilemez.

Meclis tarafından, anayasal düzenin ihlâli sonucunu doğuracak bir kanun çıkarılması durumunda bunu denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. Dolayısıyla böyle bir kanun teklifinin sunulması, kabulü yönünde oy kullanılması, böyle bir kanun teklifini sunan milletvekillerinin çoğunlukta olduğu partide yer almaya devam etmek, kanun teklifine red oyu vermemek, kanun kabul edildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak için gerekli çalışmaları yapmamak ya da bu yöndeki başvuruya imza vermemek şeklindeki eylemlerin de yasama sorumsuzluğunun dışında kaldığı kabul

¹²⁴ **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 75 – 76;

edilemez. Esasen, milletvekillerinin kullandıkları oylardan dolayı sorumlu olacaklarının kabul edilmesi hiçbir koşul altında kabul edilemez¹²⁵.

27 Mayıs darbesinin ardından kurulan Yüksek Adalet Divanı'nın kararında kabul edilen esasların hukuki temellere dayandığını, milletvekillerinin kullandıkları oylardan dolayı sorumlu olabileceklerini kabul etmek mümkün değildir¹²⁶.

Ancak yukarıdaki açıklamalarımızın ve görüşümüzün Meclis'in tamamen gayrimeşru bir şekilde teşekkül ettiği halleri kapsamadığını ifade etmek isteriz. Seçimlerde, sonuçları etkileyecek ölçüde hile yapılması, seçimlerin silah zoruyla belirlenmesi gibi hallerde oluşan Meclisin, anayasada öngörülen temsili sağlayacağını, dolayısıyla mensuplarının da yasama sorumsuzluğundan faydalanacağını kabul etmek yerinde olmaz. Elbette bir Meclisin meşru olmadığının kabul edilebilmesi, işleyen bir demokraside pek mümkün değildir. Ancak bir şekilde, seçimlerin vahim ölçüde hile ile kazanılması söz konusu olmuş veya seçmenlere sistematik ve yaygın şekilde cebir uygulanmışsa, bu durumda gerçek anlamda temsil yetkisine sahip bir Meclisin varlığından bahsedilemez.

Bu hususta verilebilecek bir başka örnek, meşru bir şekilde seçilmiş Meclisin gayrimeşru hale dönüşmesidir. Weimar Cumhuriyetinin çöküşü ve Nazilerin

¹²⁵ **Teziç**, sh. 395; **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 509.

¹²⁶ Aynı yönde: **Özek**, Mutlak Yasama Dokunulmazlığı, sh. 92 vd.; **Teziç**, sh. 395, dn. 51; **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 92 – 94; **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 509; **Özcan**, sh. 88; **Akman Akyürek**, Parlamenterlerin Yasama Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, Parlamento Hukuku Dizisi N.1, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, sh. 86 – 88 (Aktaran: **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 93-94). Aksi görüşler ve değerlendirilmeleri için bkz: **Özek**, Mutlak Yasama Dokunulmazlığı, sh. 84 – 86.

mutlak iktidarı ele geçirmesi bu duruma verilebilecek tipik bir örnektir¹²⁷. Meclis baskı altına alınarak çıkarılacak bir takım kanunlar ile anayasal düzenin temel normlarının ortadan kaldırılmasının ardından artık mevcut Meclisin meşruiyetini kaybettiği söylenebilir. Aynı husus, demokratik usullere uymayan ve cebri nitelik taşıyan yöntemlerle anayasal düzenin ortadan kaldırılması halinde de söz konusudur.

Buna, anayasal düzene karşı bir kanunun oylanması sırasında milletvekillerinin tek tek veya topluca baskı altına alınması hali de örnek olarak gösterilebilir.

Gene ülkenin işgal edilmesi durumunda, işgal güçlerinin güdümündeki Meclisin de milleti temsil ettiği dolayısıyla meşru olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla, tüm bu hallerde, meşruiyetten yoksun meclisin mensuplarının, yasama sorumsuzluğundan yararlanacakları kabul edilemez. Bu gibi hallerde çıkarılan kanunların doğurdukları sonuçlardan dolayı doğacak

¹²⁷ 1933 yılındaki seçimlerden sonra tek başına iktidara gelecek çoğunluğa erişemeyen Hitler liderliğindeki Nazi Partisi, uzunca süredir devam eden kriz, yükselen komünizmin yarattığı korku ve parlamentonun başka şekilde yeni bir hükümet ortaya çıkaramayacağı gibi sebeplerle, kurulan koalisyon hükümetine liderlik etmiştir. 1930 – 1933 yılları arasında dört genel seçim yapıldığı dikkate alınırsa siyasi krizin ve bir hükümet ihtiyacının boyutları daha iyi anlaşılabilir. 30 Ocak 1933’de koalisyonun başbakanı olan Hitler, aynı yılın Mart ayındaki seçimlerden hemen önce *Reichstag*’ın (parlamento) kundaklanmasını bir komünist ihtilal teşebbüsü olarak tanımlamış ve seçimlerden önce olağanüstü hal yasası çıkarılmıştır. Seçimlerin hemen ardından, parlamentonun üçte ikilik nitelikli çoğunluğu tarafından, Hitler liderliğinde kurulan hükümete, dört yıl boyunca yasama yetkisi tanıyan ve anayasa değişikliği niteliğinde olan “yetki kanunu” kabul edilmiş ve dikta yönetiminin yolu sonuna kadar açılmıştır. Her ne kadar, söz konusu oylamanın yapıldığı gün, parlamento binası olarak kullanılan yer, Nazi Partisinin milis güçleri olan SA üyeleri ile doldurulmuş olsa da söz konusu kanunun geçmesinin tek sebebi de bu değildir. (Olaylar ve Weimar Cumhuriyetinin sona ermesi süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Josh Brooman**, Weimar Germany, Longman 20th Century History Series, sh. 30 – 31; **Robert Gellately**, Backing Hitler – Consent and Coercion in Nazi Germany, Oxford University Press, 2001, sh. 1vd. – 9 vd.; **Alan Bullock**, Hitler: A Study in Tyranny, Harper & Row Publishers, 1964, sh. 260 vd; **Hans Mommsen**, The Rise and Fall of Weimar Democracy (Terc: Elborg Forster/Larry Eugene Jones), University of North Carolina Press, 1989, sh. 517 vd.).

sorumluluktan, yasama sorumsuzluğu prensibi çerçevesinde kurtulmak söz konusu olamaz¹²⁸.

Tüm bu hallerde, yasama sorumsuzluğundan bahsedilemez. Bu durumda ancak milletvekillerinin baskı altında oy kullandıkları yani suç teşkil eden eylemi cebir etkisinde işledikleri savunması tartışılabilir.

c) Yasama dokunulmazlığı

TC Anayasası m. 83/2’de düzenlenen yasama dokunulmazlığı, milletvekillerinin seçimden önce veya sonra suç işlediği iddiasıyla, Meclisin kararı olmaksızın, tutulamayacağını, sorguya çekilemeyeceğini, tutuklanamayacağını ve yargılanamayacağını güvence altına almaktadır. Söz konusu güvencenin iki istisnası, anılan maddenin ikinci cümlesinde gösterilmiştir: *“ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır”*.

Yasama dokunulmazlığı, yasama sorumsuzluğunun aksine, bağıışıklık kapsamındaki fiilden dolayı hiçbir şekilde cezai sorumluluk doğmamasını değil, milletvekili hakkında, hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran tedbirlerin uygulanmasını veya doğabilecek cezanın ertelenmesini sağlar¹²⁹.

¹²⁸ Özek, Fransa Alman işgali altındayken Fransıyı yöneten Mareşal Petain ve taraftarlarına, savaştan sonra uygulanan usulü değerlendirmiş ve yapılan uygulamanın olağanüstü tedbirler niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, Yazar da, mutlak dokunulmazlığın sınırsız olduğu görüşünü, olağanüstü halin mevcudiyetine rağmen normal hukuk kaidelerinin uygulanması durumu ile sınırlamaktadır. Yazara göre, *“...hukuki bir düzeni yıkan ve siyasi iktidarı eline geçiren kuvvet, kendi meşruluğunu ilan ederken, gayrimeşru kabul ettiği siyasi kuvvet için de fevkalade tedbirlere ve hukuk kaidelerine başvurabilir ve bu başvurma bir bakıma fiili kuvvetin hakkıdır. Bu fiili kuvvetin getireceği kaideler de, olağanüstü ve fiili mahiyet taşıyacaktır.”* Aktardığımız bu görüşlerin çeşitli farklarla birlikte görüşümüze paralel olduğu kanısındayız.

¹²⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 245.

Bu şekilde milletvekillerinin Meclis çalışmalarına katılmalarının ve sıfatlarından kaynaklanan diğer fonksiyonları yerine getirmelerinin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Bu şekilde milletvekillerinin bağımsızlığı güvence altına alınmaktadır¹³⁰.

Milletvekillerine yasama dokunulmazlığı adı altında tanınan bu bağışıklık, bir kişisel imtiyazdan öte, yasama görevinin iktidarın ve diğer erklerin baskısına maruz kalınmadan yapılabilmesini sağlamak için getirilmiştir¹³¹. Bu şekilde, milletvekillerinin yasama çalışmalarına katılmalarının engellenmesinin önüne geçilmek istenmiştir¹³².

Yasama dokunulmazlığı, sorumsuzluğun aksine, yasama fonksiyonu ile hiçbir ilintisi olmayan fiiller açısından da söz konusu olacaktır. Kurumun altında yatan mantık, Milletvekillerinin, bir takım gerçek dışı veya şüpheli ithamlara dayanan soruşturma ve kovuşturmalar ile tehdit altına alınmasının engellenmesidir¹³³. Fakat bu mantığa, yargının bağımsız olduğu ve hukuk sisteminin oturduğu bir sistemde sıcak bakmak pek kolay değildir¹³⁴.

Kimi hallerde kurum kötüye kullanılarak, hakkında ceza soruşturması yürütülen kimselerin, milletvekili seçilerek, adeta bir zırha bürünmeleri, kamuoyunda da bu hususta önemli tartışmaların çıkmasına ve kurumun, siyasi partilerin sonu gelmez şekilde sürdürdükleri bir polemik malzemesi haline gelmesine sebep olmaktadır. Bu sebeple yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya sınırlandırılması sürekli olarak gündemde olan bir

¹³⁰ Teziç, sh. 396; Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı 1992, sh. 22.

¹³¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 245; Feyzioğlu, Yasama Dokunulmazlığı 1992, sh. 25.

¹³² Sevinç, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 130 – 131.

¹³³ Teziç, sh. 397; Abdülhakimoğulları, sh. 69.

¹³⁴ Bu hususta değerlendirme ve tartışmalar için bkz: Sevinç, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 120, dn. 21. Ayrıca bkz: Metin Feyzioğlu, “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2005, sh. 399.

konudur¹³⁵. Mukayeseli hukuk incelendiğinde, dokunulmazlığın gitgide daraltılmakta olduğu görülmektedir¹³⁶.

Yasama dokunulmazlığı, kişinin milletvekili seçilmesi ile başlar ve bu görev sona erene kadar da devam eder. Dokunulmazlığın özünde, milletvekilinin hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran işlemlerden muaf tutulması yatmaktadır.

Yasama dokunulmazlığından milletvekilleri ile milletvekili olmayan bakanlar yararlanabilir¹³⁷. Dokunulmazlık, seçimden önce veya sonra suç işlendiği iddialarını kapsamaktadır. Burada yer alan “suç” kavramı ile ceza hukuku anlamında suçlar ifade edilmektedir. 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, 1982 Anayasasında da kullanılan “suç” kavramı, kabahatlerin ceza kanununda yer alması ve kabahatlere ilişkin muhakemenin ceza mahkemeleri tarafından yapılması sebebiyle bunların da yasama dokunulmazlığı kapsamında kabul edilmesi sonucunu doğurmaktaydı¹³⁸.

Ancak 5237 sayılı TCK ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun kabulü ile getirilen sistem sonucunda kabahatler ceza hukuku alanının dışına çıkarılmış ve idari yaptırım niteliğini kazanmıştır. Bu durumda kabahatlerin yasama dokunulmazlığı kapsamında olmadığını kabul etmek gerekecektir¹³⁹. Zira, artık Kabahatler Kanunu’na aykırılık neticesinde kişinin özgürlüğünden yoksun kalması sonucunun doğması mümkün olmadığına göre, yasama dokunulmazlığının maksadından hareketle, bu kanunun milletvekillerine uygulanmasına engel yoktur.

¹³⁵ Teziç, sh. 403 – 404; Yayla, sh. 485 vd.

¹³⁶ Yayla, sh. 486 – 487; Sevinç, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 269.

¹³⁷ Cumhurbaşkanının durumu hakkındaki tartışmalar için bkz: İkinci Bölüm II.B.2.a.

¹³⁸ Sevinç, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 131.

¹³⁹ Abdülhakimoğulları, sh. 111; Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 246.

Dokunulmazlık yalnızca ceza hukukunu ilgilendiren konulara ilişkin olup, yasama dokunulmazlığı güvencesine sahip olanlar hakkında hukuk davası açılmasını engellemektedir.

Öte yandan, cezai açıdan da, yalnızca tutulma, sorguya çekilme, tutuklanma, yargılanma ve hapsedilme şeklinde bir koruma sınırı çizilmiştir¹⁴⁰. Bu durumda, yukarıdaki işlemleri gerektirmeyen soruşturma işlemlerinin yapılabileceği sonucuna varılabilir¹⁴¹. Dikkat edilecek olursa, milletvekilinin özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracak nitelikteki işlemler dokunulmazlık kapsamındadır. Buna, milletvekilinin yargılanması, yani en azından kovuşturma aşamasının duruşma evresine geçilmesi ile sorgulanması da eklenmiştir.

Her iki işlem de, tutuklanma ve sair şekilde özgürlüğü kısıtlayan tedbirler kadar olmasa da, esasen milletvekilinin özgürlüğünü kısıtlayan niteliktedir. Bu açıklamalarımız ışığında, ifadesi alınmadan da hakkında dava açılacak deliller elde edilen milletvekili hakkında iddianame tanzim edilmesi ve bunun kabulü ile kovuşturma aşamasına geçilmesi de

¹⁴⁰ Bu hususta, tutulma ve tutuklanma kavramları üzerinde fazlaca tartışma bulunmazken, sorguya çekilme kavramının nasıl anlaşılacağı hususunda tartışma yapılabilir. Doktrinde sorguya çekmenin, ceza muhakemesi anlamında sorguya çekme olduğu görüşünden hareketle, ifade alma işleminin yapılabileceği ileri sürülmektedir (**Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 158; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 247). Kanımızca bu görüş yerinde değildir. Zira sorgu, ancak hâkim tarafından yapılabilen ve sanık/şüpheli açısından daha güvenceli bir süje tarafından gerçekleştirilen, ceza muhakemesi işlemlerindendir. İfade alma işlemi ise savcı veya kolluk tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Sorguya çekme işlemine izin vermeyen Anayasa m. 83/2’nin, milletvekilinin ifadesinin alınabilmesine imkân sağladığı şeklinde yorumlanması hatalı olacaktır. Öte yandan, milletvekilinin tanık olarak bilgisine başvurulabilmesinin veya Mahkemede tanık olarak dinlenmesinin önünde bir engel bulunmadığını, bu hususta çağrı yapılabileceğini ancak zorla getirme işlemlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağını düşünüyoruz.

¹⁴¹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 247.

mümkündür¹⁴². Ancak davanın açıldığı mahkeme, dokunulmazlık Meclis tarafından kaldırılmadıkça duruşma tarihi belirleyerek duruşma evresine başlayamaz yani yargılama yapılamaz.

Kişi milletvekili seçildikten sonra işlediği fiillerden dolayı, ağır cezalı suçüstü halleri dışında, dokunulmazlıktan yararlanır. Milletvekili seçilmeden önceki fiillerinden dolayı ise, seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla “Anayasanın 14’üncü maddesindeki durumlar” dışında, dokunulmazlıktan yararlanacaktır. Buna göre dokunulmazlık kapsamına giren fiiller milletvekili seçildikten sonrakilerle sınırlı olmayıp, önceden işlenen fiilleri, bunlara ilişkin başlayan soruşturma ve kovuşturmaları¹⁴³ hatta temyiz aşamasını dahi kapsamaktadır¹⁴⁴. Ancak milletvekili seçildikten sonra

¹⁴² **Alacakaptan**, Dokunulmazlık, sh. 510; **Feyzioğlu**, Dokunulmazlık 2005, sh. 402.

¹⁴³ “18 Nisan 1999 seçimlerinde 21. dönem Ordu Milletvekili seçilen sanığın, yasama dokunulmazlığını düzenleyen 1982 Anayasası’nın 83. maddesi gereğince yasama dokunulmazlığı kaldırılmadan yargılama yapılamayacağı, bu nedenle hakkındaki davanın CMUK’nun 253. maddesi uyarınca yargılama şartı gerçekleşinceye kadar durmasına karar verilmesi gerekliliği gözardı edilmiş ise de; 21.12.1998 tarihli taahhüt tutanağında icra müdürünün imzası bulunmadığından şikâyetle konu suçun oluşmadığı ve CMUK’nun 253/son madde ve fıkrası gereğince ‘derhal beraat kararı verilmesi gereken hallerde düşme ve durma kararı verilemez’ hükmü karşısından sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı biçimde hüküm kurulması...” (Yargıtay 8. CD, 25.5.2000, 6148/9604).

¹⁴⁴ “...[S]anığın yerel mahkemece hüküm verilmesinden sonra 22 Temmuz 2007 tarihinde gerçekleştirilen 23. Dönem Milletvekilliği seçimleri sonucunda İstanbul Milletvekili seçildiği anlaşılmaktadır.

Milletvekilleri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 83. maddesine göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa’nın 14. maddesinde öngörülen haller dışında, seçimden önce işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin kararı olmadıkça yargılanamazlar. Bu dokunulmazlık, yasa yolu denetimi evresini de kapsamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 14. maddesinin kapsamı dışında bulunan görevde keyfi davranış suçuna ilişkin yargılama koşulu hükmün kesinleşmesi öncesinde yasa yolu denetimi sürecinde ortadan kalktığından sanık hakkındaki hükmün bozulmasına, yargılama koşulunun gerçekleşmesi bakımından yapılacak işlemlerin birinci derece yargılamasıyla görevli Yargıtay 4. Ceza Dairesince yerine getirilmesine karar verilmesi gerekmektedir.” (Yargıtay CGK, 30.10.2007, 4-75/221)

dahi, derhal beraat kararı verilebilecek bir hal söz konusuysa, CMK m. 223/9 uyarınca bu kararın verilmesi gerekecektir¹⁴⁵.

Dokunulmazlık konusu, incelememiz açısından, AY m. 83/2’de gösterilen istisnaların, Anayasayı İhlâl Suçu açısından ne şekilde tatbik edileceği noktasında önem kazanmaktadır.

Maddede gösterilen ilk istisna, milletvekili sıfatını taşıyan bir kimsenin “ağır cezayı gerektiren” suçüstü halidir. Hükümde kullanılan “ağır cezayı gerektiren” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği belirsiz ve tartışmaya açıktır.

Öncelikle kullanılan “ağır cezayı gerektiren” ifadesi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku açısından teknik olarak doğru bir ifade değildir. Öte yandan, Anayasa koyucu kurumları tesis ederken, onların ilgili kanunlardaki tanımlarıyla bağlı olmak zorunda değildir. Bu halde karşımıza çıkan ilk soru, maddedeki “ağır cezayı gerektiren” ibaresinden ağır hapis cezası gerektiren suçların mı anlaşılacağı, yoksa bu ibare ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerin mi kastedildiği, ya da maddenin bu kavramlardan tamamen bağımsız bir şekilde mi yorumlanacağıdır.

Son ihtimalden başlarsak, böyle bir yaklaşımın, ağır cezayı gerektiren suçların tanımında önemli bir belirsizlik yaratacağı, bu durumun da milletvekili dokunulmazlığı kurumunun amacıyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle yerinde olmayacağı kanısındayız.

İlk soruya ilişkin değerlendirme ise tabiatıyla Eski TCK dönemi açısından anlam ifade etmektedir. Maddenin kaleme alındığı dönemde yürürlükte olan 765 sayılı TCK m.11 ile hapis cezaları, ağır hapis – hapis şeklinde tasnif

¹⁴⁵ Yargıtay 8. CD, 25.5.2000, 6148/9604 (bkz. yuk. dn. 143).

edilmekteydi. Mülga 1412 sayılı CMUK m. 421’de ise ağır ceza işleri “*ağır hapis ve on seneden fazla hapis cezalarını gerektiren cürümlere ilişkin davalardır*” diye tanımlanmaktaydı. Bu dönemde her iki madde birlikte dikkate alınıyor ve netice olarak ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler, Anayasa m. 83/2 anlamında “ağır cezayı gerektiren” kavramını karşılar şekilde yorumlanıyordu¹⁴⁶.

Her iki kanunun da yürürlükten kalktığı 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla anılan sistemde bir takım değişiklikler meydana gelmiştir. 5237 sayılı TCK’da ağır hapis – hapis tasnifine gidilmemiştir. Yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, kanunlarda öngörülen ağır hapis cezaları hapis cezasına dönüşmüştür (5252 sayılı Kanun m. 6/1)¹⁴⁷. Anılan değişiklik, elbette Anayasa m. 83/2’deki hükmün değiştirildiği anlamına gelmez. Artık ağır hapis cezasını gerektiren bir durum kalmadığına göre, maddede yer alan ağır ceza kavramı yorumlanırken, 5235 sayılı Kanun m. 12 hükmü uyarınca ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerin dikkate alınması gerekecektir¹⁴⁸.

Bu şekilde yapılan düzenleme çeşitli sorunlar çıkarabilir. Öncelikle yasakoyucu, anayasada “ağır cezayı gerektiren suçlar” şeklinde formüle edilen kavramın içini istediği gibi doldurabilecektir.

Halihazırdaki düzenleme uyarınca (5235 s. Kanun m. 12)¹⁴⁹, başka kanunlar ile açıkça ağır ceza mahkemesinin görevlendirildiği haller ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezası gerektiren

¹⁴⁶ **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 133 vd.; **Feyzioğlu**, Dokunulmazlık 2005, sh. 404 – 405.

¹⁴⁷ “Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”, 5252 s., 4.11.2004 T., (R.G. 13.11.2004/25642).

¹⁴⁸ **Özcan**, sh. 152; **Abdülhakimoğulları**, sh. 84 vd.

¹⁴⁹ “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”, 5235 s., 26.9.2005 T., (R.G. 7.10.2004/25606).

suçlar ile yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir. Söz konusu hükme yeni suç tiplerinin eklenmesi her zaman mümkündür¹⁵⁰. Bu maddede yapılan her değişiklik ile yukarıda, Anayasa 83/2'deki "ağır ceza gerektiren" kavramının kapsamı da değiştirilmiş olacaktır. Bu duruma ilişkin getirilen eleştirilerin ciddi bir haklılık payı bulunmaktadır¹⁵¹.

Suçüstü kavramı ise üzerinde daha az tartışma yapılabilecek niteliktedir. Zira bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusundaki uzun süredir oturmuş olan uygulama ve yasal düzenlemeler kavramın genişletilmesi önünde engel teşkil etmektedir. CMK m. 2/1(j) bendindeki tanıma göre suçüstü kavramı, *"işlenmekte olan suç ile henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu ve fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu"* ifade etmektedir.

Anayasayı İhlâl Suçunun cezası dikkate alındığında, "Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali" istisnasının bu suç açısından uygulanabileceğine dikkat çekmek gerekir.

Anayasayı İhlâl Suçunun faillerinin suçüstü yakalanması konusunda cebir ve şiddet hareketlerinin esas alınması gerektiğini ifade etmek gerekir. Maddede gösterilen suçun ancak bu hareketlerle işlenmesi söz konusu olduğuna göre, bunları doğrudan gerçekleştirenler arasında olmadıkları sürece, suçüstü

¹⁵⁰ Nitekim maddede tek tek sayılmak suretiyle belirtilen suç tipleri, 31.3.2005 T., 5328 S. Kanun ile eklenmiştir.

¹⁵¹ Tartışmalar için bkz: **Sevinç**, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 134 vd.; **Abdülhakimoğulları**, sh. 87.

hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. CMK 2/1(j) maddesinde kullanılan “işlenmekte olan suç”, “henüz işlenmiş olan fiil”, “fiilin işlenmesinden hemen sonra” ve “fiilin pek az önce işlendiğini gösteren” ibarelerinden başka bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Bu suça azmettirenlerin suçüstü yakalanmaları gibi bir ihtimalden söz edilmesi de pek muhtemel değildir.

Anayasa m. 83/2’de öngörülen ikinci istisna ise, “seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar”dır. 1924 ve 1961 Anayasalarında yer almayan bu istisna, 1982 Anayasasının ürünüdür. Anayasanın 2001 yılında değiştirilen 14. maddesi oldukça geniş bir tanım içermektedir. Anılan madde şu şekildedir:

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

Madde kapsamına hangi suçların dahil olduğu son derece tartışmaya açık bir konudur. Özellikle siyasi nitelik taşıyan fiilleri karşılayan, TCK m. 301, TMK m. 7/2 gibi suç tiplerinin bu madde kapsamında olup olmadıkları cevap

verilmesi gereken önemli bir sorundur¹⁵². Varlığı dahi son derece tartışmalı olan¹⁵³, bu sebeple 2001 yılında değiştirilen 14. maddenin, milletvekili dokunulmazlığı ile ilgili son derece kritik bir düzenlemede referans noktası yapılmış olması, dahası, maddenin içeriğine hangi suçların dahil sayılacağına belirsizliği¹⁵⁴ bu konudaki en önemli problemleri teşkil etmektedir¹⁵⁵.

Ayrıca soruşturmasına seçimden önce başlanılmış olmak koşulunun bir güvence teşkil ettiği de düşünülmemelidir¹⁵⁶. Milletvekili adayları belli olduktan sonra, kimin seçilmesi ihtimalinin yüksek olduğunu tahmin etmenin çok zor bir iş olmadığı ortadayken, bir soruşturma işlemi başlatılması ve adayın seçimden sonra yasama dokunulmazlığı kapsamının dışında kalmasının sağlanması mümkündür^{157, 158}.

¹⁵² **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 140 vd.

¹⁵³ **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 140; **Cem Eroğul**, “Altıncı Anayasa Değişikliği”, Mülkiye, C.: XXV, Sayı: 231, sh. 275.

¹⁵⁴ **Feyzioğlu**, Dokunulmazlık 2005, sh. 406; **Abdülhakimoğulları**, sh. 92.

¹⁵⁵ **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 268; **Şahin**, Başbakanların ve Bakanların Cezai Sorumlulukları, sh. 63.

¹⁵⁶ **Özbudun**, sh. 289; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, sh. 246.

¹⁵⁷ **Feyzioğlu**, Dokunulmazlık 2005, sh. 406; **Sevinç**, Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, sh. 150; **Abdülhakimoğulları**, sh. 96.

¹⁵⁸ Bu hususta, 1982 Anayasasının hazırlandığı zamanda yürürlükte olan mevzuata göre, soruşturmanın hazırlık soruşturması ve son soruşturma şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmasından hareketle, 5271 sayılı CMK m. 2’deki tanımla bağlı kalmadan, soruşturmadan kastedilenin eski ifadeyle son soruşturma olduğu veya en azından soruşturma aşamasının belli bir noktaya gelmiş olmasının aranması gerektiği ileri sürülebilir. Meselâ kişi hakkındaki şüphenin belli bir aşamayı geçmiş ve buna ilişkin ceza muhakemesi işlemleri gerçekleşmemişse, AY m. 83/2 anlamında soruşturmasına başlanmış bir suç olmadığı kabul edilebilir. Zira CMK m. 2/1(e) uyarınca, soruşturma suçun öğrenilmesi ile başlamaktadır. Dolayısıyla bu soruşturmanın süjesi olmamış kişilerin sonradan soruşturmaya dahil edilmeleri gibi ihtimallerin AY m. 83/2 ile bağdaşmayacağı gerçeği karşısında, en azından başlatılmış olan soruşturmanın milletvekiline yönelmiş olması, yani bu kişinin şüpheli sıfatını kazanmasına neden olacak ve ona karşı doğrudan sonuç doğuran bir takım işlemlere tâbi tutulmuş olması söz konusu olmalıdır. Bu yönde görüşler için bkz: **Feyzioğlu**, Yasama Dokunulmazlığı 1992, sh. 43 – 44. **Abdülhakimoğulları**, *Feyzioğlu’nun bu görüşüne*, maddenin

Bu konudaki tartışmalar bir yana, Anayasayı İhlâl Suçunun, Anayasa m. 14 kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Bu bağlamda soruşturmasına seçimden önce başlanılmış olması kaydıyla, seçilen milletvekilinin bu kapsamda yasama dokunulmazlığından yararlanması söz konusu olamayacak, bu kişiler Meclisin kararı olmaksızın tutulabilecek, sorguya çekilebilecek, tutuklanabilecek veya yargılanabilecektir¹⁵⁹. Bu kapsamda olan ve seçimden sonra işlendiği iddia edilen fiiller açısından yasama dokunulmazlığı hükümlerinin söz konusu olacağında şüphe bulunmamalıdır.

4. Asker kişiler

a) Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları açısından

AY m. 145 uyarınca, asker kişiler tarafından işlenen askeri suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmak için askeri yargı teşkilatı kurulması öngörülmektedir. Bu teşkilat içinde, askeri mahkemeler ile disiplin mahkemeleri bulunmaktadır. Asker kişi, 353 sayılı Kanun¹⁶⁰ m. 10 ile tanımlanmıştır. AY m. 145/1 son cümlesi uyarınca ise, *“Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar her halde adliye mahkemelerinde görülür”*.

kapsamını fazla daralttığı gerekçesiyle karşı çıkmakla beraber, işin özünde soruna dikkat çekerek çözüm önerisi sunmaktadır. Yalnızca sunulan çözüm önerisi soruşturmasına başlanmış olmak kaydını biraz daha geniş bir çerçeveye oturtmaktadır. Karşı görüş için bkz: **İçel/Donay**, sh. 152. Eski CMK dönemindeki ön soruşturma – son soruşturma kavramları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: **Nurullah Kunter**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, sh. 755 vd.

¹⁵⁹ **Dönmezer/Erman**, C.I, sh. 274; **Özcan**, sh. 159.

¹⁶⁰ 353 s., 25.10.193 T., Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (**R.G.** 26.10.1963/11541 Mükerrer)

Böylece anayasal düzeyde bir hükümle, askeri yargının görevine ilişkin bir düzenleme yapılarak, Anayasayı İhlâl Suçunun aralarında bulunduğu suç tiplerinin adliye mahkemelerinin görevine girdiği kabul edilmiştir¹⁶¹.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanmaları öngörülen asker kişiler hariç, Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin olarak görevli mahkemelerin genel görevli mahkemeler olduğu sonucuna varıyoruz. Aynı şekilde CMK m. 161/8 uyarınca, bu suçtan dolayı Cumhuriyet savcıları doğrudan soruşturma yapabilmektedir.

Ancak, AY m. 148/7 uyarınca, yukarıdaki düzenleme Genelkurmay Başkanı, Kuvvet Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı açısından, Anayasayı İhlâl Suçunu “görevleriyle ilgili” olarak işlemiş olmaları kaydıyla, geçerli değildir. Anılan madde uyarınca, saymış olduğumuz üst düzey komutanlar, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanacaklardır. Anayasayı İhlâl Suçunun, bu kişiler tarafından işlenmesi hallerinin, istisnai

¹⁶¹ Bu hususta dikkate alınması gereken bir diğer düzenleme ise TMK m. 10'da yer almaktaydı. Söz konusu düzenleme, 6352 s. Kanun ile yapılmıştı. 6352 s. Kanun m. 105/(6) ile mülga edilen CMK m. 250/3 ve 251/1 hükümleri, bu maddeler uyarınca kurulan mahkemelerin görevine giren işlerde, haklarında dava açılanların sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu mahkemeler tarafından yargılama yapılmasını gerektirmekteydi (Aynı yönde: **Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, sh. 994).

Ancak aynı düzenleme ile Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler saklı tutulmuştu. Söz konusu maddenin yürürlükten kaldırılmadan önceki hali şu şekildeydi: “Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile (...) askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.”.

CMK'nın 250, 251 ve 252. maddelerinin ilga edilmesi ile yürürlüğe giren yeni sistemde de, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır” düzenlemesi yer almakta (TMK m. 10/2) ve buna göre, önceki düzenlemede öngörülen sistem muhafaza edilmekteydi.

Bu düzenleme de 6526 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış durumdadır: 6526 s. 21.2.2014 T., “Terörler Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (R.G. 6.3.2014/28933 Mük.)

durumlar hariç olmak kaydıyla, görevle ilgili olduğunu kabul etmek gerekir¹⁶². Darbe hazırlığı içinde olan, bahsi geçen sıfatları haiz kişiler, bu hazırlıkları görevleri esnasında, görevleri sebebiyle kendilerine tanınan imkânları kullanarak yapmakta ve fiilin icrası görev sebebiyle kendilerine tevdi edilen silâh ve sair araç-gereçlerle gerçekleştirilmektedir.

Görevle ilgili olma kavramının, kamu görevlileri açısından geçerli olan “görev sebebiyle işlenen suç” kavramı ile aynı anlama mı geldiği, yoksa bu kavramın daha geniş bir kapsamı mı olduğu tartışılabilir¹⁶³. 4483 s. Kanun yürürlüğe girmeden önce ortaya atılan görüşe göre, Yüce Divan’ın yetkisinin Memurin Muhakematı Hakkında Kanun çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir¹⁶⁴. 4483 s. Kanun ile önceki düzenlemeden daha dar bir sistem öngörülmüştür. Görev sebebiyle işlenen suç kavramı görev sırasında işlenen suçu kapsamamaktadır¹⁶⁵. Ne var ki, Anayasa’da daha farklı bir ibare tercih edilerek, “görevle ilgili” suçların Yüce Divan tarafından yargılanması

¹⁶² Yargıtay 9. Ceza Dairesi, kamuoyunda “Balyoz Davası” olarak bilinen davaya ilişkin olarak verdiği kararda, fiil tarihinde Kuvvet Komutanı olan sanıklar Özden Örnek ve İbrahim Fırtına yönünden, bu kişilerin Yüce Divan’da yargılanmaları gerektiği itirazlarına ilişkin “Balyoz Güvenlik Harekat Planının icrasına yönelik Suga ve Oraj Harekat Planlarını hazırladıkları ve bu planların icrası kapsamında görev alarak bu görevlerin icaplarını yerine getirdikleri iddiasının, yasal görevlerinden doğmadığı gibi görevleri ile bir ilgisinin de bulunmadığı anlaşıldığından, mahkemenin davaya bakmasında isabetsizlik görülmemiştir” şeklinde sonuca varmıştır (9. CD, 2013/9110-12351). 9. Ceza Dairesi’nin bu sonuca varırken dayandığı **Yargıtay CGK, 2011/3-116, 2011/157** sayılı kararına dayanmış olması, bu karara konu olayın asker bir kişinin askerlikle hiçbir ilintisi olmayan bir fiiline ilişkin olması açısından çelişkilidir: “... suç tarihinde Kayseri’de görevli astsubay olan sanığın, İzmir’de uzman çavuş olarak görev yapan ve kız kardeşinin eski eşi olan katılanı, boşanma davası sürecinde yaşanan olaylardan kaynaklanan husumetten dolayı izinli olarak geldiği memleketi Sultandağı İlçesinde sağ gözünde uzuv tatili oluşacak derecede kasten yaralaması şeklindeki eyleminin, askerlik görev ve hizmeti ile ilgili olmayıp tamamen kişisel nedenle, izinli olunan bir zamanda, askeri olmayan bir alanda işlendiği ve askeri suç olmadığı göz önüne alındığında askeri yargıda görülmesine olanak bulunmamaktadır”.

¹⁶³ Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Gökcan/Artuç**, sh. 443 vd.

¹⁶⁴ **Öztürk**, sh. 89.

¹⁶⁵ Bu hususta bkz: **Gökcan/Artuç**, sh. 443 vd.

öngörülmüştür. Bu çerçevede, Anayasa ile daha geniş kapsamlı bir görev suçu tanımının yapıldığını kabul etmek gerekir. Zira, öncelikle Anayasa'nın 148. maddesinde, 4483 s. Kanun'un kabulünden sonra değişiklik yapılmış, ancak bu değişiklik esnasında, 4483 s. Kanun paralelinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1982 Anayasası'nın hazırlandığı ve kabul edildiği dönemde geçerli olan sistemin kanunla değiştirilmesinin, Yüce Divan'ın görevi yönünden bir değişiklik getirdiği de kabul edilemez. Aksinin kabulü Yüce Divan'ın Anayasa ile belirlenmiş olan görevinin yasa ile daraltılması anlamına gelir.

Bu kişiler hakkındaki soruşturmanın kim tarafından yapılacağı konusunda ise, AY m. 148'de bir açıklık yoktur. Bu durumda genel hükümler çerçevesinde hareket etmek gerekir. AY m. 148'de Yüce Divanda yargılanması öngörülenlere ilişkin soruşturmanın hangi usulle yapılacağı ilgili kanunlarda gösterilmiştir (Bkz: AYMK m. 16; Yargıtay K. m. 18; Danıştay K. m. 76 - 79).

Konuyu Anayasayı İhlâl Suçu açısından incelersek, Genelkurmay Başkanı, Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı için, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı özel bir soruşturma usulünün bulunmaması nedeniyle mesele genel hükümler çerçevesinde çözülecek, AY m. 145/1'in son cümlesi uyarınca, bu suça ilişkin askeri yargının görevinin bulunmaması sebebiyle, Yüce Divan'da dava açılana kadar ki soruşturma süreci, genel yetkili ve görevli Cumhuriyet savcılar tarafından yapılacaktır.

Nitekim soruşturma aşamasına ilişkin olarak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, Yargıtay Kanunu m. 27'de sayılan görevleri arasında, Yüce Divanın görevine giren hallere ilişkin soruşturmaları yürütmek yoktur. AY

m. 148/8 hükmü, Yüce Divanda yargılanacak kişilere ilişkin soruşturmanın da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili tarafından yapılacağı şeklinde yorumlanamaz.

b) NATO Anlaşması kapsamında olanlar açısından

Kuzey Atlantik Anlaşması Örgütü (NATO) teşkilatına üye devletler arasındaki “Kuzey Atlantik Anlaşmasına taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme” uyarınca, mülkilik ilkesinde bir istisna yaratılmış ve birbirlerine asker gönderen devletlerin yargı yetkilerine ilişkin özel kurallar getirilmiştir.

Anılan Sözleşmenin, 7/2(b) maddesinde, kabul eden devletin, gönderen devletin askeri ve sivil personeli ile bunlara tâbi olan kişilere ilişkin münhasır yargı yetkisine sahip bulunduğu haller sayılmaktadır. Buna göre, kabul eden devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar münhasır yargı yetkisini doğurmaktadır.

Sözleşme m. 7/3’de devletin güvenliğine karşı suçlardan ne anlaşılacağı sayılmış ve (i) bendinde vatana ihanet suçu bu kapsamda değerlendirilmiştir. Yukarıda, Cumhurbaşkanının sorumluluğu bahsinde yaptığımız tartışmalara paralel olarak, burada yer alan “vatana ihanet” fiilleri içinde, Anayasayı İhlâl Suçunun yer aldığında şüphe bulunmamalıdır.

5. Kamu görevlileri

Kamu görevlilerinin, görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı nasıl yargılanacakları, izin prosedürü ve ilgili diğer hususlar asıl olarak 4483 sayılı

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun¹⁶⁶ ile düzenlenmektedir.

Anılan kanunun uygulanabilmesi için öncelikle ortada “görev sebebiyle işlenmiş suç”¹⁶⁷ olması gerekmektedir (4483 s. Kanun m. 2/1). Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri kanunun uygulanmasından istisna tutulmuştur.

Anayasayı İhlâl Suçu, 6352 s. Kanun m. 105/(6) ile mülga edilene kadar, CMK m. 250/1 ile görevli ağır ceza mahkemelerinin görev sahasına girmektedir.

Anılan mülga düzenlemelere göre, Anayasayı İhlâl Suçu, CMK mülga m. 251/1 kapsamındaydı ve bu suça ilişkin 4483 sayılı Kanun uyarınca izin süreci işletilmesine gerek kalmaksızın Cumhuriyet savcıları tarafından doğrudan soruşturma yapılabilecekti. 6352 s. Kanun ile bu sistem esas olarak muhafaza edilmiş, ancak bu suçlara bakacak mahkemelerin görevleri TMK m. 10 ile belirlenmişti. Yukarıda da açıkladığımız üzere 6526 sayılı Kanunla, TMK m. 10 da yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak aynı Kanun’un 15. Maddesiyle CMK m. 161’e eklenen 8. fıkra uyarınca aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da yer aldığı suç tiplerine ilişkin olarak bu fiiller “*görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır*”. Bu konuda gösterilen tek istisna 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 26’dır. Bu madde uyarınca Milli İstihbarat Teşkilatı mensupları ile belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan

¹⁶⁶ 4483 s., 2.12.1999 T., Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (R.G. 4.12.1999/23896).

¹⁶⁷ Kavram için bkz: **Gökcan/Artuç**, sh. 444.

veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlanmıştır.

6. Türk vatandaşı olmayanlar

Anayasayı İhlâl Suçunun Türk vatandaşı olmayanlar tarafından işlenip işlenemeyeceği sorulabilir. Anayasayı İhlâl Suçu vatana ihanet olarak kabul edilen suçlardandır. Vatana ihanet kavramı, vatana sadakat borcu ile ilintili olduğundan dolayı, bu suçların ancak vatandaş tarafından işlenebileceği kabul edilmektedir¹⁶⁸.

Ne var ki, söz konusu tartışma, ceza mevzuatımızın konuyu işleyiş şekli dikkate alınırsa ancak teorik nitelik taşıyabilir. Ülkemizde, “vatana ihanet” adında bağımsız bir suç yoktur. Bu kavram ancak belli koşullarda uygulanmak üzere kullanılmaktadır. Vatana ihanet edebilmek için önce vatandaş olunması gerektiği doğrudur. Ne var ki, anayasal düzene yönelik cebir ve şiddet eylemleri gerçekleştirenler veya bu eylemlere iştirak edenler, Türk vatandaşı olmasalar dahi sorumlu olacaklardır. Bu hususta, aşağıda görüleceği üzere, fiilin Türkiye’de işlenip işlenmemesi açısından da fark bulunmamaktadır.

TCK m. 13/1(b)’de gösterilen bölümlerden, beşinci bölüm, Anayasayı İhlâl Suçu (TCK m. 309) ile başlamaktadır. Buna göre, yabancı ülkede vatandaş veya yabancı tarafından Anayasayı İhlâl Suçunun işlenmesi durumunda, Türk kanunları uygulanacaktır. Bu hüküm uyarınca, gerek Türk vatandaşları, gerekse yabancılara, Türkiye sınırları dışında işledikleri Anayasayı İhlâl Suçundan dolayı, Türk kanunları tatbik edilecektir.

¹⁶⁸ Gören, sh. 99 – 100.

Gene, TCK m. 13/2 uyarınca, Anayasayı İhlâl Suçunun yabancı ülkede işlenmesi durumunda, Adalet Bakanının talebine gerek olmaksızın Türkiye’de yargılama yapılabilecektir.

Aynı maddenin son fıkrası ise aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da bulunduğu bir takım suçlara ilişkin yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılacağını hükme bağlamaktadır. Son düzenleme *non bis in idem* prensibinin istisnalarından birini teşkil etmektedir.

7. Anayasayı İhlâl Suçunun siyasi suç niteliği

Siyasi sisteme yönelen ve bu sistemin öngördüğü düzenin değiştirilmesini amaçlayan, iktidarın hukuki veya fiili kullanımı ile bunlara ilişkin kurallara yönelen eylemleri cezalandıran suç tiplerinin siyasi suç olarak kabul edilmesi mümkündür¹⁶⁹. Tanımın içinde yer alan kavramların farklı yorumlara sebebiyet verebileceği mutlaklıdır. Siyasi suçun nasıl belirleneceği, hangi suç tiplerinin siyasi suç sayılacağı veya hangi fiillerin siyasi suç vasfına bürüneceği tartışmalıdır¹⁷⁰. Bu durum siyasi suç konusunun en sorunlu noktasını teşkil etmektedir.

Öte yandan, siyasi suçların niteliği ve bu suçları işleyenlere uygulanacak yaptırım tartışma konusu olagelmıştır¹⁷¹. XIX. yüzyıl ile birlikte toplumun siyasi suçlara karşı bakışı değişmiş ve bu doğrultuda, adi suçlara nazaran daha hoşgörü ile bakılan bu eylemlere verilen cezalarda bir yumuşamaya

¹⁶⁹ Benzer yönde: **Köksal Bayraktar**, Siyasi Suç, İstanbul, 1982, s. 66.

¹⁷⁰ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 955.

¹⁷¹ **Bayraktar**, Siyasi Suç, s. 185 vd.; **Özek**, Siyasi İktidar, s. 28; **Koca/Üzülmez**, s. 753; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 160; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 1096.

gidilmiştir¹⁷². Ancak bu yaklaşım fazla uzun sürmemiş ve gerek siyasi amaçlı fiillerin şiddet kullanımını da içermesi, gerekse otoriter rejimlerin yaygınlaşmaya başlaması ile siyasi suçlara öngörülen yaptırımlar da artmaya başlamıştır¹⁷³.

Siyasi suçların ayrı bir grup olarak kabul edilmesinin altında yatan nedenlerden biri, esasında bencil bir saik ile hareket etmeyen, mevcut düzenin, toplum için olumsuz neticelere yol açtığına inanan kişilerin eylemlerinin, toplum tarafından (bazen kısa vadede olmasa bile) hoş görülme eğilimidir. Çeşitli dönemlerde vatan haini olarak damgalanan kişilerin daha sonra idealize edilmeleri, bütün toplumlarda karşılaşılan bir olgudur. Özellikle buhranlı dönemlerde, güvenlik histerisi içindeki toplumun yarattığı baskı ile mahkûm edilen kişilerin, çok da uzun olmayan zaman sonra kahramanlaştırılmalarının örneği boldur. Toplumu böyle düşünmeye iten nedenlerin başında, bu fiilleri işleyenlerin, adi suçlulara nazaran daha farklı bir psişik yapıya sahip olması gelmektedir¹⁷⁴. Ortaya koymakta olduğumuz sübjektif teori, her ne kadar siyasi suçun tanımlanması ve gerekçelendirilmesinde tek dayanak noktası değilse de¹⁷⁵, siyasi suç denilen grubu açıklamak için önemlidir. Sübjektif teorinin, siyasi suç belirlemede tek dayanak olarak kabul edilmemesi yerindedir. Zira siyasi saiklerin yanı sıra, işlenen suçun da siyasi nitelikte olması veya bununla bağlantısının bulunması gerekmektedir.

¹⁷² Bayraktar, Siyasi Suç, s. 19 vd.; Özek, Siyasî İktidar, s. 27 – 29.

¹⁷³ Bayraktar, Siyasi Suç, s. 25 vd.

¹⁷⁴ Bkz: Bayraktar, Siyasi Suç, s. 79

¹⁷⁵ Sınar, s. 60.

Bir fiilin siyasi suç olarak kabulü, milletlerarası ceza hukuku açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır¹⁷⁶. İadesi istenilen kişinin, işlediği iddia edilen suç, siyasi suç vasfındaysa iade edilmemesi yerleşmiş bir kural haline gelmiştir. Bu hususta takdir yetkisi kişinin sığındığı ülkedir.

Ceza kanunlarında yer alan hangi suçların siyasi suç sayılacakları sorusuna kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Öncelikle, siyasi suç kavramı, maddi ceza hukuku kavramı olmayıp¹⁷⁷, bu bağlamda belirgin bir tanımının yapılması da oldukça güçtür.

Anayasayı İhlâl Suçunun siyasi suç olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin en önemli sonucu, iade konusuna ilişkindir. Buna karşın, yapılacak olan değerlendirmenin, siyasi suça ilişkin diğer başlıklar açısından da¹⁷⁸ önem taşıdığını ifade edelim.

Doktrinde, tam siyasi suçu tanımlayan yazarlar genellikle, devletin varlığına ve siyasi mekanizmasının işleyişine (anayasa ile belirlenen siyasi düzene, yani anayasal düzene) yönelen, bireylerin siyasi haklarını kullanmalarına ilişkin olarak işlenen suçların bu kapsama dahil olduğunu belirtmektedir¹⁷⁹. *Bayraktar*, bu tanımlı yaptıktan sonra, 765 s. TCK'yı dikkate alarak, aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da (m. 146) bulunduğu, "Devletin şahsiyetine karşı cürümler" başlıklı kısımda yer alan suçların tam siyasi suçlar olduğunu kabul etmektedir¹⁸⁰. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, tarafından da, tam siyasi suçun tanımının ardından 5237 s. TCK m. 302 bunlara örnek olarak

¹⁷⁶ *Bayraktar*, Siyasi Suç, s. 193 vd; *Özgenç*, Genel Hükümler, s. 954 - 955.

¹⁷⁷ *Özgenç*, Genel Hükümler, s. 955, 957.

¹⁷⁸ Bunlar için bkz.: *Bayraktar*, s. 181 – 206.

¹⁷⁹ *Bayraktar*, s. 66; s. 102; *Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe*, sh. 160; *Koca/Üzülmez*, s. 754.

¹⁸⁰ *Bayraktar*, s. 103.

gösterilmiştir¹⁸¹. *Özek* de devletin varlığına karşı suçların siyasi suç vasfı taşıdığının ifade etmektedir¹⁸².

Öte yandan, Anayasayı İhlâl Suçu, TMK m. 3 ile terör suçu olarak sayılmıştır. Yapılan bu düzenleme uyarınca, Anayasayı İhlâl Suçu, nasıl işlenirse işlensin, bu amaçla kurulmuş olan bir terör örgütünün bulunup bulunmamasından bağımsız olarak terör suçu olarak kabul edilecek ve bunun sonuçları uygulama açısından dikkate alınacaktır¹⁸³.

Anayasayı İhlâl Suçunun terör suçu olarak kabulü karşısında, bu suçun artık siyasi suç olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olup olmadığı, TÖDAS¹⁸⁴ uyarınca nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Doktrinin önemli bir kısmı tarafından, açık veya üstü kapalı olarak, siyasi suç olarak kabul edilen Anayasayı İhlâl Suçunun, TMK ile terör suçu haline getirilmesi karşısında bir çelişkinin ortaya çıkıp çıkmadığı sorusu gündeme gelebilir. Zira, TÖDAS m. 1 uyarınca, burada sayılan terör eylemleri, siyasi suç kapsamı dışında kalmaktadır.

SİDAS m. 3 ile, *“iade talebine sebep olan suç kendisinden iade edilen tarafça siyasi bir suç veya böyle bir suç ile murtabit fiil olarak telâkki edildiği takdirde suçlu iade edilmeyecek”* hükmü kabul edilmiştir. TÖDAS m. 1 ile ise, bu milletlerarası sözleşmeye taraf olan devletler arasında, madde kapsamındaki fiillerin siyasi suç olarak değerlendirilemeyecekleri kabul edilmiştir.

¹⁸¹ *Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/Tepe*, sh. 160.

¹⁸² *Özek*, Siyasî İktidar, s. 29.

¹⁸³ *Özgenç*, Suç Örgütleri, s. 229 – 230.

¹⁸⁴ “Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”, (R.G., 26.3.1981/17291).

Buna göre, TÖDAS'a taraf olmayan veya bu Sözleşmeden yararlanmayan ülkelerin iade taleplerine ilişkin olarak, siyasi suç değerlendirmesi yapılırken, bu sözleşme ile gösterilen prensiplerin bir bağlayıcılığı olmayacaktır.

Anayasa m. 90 uyarınca, aynı zamanda iç hukukumuzun bir parçası olan TÖDAS ve SİDAS¹⁸⁵, siyasi suçun, geri vermeye ilişkin boyutuyla ilgilidir. 5237 s. TCK m. 18/1(b)'de de, SİDAS'tan bağımsız olarak, siyasi suç işleyenlerin iade edilmemesi esası kabul edilmektedir. TÖDAS m. 1 kapsamında olan bir suçun, Anlaşmaya taraf olan devletler tarafından artık siyasi suç olarak kabul edilmesi ve iadeden kaçınılması mümkün değildir. Bu durumda ancak, SİDAS m. 3/2 ve TÖDAS m. 5 çerçevesinde iadeden kaçınmak söz konusu olabilir. Yani, TÖDAS kapsamında olan bir örnekte, Sözleşmenin birinci maddesinde belirtilen durumların bulunması¹⁸⁶ halinde, iade talep edilen devletin, siyasi suça dayanarak iadeden kaçınması mümkün değildir, meğer ki TÖDAS m. 5 ve SİDAS m. 3/2'de gösterilen istisnalardan biri¹⁸⁷ söz konusu olsun.

¹⁸⁵ "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi", (R.G., 16.11.1959/10365).

¹⁸⁶ Maddede altı bend şeklinde gösterilen istisnalar şunlardır: "**a**) 16 Aralık 1970 tarihinde La Haye'de imzalanan uçakların kanun dışı yollarla ele geçirilmesinin önlenmesine ilişkin Sözleşmenin kapsamına giren suçlar, **b**) 23 Eylül 1971 tarihinde Montreal'de imzalanan sivil havacılığın güvenliğine karşı kanun dışı eylemlerin önlenmesine ilişkin Sözleşmenin kapsamına giren suçlar, **c**) diplomatik ajanlar dahil olmak üzere uluslar arası bir himayeye tabi olan şahısların hayat, fiziki bütünlüğü veya hürriyetine bir saldırıyı kapsayan vahim suçlar, **d**) adam kaldırma, rehin alma veya gayri kanuni hürriyeti tehdit eden suçlar, **e**) şahısların hayatı için tehlike teşkil ettiği ölçüde bomba, el bombası, roket, otomatik ateşli silah veya bombalı mektup veya koli kullanmak suretiyle işlenen suçlar, **f**) yukarıdaki suçlardan birini işlemeye teşebbüs veya böyle bir suçu işleyen veya işlemeye teşebbüs eden bir şahsın fiiline suç ortağı olarak iştirake ilişkin suçlar."

¹⁸⁷ Her iki maddede de aşağı yukarı paralel bir düzenlemeye sahiptir, SİDAS'taki ifadeye göre, "vaki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasi kanat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısıyla

TÖDAS kapsamı dışında olan hallerde ise, siyasi suç belirlemek konusunda, iade talep edilen devletin takdiri önemlidir. Aynı şekilde, SİDAS kapsamında olsun olmasın, TCK m. 18 uyarınca, siyasi suç işleyenlerin iadesi söz konusu olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, Anayasayı İhlâl Suçunun, bir siyasi suç olduğu kanaatindeyiz¹⁸⁸. Bu suç bir terör suçu olarak kabul eden TMK, terör kavramı ve terör suçuna ilişkin olarak, Türk hukuku çerçevesinde hüküm ve sonuç doğurur. Anayasayı İhlâl Suçunun, TMK kapsamında olması, bu suçun TÖDAS m. 1 veya 2 kapsamında değerlendirilmesi zorunluluğunu doğurmaz. Yalnızca bu suçun, TÖDAS m. 1’de gösterilen şekillerde veya kişilere karşı işlenmesi durumunda, TÖDAS kapsamında bir hal söz konusuysa, iadede kaçınılması mümkün olmaz.

Bu bağlamda, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ihlâlî niteliğini taşıyan eylemler de siyasi suç olabilir¹⁸⁹. Fakat başkalarının yaşama hakkına, vücut bütünlüğüne zarar vermeye yönelik veya bu tehlikeyi doğuran türden eylemlerin, siyasi suç niteliklerini sürdürmeye devam edip etmedikleri tartışılmalıdır. Yargıtay bu konuda birbiriyle çelişen kararlar vermiştir¹⁹⁰.

ağırlaşılabileceğine dair ciddî sebepler mevcut olduğuna kanaat hasıl ettiği” durumda iadede kaçınılabilecektir.

¹⁸⁸ Aynı yönde: **Yaşar**, sh. 231.

¹⁸⁹ Aksi yönde: **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 955.

¹⁹⁰ **Yargıtay 1. CD** tarafından verilen 21.12.1970, 30701/3579 sayılı karara konu olan olayda, SSCB uyruklu failler, Batum – Suhumi seferini yapan bir uçağı, uçağın mürettebatını ve yolcuları tehdit ederek, Trabzon’a indirtmiş, bu esnada bir kişiyi öldürmüş iki kişiyi ise ağır şekilde yaralamışlardır. Bidayet sürecinde verilen kararlara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla yazılı emir yoluna başvurulmuş ve Yargıtay 1. CD, bu konuda değerlendirmesinde, netice olarak, sanıkların uçak kaçırma ve mürettebatına saldırı fiillerini işlemelerine sebep olan saikin siyasi nitelikte olduğu ve bu esnada işlenen suçların bağlantılı siyasi suç niteliğini taşıdığından bahisle, iade talebinin reddine karar verilmesine hükmetmiştir (Kararı aktaran: **Yargıtay CGK**’nın 8.3.1971, 1970/1-490, 1971/65 sayılı kararı; ayrıca, **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 957). Yargıtay CGK, tarafından, “Bir devletin rejimi kendi

Kanımızca, bu gibi hallere ilişkin olarak bile önceden kesin bir yargıya varmaktan kaçınmak gerekir¹⁹¹.

Aynı şekilde, Anayasayı İhlâl Suçunun, TMK uyarınca terör suçu sayılmasının siyasi suç olma niteliğine halel getirmediği kanısındayız. Varmış olduğumuz bu sonuç, siyasi suça ilişkin iadenin dışındaki diğer sonuçlar açısından da geçerlidir. Siyasi suç kavramının ortaya çıkmasına ve özel bir grup olarak kabulüne sebep olan gerekçeler, Anayasayı İhlâl Suçu açısından halen daha geçerlidir.

Anayasal düzene yönelen amaçlara, terör eylemleri vasıtasıyla ulaşılmaya çalışılması ise farklı bir durumdur. Bu bağlamda TMK'daki düzenlemenin gözden geçirilerek, terörün bir yöntem olduğu gerçeği çerçevesinde, bu yöntemler kullanılarak işlenecek fiillerin terör suçu oluşturabileceği kabul

telakkilerine göre kabul etmemek, beğenmemek nazari ve afaki bakımdan siyasi bir görüş mütalaa edilse bile bu yüzden işlenen adam öldürmek, öldürmeye teşebbüs ederek ağır yaralamak gibi suçların ne objektif, ne de subjektif bakımdan siyasi veya ona murtabit suçlar olarak nitelendirilmesi mümkün görülemez. Diğer bir deyimle bir rejimi mücerret rejim yönünden kabul etmemek, beğenmemek kanuni ve hukuki anlamda siyasi suç saiki sayılamaz. TCK. 'nın 9. maddesi, siyasi bir suç veya böyle bir suç ile murtabit fiilen mevcudiyetine dayanmaktadır. Halbuki sanıklar-rejim hakkında herhangi bir faaliyet göstermemiş, rejime, Devlete müteveccih bir fiil işlememiş, siyasi nitelikte sayılabilecek bir eylem ve hareketleri olmamış hatta bütün bunlara tevcih edilmiş niyet ve taralamaları dahi bulunmamış olmasına göre ortada siyasi suç olabilecek nitelikte bir fiil veya tasavvur bulunmamaktadır” görüşü ortaya konulmuş. Kararın sonuç kısmında, suçun tam siyasi suç olmadığı konusunda tereddüt olmadığı ifade edildikten sonra, “...Sanıkların suçlarında siyasi suça murtabit suç (vasıf ve mahiyeti) de yoktur (Karar A/1 ve 2. bölümleri). Sanıkların şahıslarına matuf ve müteveccih takip, nezaret ve tazyik mevcut değildir (Karar D/1 ve 2. bölümleri). S.S.C.Birliğindeki müesses rejim dolayısıyla gelecekte kendilerine tazyikte bulunulabileceği ve takibe maruz kalabilecekleri ihtimali olduğu ileri sürülmemiş olmakla beraber böyle bir ihtimal ile katil ve ağır surette yaralamak gibi suçların işlenmesi, siyasi veya ona murtabit suçların işlenmesi, siyasi veya ona murtabit suçlardan sayılamaz...” denilerek, bu gibi fiillerin siyasi suç niteliğinde olamayacağı kabul edilmiştir (Yargıtay CGK'nın 8.3.1971, 1970/1-490, 1971/65 (HT); aynı yönde: Yargıtay 8. CD, 11.1.1983, 1/43 (İBBB), ayrıca bkz: Özgenç, Genel Hükümler, s. 957).

¹⁹¹ Nitekim, görüldüğü üzere, Yargıtay'ın bir dairesi ile Ceza Genel Kurulu arasında da görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Ayrıca, iadesi talep edilen kişinin, talebe konu suçları nasıl bir olaylar dizgesi neticesinde işlediği değerlendirilmelidir.

edilmelidir. Terör kullanımı, siyasi suç olarak kabul edilemez. Zira terör eylemleri ile siyasi suçun ayrı bir kategoride değerlendirilmesinin gerekçeleri arasında irtibat yoktur.

C. T.C. Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi ve Benzeri Düzenlemeler

1. Genel olarak

Otoriter yönetimlerin, "reform yoluyla"¹⁹² iktidarlarını devrederek, gücü tekrar demokratik seçimlerle belirlenen iktidarlara bırakmaları aşamasında, geleceğe yönelik olarak bir takım teminatlar talep etmeleri ve bunları dayatmaları söz konusu olabilir. Bu tip teminatlar doktrinde "çıkış garantileri" (*exit guarantees*) olarak adlandırılmaktadır¹⁹³. Söz konusu teminatlar, halen daha iktidar gücünü elinde bulunduran otoriter yönetimin, iktidarı devretmeye ve sistemin demokratikleşmesinin önünü açmaya kendi girişimleriyle karar vermelerinin ardından, bu tip bir devri yapabilmeleri için talep ettikleri bir bedel niteliğindedir. Otoriter yönetimler demokrasiye geçiş sırasında bir geçiş dönemi öngörerek bir çeşit vesayet rejimi kurabilirler¹⁹⁴. Bu türden yönetimler de esasen demokrasiye geçişin bir basamağıdır.

Konu, bu türden otoriter yönetimlerin, iktidara, inceleme konumuzu teşkil eden Anayasayı İhlâl Suçunu işleyerek gelmiş olmaları veya iktidara meşru şekilde geldikten sonra bu suçu işlemeleri ihtimalinde önem kazanır. Bu gibi hallerde, çıkış garantisi olarak adlandırdığımız bu gibi teminatların, işlenmiş olan bir Anayasayı İhlâl Suçuna olan etkisi tartışma konusu olmaktadır.

¹⁹² Serap Yazıcı, Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1997, sh. 19 vd.

¹⁹³ Yazıcı, sh. 24; Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 25.

¹⁹⁴ O'Donnell/Schmitter, sh. 9.

2. Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında çıkış garantileri

Halen daha yürürlükte bulundan 1982 Anayasası da bir askeri darbenin ardından hazırlanmıştır. 12 Eylül 1980 tarihinde iktidarı ele geçiren askeri yönetim demokrasiye geçildikten sonra da ülke yönetiminde etkili olmasını sağlayacak bir dizi önlemin yanı sıra, Anayasa'nın Geçici 15. Maddesi ile

“12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz”

hükümünü getirmiştir.

Bu hüküm, *“bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da”* uygulanacaktır (AY Geçici 15. Madde, ikinci fıkra). Madde içeriği incelendiğinde görüleceği üzere, her ne kadar madde “geçici madde” olarak adlandırılrsa da esasen kalıcı niteliktedir.

Söz konusu madde 12 Eylül 1980 tarihinde yapılan askeri darbe neticesinde yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî ve hukukî sorumluluk

iddiasının ileri sürülemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Maddenin ikinci fıkrası bu bağışıklığın karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da geçerli olacağını düzenlemektedir.

Söz konusu maddeye paralel¹⁹⁵ bir hüküm 1961 Anayasası'nda da bulunmaktaydı. 1961 Anayasası'nın Geçici 4. Maddesinin ikinci fıkrası ile:

“27 Mayıs 1960 tarihinden itibaren Kurucu Meclisin toplandığı 6 Ocak 1961 tarihine kadar yasama yetkisini ve yürütme görevini Türk Milleti adına kullanmış bulunan Millî Birlik Komitesinin ve Devrim Hükümetlerinin karar ve tasarruflarından ve bunların, idarece veya yetkili kılınan organ ve mercilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında cezaî veya malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.”

Hükmü getirilmekteydi.

1961 ve 1982 Anayasalarındaki ilgili hükümlerin birbirlerine paralel olmalarına karşın, maddelerin süre bakımından kapsamaları farklıdır¹⁹⁶. 1961 Anayasası oldukça kısa bir süreci kapsamaktadır. 1982 Anayasası ile ise süreç 12 Eylül 1980 tarihinden, 1983 yılında TBMM Başkanlık Divanı oluşturulana kadar devam etmiştir. Doktrinde bu sürecin, yani Anayasanın referanduma sunulduğu tarihten TBMM Başkanlık Divanının kurulmasına kadar geçen sürenin adeta bir “açık bono”¹⁹⁷ ya da “peşin af”¹⁹⁸ olduğu ifade

¹⁹⁵ Yazıcı, sh. 202; Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 26.

¹⁹⁶ Yazıcı, sh. 202.

¹⁹⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, sh. 25.

¹⁹⁸ Tanör, sh. 174.

edilmiştir. Gerçekten de bu düzenleme ile 1982 Anayasasının referanduma sunulacağının ilan edilmesinden, TBMM Başkanlık Divanının kurulmasına kadar geçen dönemde işlenen fiiller açısından peşinen sorumsuzluk öngörülmüştür.

1982 Anayasası bir bütün olarak, bahis konusu Geçici 15. Maddesi ile birlikte referanduma sunulmuş ve kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda askeri yönetimin bahsi geçen dönem için öngörmüş olduğu sorumlular hakkında cezaî, malî veya hukukî sorumluluğun ileri sürülemeyeceği ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamayacağı yönündeki hüküm referandum ile halk tarafından da kabul edilmiştir. Geçici 15. Madde, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum¹⁹⁹ ile yürürlükten kaldırılana kadar hükmünü korumuştur.

Birbirine paralel olan her iki düzenlemenin kapsamı, niteliği gibi hususlar tartışma konusu olmuş, askeri müdahaleler neticesinde ülke yönetimine el konulması ve bu süreçte yaşananlara ilişkin adlî yollara başvuru imkânının kapalı kalması tartışma konusu olagelmıştır.

3. Çıkış garantilerinin geçerliliği

Geçici 15. Madde ve benzeri düzenlemelere ilişkin değerlendirme, öncelikle bu düzenlemelerin geçerli olup olmadıkları yönünden yapılmalıdır. Bu türden düzenlemelerin geçerliliği açısından maddenin meşru bir şekilde yürürlüğe girip girmediği tartışılmalıdır.

¹⁹⁹ 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (R.G. 13.5.2010/27580), Yüksek Seçim Kurulu'nun 13.5.2010 tarihli kararı (R.G. 13.5.2010/27580 Mükerrer) ile 12 Eylül 2010 tarihinde referandum sunulmuş ve kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Bu itibarla referandum şeklinde yürürlüğe giren çıkış garantileri açısından bu sürecin çeşitli şekillerde sakatlanıp sakatlanmadığı gözetilmelidir. Çıkış garantilerinin hukuki niteliği yürürlüğe giriş süreçlerinin sıhhatine nazaran ikincil önemdedir. Hemen ifade etmek gerekir ki, çıkış garantilerinin hukuki niteliği, yapılan düzenleme dikkate alınarak ve düzenlemenin yürürlüğe girişinin meşru olduğu sonucunda varılmasından sonra belirlenebilir. Bu itibarla çıkış garantisinin meşru nitelikte olduğu sonucuna varıldıktan sonra, düzenleme başta lafzı olmak üzere bütün unsurlarıyla değerlendirilerek hukuki niteliği ortaya konulmalıdır.

Çıkış garantileri olarak adlandırılan bu gibi maddelerin kabul süreçlerinin asgari ölçüde de olsa, meşru şekilde gerçekleşmiş olması, söz konusu düzenlemeleri, garantiden yararlanacaklar açısından bir güvence haline getirir. Anayasayı ihlâl fiilini gerçekleştirenlerin iktidarı demokratik yollarla seçilmiş yönetimlere bırakmaları açısından bir teminat niteliğinde olan söz konusu düzenlemeler meşru oldukları ölçüde kurucu iktidar fonksiyonun kullanılması gibi sonuç doğururlar.

Gayrimeşru şekilde yürürlüğe girmiş olan çıkış garantileri ise madde lafzı ne derse desin gerçek anlamda bir teminat teşkil etmezler ve ilgilileri bu madde düzenlemelerinden yararlanamazlar.

Bu türden düzenlemelerin yürürlüğe giriş süreçlerinin ne zaman meşru sayılacağı çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Ancak anayasayı ihlâl edenlerin tek taraflı ilan ederek yürürlüğe soktukları düzenlemeler, referanduma sunulan düzenlemelerin serbestçe oylanmaması için bir takım önlemler alınmış olması, referandum öncesi ve oylama sürecinin asgari demokratik prensiplere aykırı cereyan etmesi, dolayısıyla çıkan sonucun dürüst

olmaması, geçiş sonrası düzen üzerinde ciddi bir vesayet etkisine yer verilerek oy kullananların iradelerinin sakatlanması gibi ihtimaller meşruiyeti sakatlayan ihtimaller olarak düşünülmelidir.

4. ıkış garantilerinin kapsamı

1961 Anayasası'nın Geçici 4. Maddesi ile 1982 Anayasasının Geçici 15. Maddesinin lafzına bakıldığında, söz konusu maddelerin kapsamının bu süreç içinde yaşıanan ve ancak belli bir ölçüde yasallık atfedilebilecek eylemleri içerdiği kabul edilmelidir. Bu itibarla anılan dönemlerde rüşvet, zimmet ve sair görev suçları ile kişilere karşı öldürme, yaralama, işkence suçları ile insanlığa karşı suçların bu gibi maddeler ile himaye edilemez.

Bu itibarla 1961 ve 1982 Anayasası dönemindeki çıkış garantileri önceki meşru anayasal düzeni cebren yıkan kişilerin, yeni bir demokratik rejime geçene kadar sürdürdükleri, cebri düzen ve bu düzenin devamı sırasında alınan karar, çıkarılan kanun ve benzeri işlemlerden dolayı sorumluluğı ortadan kaldırmaktadır. Bu gibi maddeler, bahsedilen ara dönemlerde görev yapan kişilerin şahsi fiillerini, görevlerini kullanarak işledikleri şahsi menfaat elde etmelerine yarayan eylemleri, ara dönemin kurumsal olarak, muhtemelen emir komuta düzeni içinde yaptırdığı öldürme, yaralama, işkence ve sair insanlığa karşı suçları kapsamaz. Bu kapsamdaki fiiller ancak demokratik düzen tesis edildikten sonra meşru bir affın konusu edilirlerse cezalandırılmazlar. Bu durum yukarıda saydığımız meşruiyet meselesi değıerlendirilirken de dikkate alınmalıdır.

5. Çıkış garantilerinin hukuki niteliği

Çıkış garantilerinin geçerli kabul edilebilmeleri için mevcut olması gereken ön şartlardan bahsettikten sonra bunların hukuki niteliklerini genel olarak ve 1961 ve 1982 Anayasaları açısından değerlendirmek gerekir.

Öncelikle çıkış garantilerinin hukuki niteliği belirlenirken ilk olarak madde metni dikkate alınmalıdır. Bu itibarla çıkış garantisi niteliğindeki düzenlemelerin madde metinleri, bunların hukuki niteliklerinin belirlenmesinde öncelikle dikkate alınacaktır. Dolayısıyla çıkış garantisi niteliğindeki bir düzenlemenin hukuki niteliğine ilişkin genel bir kural koymak, bunları kategorik olarak genel af ve sair şekillerde nitelendirmek doğru olmaz.

1982 ve 1961 Anayasalarında madde kapsamındaki kişiler hakkında, madde kapsamındaki eylem, işlem ve tasarruflarından dolayı *cezaî, malî veya hukukî sorumluluk ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz* ifadeleri kullanılmıştır. Biz aşağıda düzenlemelerin paralel oluşu ve varacağımız sonuçların her iki anayasada da yer alan düzenlemeler açısından geçerlilik taşıyacağını dikkate alarak, 1982 Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi çerçevesinde değerlendirme yapacağız.

Düzenlemenin hukuki niteliği açısından ilk akla gelebilecek tanımlama genel aftır. Hapis cezasının infazını durduran veya infaz kurumlarında çekilecek süreyi azaltan özel af, çıkış garantileri açısından pek tercih edilebilecek bir yol değildir. Zira bu halde failin fiilinin hukuka aykırı olduğu tespit edilmekle birlikte özel af düzenlemesi ile verilen cezanın etkisi azaltılmaktadır.

Anayasa m. 87 uyarınca genel ve özel af ilanı için TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı gerekmektedir. Ancak Geçici 15. Maddenin Anayasal düzeyde bulunması ve Anayasa m. 87 ile birlikte yürürlüğe girmiş olması karşısında bu düzenlemenin niteliği belirlenirken, Anayasa m. 87’de öngörülen koşullara uyulup uyulmadığının denetlenmesi gerekmeyecektir. Aynı durum kanun düzeyindeki düzenlemeler için evleviyetle geçerlidir. Bu itibarla 5237 s. TCK ile genel ve özel affa ilişkin öngörülen prensipler ancak yorum açısından yardımcı norm olarak dikkate alınabilir. Nitekim 5237 s. TCK m. 65 ve 74 hükümleri uyarınca genel ve özel affın şahsi hak davalarını etkilemeyeceği kabul edilmişse de Geçici 15. Madde hukuk davası da dahil hiçbir sorumluluk davası açılmayacağını hükme bağlamaktadır.

Öncelikle anılan türden çelişkilerin Geçici 15. Maddenin hukuki niteliği belirlenirken varılacak sonucu değiştirmeyeceğini belirtmek gerekir. Eğer madde metninden, yapılan düzenlemenin af niteliğinde olduğu sonucuna varılacak olursa, düzenlemenin bazı unsurlarının Anayasa ve TCK’da yer alan temel kurallara uyup uymamasına bakılmaksızın, bu özel düzenlemenin af niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Geçici 15. Madde ve türevi çıkış garantilerinin af niteliğinde olup olmadığı belirlenirken (affa ilişkin meri düzenlemelerin belirleyici bir etkisinin olmadığını kabul etmekteyse de) genel af kavramının temel tanımı dikkate alınmalıdır. Bu itibarla, bir düzenlemenin genel af niteliğinde kabul edilebilmesi için tanımlanabilir bir suç kategorisi yaratılarak bu suçlara ilişkin başlamış olan cezaî süreçlerin sona erdirilmesi ve hükmolunan cezaların tüm neticeleri ile ortadan kaldırılması söz konusu olmaktadır²⁰⁰.

²⁰⁰ Koca/Üzülmez, sh. 654 – 655.

Buna göre, af düzenlemesinde, af kapsamına alınan suçlar tek tek sayılabileceği gibi, suçların nitelikleri itibariyle gösterilmesi ya da ceza miktarı üzerinden belirlenebilir. Af kapsamındaki suçların belirlenmesinde af metni esas alınır²⁰¹. Genel af ilanı ile birlikte kapsam dahilindeki suçlarla ilgili başlamış cezaî süreçler sona ermektedir. Yani soruşturma aşaması devam ediyorsa kovuşturmaya yer olmadığı kararı, kovuşturma aşamasına geçilmişse düşme kararı verilmesi gerekecektir. Eğer af kapsamındaki suçlardan dolayı mahkûmiyet söz konusu olmuşsa, bu durumda da mahkûmiyetin bütün sonuçlarıyla ortadan kalkması söz konusu olmaktadır. Geçici 15. Madde incelendiğinde, öncelikle herhangi bir tanımlanabilir suç kategorisinden bahsedilmediği görülmektedir. Aksine yapılan düzenleme işlemlerin hukuki olduğu varsayımından hareket ederek bunların adli merciler önünde tartışma konusu edilmesini önlemeyi istemektedir. Bu itibarla, anayasal hak arama özgürlüğünün, Geçici 15. Madde kapsamı dahilindeki kişilere karşı, kapsam dahilinde olan fiillerinden dolayı kullanılması engellenmektedir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Geçici 15. Madde ile esasen anılan süreç içerisinde işlenen ve hiçbir şekilde yasal temeli bulunmayan fiillerden dolayı adli takibat yapılmasına zaten bir engel yoktur.

Çıkış garantilerinin genel af niteliğinde olmaması esasen bu düzenlemelerin temel mantığına da uygundur. Zira çıkış garantisini getiren kişiler hareketlerinin meşruiyetini zedeleyecek bir genel af ilanından büyük bir ihtimalle kaçınacaktır.

²⁰¹ Koca/Üzülmez, sh. 655.

Geçici 15. Madde ile “... her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz ...” şeklinde ifade edilen ve bir aftan ziyade, madde kapsamındaki kişilerin karar ve tasarruflarından dolayı haklarında hukuki başvuru yollarının kullanılmasını engelleyen bir düzenleme getirilmektedir. Her ne kadar, genel affın temel bir unsuru olduğunu düşünmesek de, Geçici 15. Madde ile hukuk davası açma yolunun da kapatılmış olması, maddenin, genel aftan ziyade anayasal bir hak arama engeli niteliğinde tasarlandığı daha da açık şekilde görülmektedir.

Öte yandan, genel af kurumunun temel işlevine dayalı tanımları dikkate alındığında, bu kurumu geçmişi unutmak için başvurulmuş bir egemenlik fonksiyonu kullanımı olarak kabul eden anlayışın²⁰², çıkış garantileri ile büyük ölçüde örtüştüğünü de teslim etmek gerekir. Bununla birlikte, ifade ettiğimiz üzere çıkış garantilerinin mahiyeti, altında yatan mantık kadar düzenleme biçimi de dikkate alarak belirlenmelidir. Bu itibarla, her ne kadar çıkış garantilerinin temelinde yatan gerekçenin yeni bir anayasal düzene geçiş sırasında eski defterleri kapama isteği olduğu düşünülebilirse de, bu mantık somut çıkış garantisinin mahiyetini belirlemede yegâne dayanak olamaz.

Tüm bu açıkladığımız hususlar ışığında, Geçici 15. Madde’nin, kapsam dahilindeki kişilerin yargılanmasını engelleyen bir muhakeme şartı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, madde metni ne bu kişilerin eylemlerinin affedildiğinden bahsetmekte, ne de eylemlerinin hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir. Bu itibarla, madde metninde yer alan cezai

²⁰² Genel af hakkında ayrıntılı tartışmalar ile genel affın tanımını gayesi itibariyle yapan görüşler için bkz: **Selahattin Keyman**, *Türk Hukukunda Af*, Ankara, 1965, sh. 54 – 55.

sorumluluk ileri sürülemez ve yargı merciine başvurulamaz ibareleri hükmün mahiyetinin af olmadığını ortaya koymaktadır. Kamu davası açılması için diğer bütün koşulların var olmasına rağmen, muhakeme şartının yerine getirilmemesi nedeniyle muhakemenin yapılamayacağı şeklindeki genel kuraldan hareketle, meşru bir temele dayandığının kabul olunması durumunda, Geçici 15. Madde ve benzeri nitelikteki düzenlemelerin yürürlükte kaldıkları sürece etkilerinin de devam edeceği kabul olunmalıdır. Nitekim Anayasa m. 83/2 hükmü milletvekillerinin meclis kararı olmadıkça yargılanamayacaklarını hükme bağlamaktadır. Yasama dokunulmazlığının meclis kararıyla ya da milletvekilliğinin sona ermesi ile kalkması halinde dokunulmazlık da kalkmaktadır.

Doktrinde, *Tanör*²⁰³ ve *Tanör/Yüzbaşıoğlu*²⁰⁴ tarafından düzenlemenin mahiyeti af olarak tanımlanmıştır. *Soysal* da düzenlemeye ilişkin herhangi bir tanımlama yapmamakla birlikte, “... o dönem bakımından geçmişe dönük kişisel sorumluluk iddiaları[nın] söz konusu olamayacağı[nı] ...” belirtmektedir²⁰⁵.

Öte yandan *Yazıcı* bu görüşlere karşı çıkarak, “*affın Geçici 15. Maddede yer alan güvenceye kıyasla daha mutlak ve sınırsız olması bakımından*” Geçici 15. Maddenin mahiyetini af olarak tanımlayan görüşlere karşı çıkmaktadır²⁰⁶. Yazar görüşünü, affın ancak bir kanunla yapılabileceğini ve geri almanın mümkün olmadığını, bu itibarla teknik olarak af kapsamına girmiş kişilerin yargılanmasına olanak olmadığını belirtmektedir. *Yazıcı*’ya göre, diğer Anayasa hükümleri gibi Geçici 15. Maddenin de değiştirilerek, zamanaşımı

²⁰³ *Tanör*, sh. 174.

²⁰⁴ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, sh. 25.

²⁰⁵ *Soysal*, sh. 109.

²⁰⁶ *Yazıcı*, sh. 213 not 58.

süreleri geçmemiş olmak kaydıyla, madde kapsamında yargı bağışıklığı sunulan kişilerin de yargılama imkanının doğabilir²⁰⁷. Bu görüşlerden anlaşıldığı kadarıyla *Yazıcı*'nın Geçici 15. Madde ile getirilen kurumu, yasama bağışıklığı gibi kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Biz de *Yazıcı* tarafından ortaya konulan bu görüşe katılıyoruz. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bir muhakeme şartı olan ve TBMM Kararı ile kaldırılmadıkça milletvekilliği devamınca etkisini koruyan yasama dokunulmazlığı gibi Geçici 15. Madde hükmü de yürürlükte olduğu sürece ayaktadır. Madde hükmü, yürürlükten kaldırılması halinde yargılama yapılmasını engelleyecek şekilde kaleme alınmamıştır. Maddenin af niteliğinde olması için madde metninin bu durumu açıkça ifade eder şekilde kaleme alınmış olması lazım gelirdi.

II. ZAMANAŞIMI

A. Dava Zamanaşımı

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Anayasayı İhlâl Suçu mütemadi suç şeklinde de işlenebilen bir suçtur. Ancak suç zorunlu mütemadi suçlardan olmayıp, suç tipinde gösterilen hallerin bir kısmının ani şekilde işlenmesi de mümkündür.

Anayasayı İhlâl Suçunun kalkışma suçu olarak düzenlenmiş olmasının dava zamanaşımı uygulaması açısından bir farklılık doğurup doğurmadığını ayrıca değerlendirmek gerekir.

Anayasayı İhlâl Suçunun da kanunda öngörülmüş neticelerinin bulunduğunu düşündüğümüzü daha önce de ifade etmiştik²⁰⁸. Bu itibarla

²⁰⁷ *Yazıcı*, sh. 214.

²⁰⁸ Bkz. yuk. **İkinci Bölüm, II.E**

suçun kalkışma suçu olmasının ne neticeyi öne aldığını, ne de suçu bir tehlike suçu haline dönüştürdüğünü düşünüyoruz. Bu düşüncemizin sonucu olarak, anayasal düzene yönelen cebri eylemler maddede gösterilen neticelerin oluşmasına neden olmazsa, bu takdirde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Ancak kanuni düzenleme itibariyle, TCK m. 35’de öngörülen ceza indirimlerine başvurulmayacaktır.

Bu açıklamalarımız ışığında, anayasal düzene yönelen icra hareketlerinin fiilen sona erdiği anda, eğer netice ortaya çıkmamışsa, dava zamanaşımı işlemeye başlar. Zira TCK m. 66/6, dava zamanaşımının “... teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden...” itibaren işlemeye başlayacağını hükme bağlamaktadır.

Anayasal düzene yönelen icra hareketlerinin sonucunda maddede öngörülen neticelerden birinin gerçekleşmesi durumunda, dava zamanaşımının işlemeye başlaması açısından suçun temadi edip etmediğine göre iki ihtimalle karşılaşırız.

Suçun temadi etmediği halde dava zamanaşımı suçun işlendiği, yani elverişli icra hareketi niteliğindeki eylemin sona erdiği tarihte işlemeye başlar. Bu duruma örnek olarak anayasal düzenin fiilen uygulanmasının engellenmesi gösterilebilir. Meselâ cebren anayasal düzenin esaslı unsurlarından olan genel seçimlerin yapılmasının engellenmesi, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı belli bir yönde çıkarması ya da çıkarmaması için cebir kullanılması halleri bu duruma örnek gösterilebilir. Bu örneklerde cebrî davranışın sonucu olarak amaçlanan neticenin gerçekleşmesi meselâ genel seçimlerin fiilen yapılamaması durumunda sonuç gerçekleşmiş ve anayasal düzenin uygulanması fiilen önlenmiş olur. İşte bu gibi hallerde anayasayı ihlal anı

olarak gerçekleşir ve amaçladıkları sonucu alan failer anayasal düzeni tamamiyle ortadan kaldırmadan sadece fiilen uygulanmasını bu şekilde engellerse dava zamanaşımı cebri davranışların tamamlandığı anda sona erer. Cebri davranışlar muhtıra vermek şeklinde gerçekleşmişse muhtıranın ilgili anayasal organlara iletmek üzere teslim edilmesi ile dava zamanaşımının başladığı kabul edilmelidir.

Anayasayı ihlâl fiillerinin temadi ettiği ihtimalde ise, dava zamanaşımı kesintinin gerçekleştiği gün işlemeye başlar. Anayasayı İhlâl Suçunun mütemadi suç olarak düşünülmesinin belki de en önemli sonuçlarından biri budur. Anayasal düzen toplumların barış ve refah içinde yaşamasını temin eden, toplumların geleceğini şekillendiren, yazgısını ortaya koyan bir düzendir. Bu düzenin meşruiyeti, ilgili kısımda ayrıntıları ile değindiğimiz üzere anayasanın anlam ifade etmesinin temel unsurlarından biridir.

Anayasal düzenin cebir ve şiddet ile ortadan kaldırılması veya uygulanmasının engellenmesi durumunda, silahlı güç, meşru güçleri bertaraf etmekte ve toplumun geleceğini de şekillendirmektedir. Anayasal düzene yönelik cebri davranışlar sonucunda anayasal düzen yıkılmış ise yeniden meşru bir anayasal düzen tesis edilene kadar eski meşru düzene yönelik cebir devam etmektedir. Bu durumda dava zamanaşımı anılan cebri düzenin devamı süresince işlemez. Cebirin ne zaman kalktığı veya cebirin devamından kimlerin sorumlu olduğunun önceden belirlenmesi mümkün değildir ve değerlendirme olay bazında yapılmalıdır.

Anayasayı İhlâl Suçunun şerikleri açısından dava zamanaşımı, bağlılık kuralı gereğince asli failin işlediği suçun tamamlandığı anda tüm failer açısından

işleyeceğine²⁰⁹ ve kesintisiz suçlara temadi devam ettiği sürece iştirak edilebildiğine göre, temadinin devamı süresince suça iştirak edenler açısından da kuraldan sapmanın bir lüzumu yoktur. Ayrıca anayasal düzen ortadan kaldırıldıktan yani suçun neticesi ortadan çıktıktan sonra da cebri davranışların devamı, kesintinin sona ermediği anlamına gelmekte olup, anayasal düzen ortadan kalkmadan önce icra hareketlerine katılmayan, ancak daha sonra faillerin fiillerine iştirak edenler açısından da dava zamanaşımı cebri davranışların sona ermesi anında başlayacaktır.

Ayrıca anayasal düzene yönelik cebri davranışlar bir bütün teşkil ettiğinden ve her bir cebri davranış ayrı Anayasayı İhlâl Suçu teşkil etmediğinden dolayı, son cebri davranış dava zamanaşımının işlemeye başladığı tarih olacaktır.

TCK m. 66/7 uyarınca, Anayasayı İhlâl Suçunun yurtdışında işlenmesi durumunda dava zamanaşımı işlemez.

B. Ceza Zamanaşımı

TCK m. 68/3 uyarınca, TCK'nın İkinci Kitabı, Dördüncü Kısımında yer alan yurtdışında işlenmiş suçlardan dolayı verilmiş ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz. Anayasayı İhlâl Suçunun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirmesi, suçun kalkışma suçu niteliğinden dolayı teşebbüs halinde de bu cezanın uygulanması, yani TCK m. 35'de öngörülen indirimlerin uygulanmaması, yaş küçüklüğü dışında ceza indirimine neden olabilecek başkaca bir halin söz konusu olmaması dikkate alındığında, TCK m. 309'un yurtdışında

²⁰⁹ **Fahri Gökçen Taner**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, sh. 82.

işlenmesinden dolayı mahkûmiyet durumunda, TCK m. 62 uygulaması yapılmadıkça ceza zamanaşımının işlemesi mümkün değildir. Ceza zamanaşımının Anayasayı İhlâl Suçunun faillerine uygulanması ancak failin 12-15 yaş grubunda olması nedeniyle aldığı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının 12-15 yıl oranında belirlenip bu cezaya TCK m. 62 uyarınca 1/6 oranında takdiri indirim tatbikinde mümkündür.

İnceleme konumuz olan suç, bu ihtimal dışında ceza zamanaşımı açısından bir özellik arz etmez.

III. YAPTIRIM

Anayasayı İhlâl Suçunun cezası ağırlaştırılmış müebbet haptistir. TCK m. 309/2 uyarınca, bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların da işlenmesi durumunda, bunlardan dolayı ayrıca cezaya hükmolunacaktır.

TMK m. 5 uyarınca, aynı Kanunun 3 ve 4. maddesinde yazılı suçların, bu kanun kapsamında işlenmesi durumunda, verilecek cezaların yarı oranında artırılması öngörülmektedir. Aynı maddenin son cümlesinde “*ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur*” denilmektedir. Buna göre, zaten kanunlarda yer alan en ağır yaptırım olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren Anayasayı İhlâl Suçu açısından, TMK m. 5’in uygulama alanı olmayacaktır.

Anayasayı İhlâl Suçunun yaptırımının infazı açısından dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli madde, CGTİK m. 107/16’dır. Anılan fıkra aynen şu şekildedir:

*“5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım,
“Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” başlıklı Dördüncü Bölüm,*

“Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı Beşinci Bölüm, “Milli Savunmaya Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverme hükümleri uygulanmaz.”²¹⁰

Anayasayı İhlâl Suçunu düzenleyen TCK m. 309, kanunun İkinci Kitabının, Dördüncü Kısımının, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı Beşinci Bölümünde yer almaktadır. Bu bağlamda, bu suça ilişkin koşullu salıverme süreleri tespit edilirken, CGTİK m. 107/16 hükmü uygulanacaktır.

Bu madde uyarınca, Anayasayı İhlâl Suçunun, bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda, söz konusu eylem için ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmiş olması halinde, mahkûm, cezasını sonuna kadar çekecek ve koşullu salıvermeden yararlanamayacaktır. Söz konusu düzenleme, suçtan mahkûm olan kişinin topluma dönmesi ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu durumdaki hükümlünün özgürlüğünü kazanma umudu olmayacak, cezaevindeki süreç boyunca ne şekilde davrandığının da bu bağlamda bir sonucu olmayacaktır. Bu durum haklı olarak eleştirilmiştir²¹¹.

²¹⁰ Maddenin kapsamına giren bölümlerde yer alan ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesini öngören suç tipleri 302, 303/2, 307/2 ve 5, 309, 310/1, 311, 312, 313/2 ve 3. maddelerde düzenlenmiştir.

²¹¹ **Özgenç**, Genel Hükümler, sh. 711. Nitekim AİHM, **Vinter ve Diğerleri – Birleşik Krallık** davasında (Karar Tarihi: 9 Temmuz 2013) tahliye imkânı olmadan ömür boyu hapis cezasının AİHS m. 3’ü ihlâl ettiği sonucuna varmıştır.

Ayrıca koşullu salıverme imkânının tamamen ortadan kalkmasına neden olan bu sonucun yalnızca Devlete karşı işlenen fillere ilişkin olarak öngörülmüş olması da, korunan en üst değer devlete ait olduğuna ilişkin, modern ceza hukuku ile bağdaşmayan anlayışın halen daha etkisini sürdürmekte olduğu anlamına gelmektedir.

Gerçekten de, TCK'da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suç tipleri incelendiğinde, insanlığa karşı suç ve soykırım suçu ile, ölüm veya bitkisel hayata girme sonucu doğuran kimi bazı nitelikli haller için yalnızca yedi maddede yer verilen bu cezaya, devlete karşı suçların düzenlendiği kısımda, on üç farklı maddede başvurulmaktadır. Anılan maddelerde yazılı suçların işlenmesi için ölüm neticesinin meydana gelmesinin aranmaması ve bu maddelerin yer aldığı bölümler altındaki yaptırımların ağırlığı da dikkat çekicidir²¹².

Bu madde açısından dikkat çekici olan husus, cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis olan suçlardan dolayı mahkûmiyetten değil, nihai ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunmasından bahsedilmekte oluşudur.

Bu bağlamda, anayasayı ihlâl suçunun faili, cezasının, TCK m. 62 uyarınca, takdiren, müebbet hapis cezasına dönüştürülmesi halinde, koşullu salıverme hükümlerinden yararlanabilecektir.

²¹² İCK'nın anayasal düzen ve hükümet şekline karşı, bunları değiştirmeyi amaçlayan şiddet eylemlerini suç olarak tanımladığı 283. maddesinde öngörülen ceza beş yıldır. Öte yandan Devletin erklerine karşı silahlı ayaklanma başlatanların müebbet hapis cezasına çarptırılması da öngörülmektedir. AİCK'nın inceleme konumuza karşılık gelen §81 (1) 2. maddesi uyarınca, Federal Alman Temel Yasasında öngörülen anayasal düzeni yıkmaya yönelik eylemlerin faillerine, on seneden az olmamak üzere müebbet hapse kadar varan ceza verilmesi kabul edilmiştir. Aynı maddenin (2). fıkrasında, daha az mühim hallerde cezanın bir yıldan on yıla kadar olacağı öngörülmektedir.

Ancak bu halde de, uygulanacak koşullu salıverme süreleri, CGİTK m. 107/4'de gösterilen özel hükme göre belirlenecektir. Anılan hüküm aynen şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(4) Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ancak, bu süreler;

a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk,

b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört,

c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk,

d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört,

e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki,

Yıldır. (Ek cümle: 22/07/2010-6008 S.K/9.md.) Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.”

Bu maddeye göre, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen Anayasayı İhlâl Suçu için hükmolunacak nihai cezanın, ağırlaştırılmış müebbet hapis dışında bir

ceza olması durumunda, müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar otuz yıl, süreli hapis cezasına mahkûm olanlar ise cezalarının en az dörtte üçünü çekmeleri durumunda koşullu salıvermeden yararlanma hakkı kazanacaklardır. Failin, birden fazla suçtan dolayı mahkûm olması durumunda ise, koşullu salıverme süreleri de uzamaktadır.

IV. ANAYASAYI İHLÂL SUÇUNUN BENZER SUÇLARLA İLİŞKİSİ

A. Diğer Anayasal Düzen ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlarla Olan İlişki

TCK'nın sistematığı incelendiğinde, özel hükümlerin yer aldığı İkinci Kitabın Dördüncü Kısım altında Millete ve Devlete Karşı Suçlar düzenlenmektedir. Bu Kısım, içindeki Beşinci Bölüm ise Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçları içermektedir. Anılan bölüm inceleme konumuz olan Anayasayı İhlâl Suçu ile başlamaktadır. Daha sonra devletin temel fonksiyonlarını yerine getiren temel kuvvetlerin ayrıca cezai koruma alındığı görülmektedir. Bu bağlamda Yürütme Organı, Cumhurbaşkanına ve Hükûmete karşı yönelen suçlar ile korunmaktadır. Aynı şekilde bu bölüm altında, TCK m. 311 ile yasama organına yönelen cebir ve şiddet içerikli kalkışmalar da cezalandırılmaktadır. Bu bölümde yer alan suç tipleri arasında açık şekilde koruma altına alınmayan tek temel kuvvet yargıdır. Ancak bu temel kuvvetin de, maksat anayasal düzene yönelik ise Anayasayı İhlâl Suçu çerçevesinde korunabileceğini yukarıda çeşitli örneklerle ortaya koymuş bulunuyoruz.

Anayasayı İhlâl Suçu ile TCK m. 311 ve 312'de düzenlenen suçların düzenlenme biçimleri ve özellikle maddi unsurları arasında maksat ve cebri fiilin yöneldiği konu yönünden olan farklılıklar dışında büyük ölçüde

paralellik mevcuttur. Anayasayı İhlâl Suçu genel olarak anayasal düzeni cezai himayeye almaktayken, 311 ve 312. maddelerde düzenlenen suçlar anayasal düzen ile kurulan devletin temel güçlerini ceza normlarıyla korumaktadır. Bu itibarla bu güçlere yönelen eylemler hemen hemen daima aynı zamanda anayasayı ihlâl niteliğindedir. Fakat kanun koyucunun, önemlerine binaen yasama ve yürütme güçlerini de ayrıca koruma altına almış olması karşısında bu suçlarla Anayasayı İhlâl Suçu arasında bir farklılık olup olmadığı meselesi de gündeme gelmektedir. Bu hususta yukarıda yeri geldikçe değerlendirme yapmaya gayret gösterdik. Aşağıda ise yukarıda yaptığımız açıklamalar yönünden tekrara düşmemeye çalışarak, anılan suçlarla Anayasayı İhlâl Suçunun arasındaki irtibatı ortaya koymaya çalışacağız.

Anayasayı İhlâl Suçunu ilgilendiren bir diğer suç grubu ise, TCK'nın aynı bölümü altında yer alan ve aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da yer aldığı bir takım suçların cezalandırılan hazırlık hareketleridir. Silahlı örgüt, silahlı örgüte silah temini, suç için anlaşma gibi fiilleri suç haline getiren bu düzenlemeler, esasen Anayasayı İhlâl Suçuna yönelen ve kanun koyucu tarafından özel olarak tehlikeli bulunan hazırlık hareketlerini suç haline getirmektedir. Bu suç tiplerine ilişkin olarak da yukarıda yeri geldikçe açıklama yapmaya çalıştık. Aşağıda ise tekrardan elden geldiğince kaçınarak bu fiillerin Anayasayı İhlâl Suçu ile olan irtibatını değerlendirmeye çalışacağız.

1. Cumhurbaşkanı'na Suikast ve Fiili Saldırı Suçu

Devlete karşı suçların, anayasacılık hareketlerinden önce, hükümdarı korumaya yönelik şekilde kaleme alındığını belirtmiştik²¹³. Buna göre, monarka yönelik eylemler vatana ihanet olarak adlandırılmış ve en ağır şekilde cezalandırılmaları öngörülmüştür. Devlet düzeninin yegâne hakiminin hükümdar olduğu, güçler ayrılığının bilinmediği bu gibi sistemlerde, devlet düzeni dendiğinde, korunması öngörülen en önemli varlığın hükümdar olması da doğaldır. Zira iktidar ve devlet, hükümdarın şahsında somutlaşmaktadır. Bu durumda, ceza sistemi içinde de vatana ihanet suçu adı altında sistematik bir anlayış benimsenmektedir²¹⁴.

Söz konusu anlayışın izleri halen daha devam etmekte ve birçok ülkenin kanununda, devletin başındaki kişinin hayatı veya vücut bütünlüğü ile şerefine yönelen eylemler için ayrı bir ceza hükmü yer almaktadır²¹⁵. 765 sayılı TCK'nın 156. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanı'na suikast ile suikasta teşebbüs, 157. maddesinde yer alan fiilî tecavüz ve 158. maddesindeki hakaret ve sövme eylemleri, aynı eylemlerin diğer kişilere karşı işlenmesini düzenleyen hükümlerden ayrı olarak, Kanun'un ikinci kitabının, "devletin şahsiyetine karşı cürümler" başlıklı birinci babının, "devlet kuvvetleri aleyhine cürümler" başlıklı ikinci faslında düzenlenmiş idi²¹⁶.

²¹³ Bkz. yuk. **Birinci Bölüm II.B.3.a**

²¹⁴ Ayrıntılı tarihsel gelişim için bkz: **Özek**, Devlet Başkanı, sh. 14 vd.

²¹⁵ İCK m. 276; Slovenya CK m. 352; Estonya CK m. 244 (Estonya Ceza Kanunu maddede Devlet Başkanının yanısıra birçok üst düzey devlet görevlisine de yer vermektedir).

²¹⁶ Bab ve fasıl başlıkları ve bu başlıklarda 1936 yılında yapılan değişikliklerle ilgili değerlendirme için bkz: **Özek**, Devlet Başkanı, sh. 1 vd.

Cumhurbaşkanına karşı işlenen bu eylemlerin özel olarak düzenlenmemesi halinde de cezai yaptırımla karşılanacağına kuşku yoktur. Ayrıca, Cumhurbaşkanına karşı gerçekleştirilen eylemlerin daha ağır yaptırıma bağlanmak istenilmesi durumunda, bu eylemlerin ilgili suç tiplerine ilişkin kısımda birer nitelikli hâl olarak gösterilmesi pekala mümkünken, hatta kamu görevlilerine yönelik eylemler açısından zaten böyle bir durum söz konusuysa, “devletin şahsiyetine karşı cürümler” kısmında özel düzenleme yapılmasının altında bahsettiğimiz mantık yatmaktadır²¹⁷. Dolayısıyla, devlet başkanına yönelen saldırıların, diğer kamu görevlilerine yönelik saldırıların aksine, Devlete karşı suçların arasında sayılması, bu suç tipini Anayasayı İhlâl Suçu ile doğrudan ilişkilendirmektedir.

Kanımızca, Cumhurbaşkanına karşı suikast ve fiili saldırının Devlete karşı suçlar arasında düzenlenmesinin altında yatan gerekçeler artık mevcut değildir²¹⁸. Bir an için Cumhurbaşkanlığı makamını işgal eden kişinin sembolik değerinin, bu kişiye yönelen ve ölüm ile sonuçlanan fiillerinin toplum barışını da ihlâl edebileceği gibi bir gerekçenin anılan suç tipinin *ratio legis* olabileceği ileri sürülebilse de, aynı durumun Başbakan, Meclis Başkanı, Yüksek Mahkeme Başkanları, Bakanlar Kurulu Üyeleri ve sair üst düzey kamu görevlileri açısından söz konusu olmadığı iddia edilemez.

Öte yandan Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçu Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar arasında yer almakta olmasına rağmen, düzenleme Cumhurbaşkanlığını bir fonksiyon olarak kabul

²¹⁷ Burjuva devriminin etkisiyle, devlete karşı suçlar, dolayısıyla devletin başında bulunan kişiye karşı suçlarda bir yumuşamaya gidilmiştir. Ancak bu dönem fazla uzun sürmemiş, burjuvazinin liberal yaklaşımı, alternatif ideolojilerin güçlenmesiyle ortadan kalkmıştır. Bu hususun tarihi gelişimi için bkz: **Çetin Özek**, Devlet Başkanı, sh.6 vd.

²¹⁸ Benzer yönde: **Özek**, Devlet Başkanı, sh. 113.

etmekten ziyade, Cumhurbaşkanı sıfatını taşıyan kişiye özgülenmektedir. Bu itibarla madde metni Cumhurbaşkanı'na karşı şahsi husumetten dolayı işlenen fiilleri de kapsamaktadır.

Anılan suç tipinin fiili saldırı olarak tanımlanan kısmının kapsamının çok geniş olduğu ve Cumhurbaşkanıya yönelen her türlü fiili saldırıyı kapsadığı, Cumhurbaşkanıya yönelen haberleşmenin gizliliğini ihlal, hürriyeti kısıtlama, yaralama, tehdit, konut dokunulmazlığını ihlâl gibi suçların fiili saldırı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²¹⁹. TCK m. 310 uyarınca bu suçların Cumhurbaşkanıya karşı işlenmeleri halinde cezalarının yarı oranında artırılması ve her halükarda verilecek cezanın en az beş yıl olması kabul edilmiştir.

Bu durumun en azından kısmen anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanısındayız. Doktrinde de ifade edildiği üzere, Cumhurbaşkanı'nın fonksiyonuna yönelmeyen ve doğrudan şahsını koruyan²²⁰ bu gibi düzenlemeler ile Cumhurbaşkanı kendisine kişisel nedenlerle yönelen fiiller açısından, diğer vatandaşlara nazaran kanun karşısında öncelikli olarak korunmaktadır. Nitekim, kamu görevlilerine karşı işlenen suçlarla, suçun kamu görevlisine karşı işlenmesi halini nitelikli hal olarak öngören suçlarda fiillerin kamu görevlisine görevinden dolayı işlenmesi aranmaktadır.

Bu husustaki bir başka eksiklik, Cumhurbaşkanı'nın şahsı bu şekilde korunurken fonksiyonunun açıkça korunmamasındadır. Yani Cumhurbaşkanı'nın görevini yapması cebren engellenir, meselâ bir kanunu Anayasa Mahkemesi'ne göndermesi engellenmesi durumunu açıkça

²¹⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 8495;

²²⁰ Erem, 1993, sh. 1097; Özek, Devlet Başkanı, sh. 116 – 117.

cezalandıran bir düzenleme yoktur. Biz verdiğimiz bu son örneğin Anayasayı İhlâl Suçu olarak değerlendirilebileceği kanısındayız. Ancak bu fiilin anayasal düzene yönelik bir maksatla değil de, şahsi bir menfaat temini için yapılması halinde Cumhurbaşkanlığı fonksiyonunun himaye edilmemesi durumu açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi hallerde, yani Cumhurbaşkanının tehdit veya şantajla maruz bırakılarak görevini yapmasının engellenmesi durumunda, her halükârda fiili saldırıdan bahsedilebilecektir.

Halbuki TCK m. 310'da Cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı fiillerinin Cumhurbaşkanlığı makamına özgülendiğini gösteren bir ibare mevcut değildir. TCK m. 82/1(g) bendinde kasten öldürme ve TCK m. 86/3(c) bendinde düzenlenen kasten yaralama suçlarının *"kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle"*; TCK m. 125/3(a) bendinde hakaret suçunun *"kamu görevlisine karşı görevinden dolayı"* işlenmesi halleri nitelikli hal olarak düzenlenirken hep fiilin görevle ilintili olması aranmıştır. Keza TCK m. 265'de düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçları, kamu görevlisine karşı saik ne olursa olsun değil, *"görevini yapmasını engellemek amacıyla"* cebir ve tehdit kullanılmasını suçun unsuru olarak kabul etmiştir.

Dolayısıyla, bu türden bir istisna içermeyen ve Cumhurbaşkanı sıfatını taşıyan kişiyi, saldırının saiki ne olursa olsun korumayı amaçlayan bu düzenlemenin, tarihsel süreçte devletin başındaki kişiye karşı gerçekleşen her türlü saldırıyı vatana ihanetle eş tutan anlayışın bir kalıntısı olarak görmek gerekir²²¹. Bu itibarla anayasal gelişmelerle birlikte esasen monark yerine anayasal düzenin ceza normlarıyla korunması başlanmışsa da, bu gibi

²²¹ Özek, Devlet Başkanı, sh. 113.

devletin başındaki kişiyi özel koruma altına alan düzenlemelerin de muhafaza edildiği görülmektedir.

Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçunun, Anayasayı İhlâl Suçu ile olan ilişkisi, Cumhurbaşkanının fonksiyonu nedeniyle saldırıya uğradığı ihtimallerde ortaya çıkabilecektir. Anayasal düzeni ortadan kaldırmak için Cumhurbaşkanının hayatına yönelebilecek eylemler, anayasayı ihlâl saikiyle gerçekleştirildiği için anayasal düzene yönelik cebir olarak değerlendirilebilir. Cumhurbaşkanına karşı siyasi saikle gerçekleştirilen her eylemin aynı zamanda anayasayı ihlâl niteliğinde olduğu düşünülmemelidir. Ancak Cumhurbaşkanına anayasal düzeni ortadan kaldırmak için başlatılan kalkışma gereği suikast teşebbüsünde bulunulması durumunda, suikasta teşebbüs edilmesinin, anayasal düzeni devirmeye yönelik elverişli icra hareketi olarak kabul edilmesi yüksek bir ihtimaldir.

Bu ihtimalde TCK m. 309 ile 311 ve 312 arasındaki ilişkinin TCK m. 310 ile kurulamayacağını da ifade etmek gerekir. Anayasayı İhlâl Suçu teşkil eden fiillerin aynı zamanda Hükümete Karşı Suç da teşkil etmesi durumunda, bunlardan yalnızca birinden dolayı ceza verilecektir. Halbuki, Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu açısından, TCK m. 309/2 hükmü karşısında böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Zira Cumhurbaşkanına saldırı suçu, Cumhurbaşkanlığı makamını işgal eden kişinin fonksiyonu kadar şahsı üzerinde de işlenmekte olup bu suç farklı bir fiil ve netice oluşturmaktadır.

Tüm bu açıklamalarımız çerçevesinde TCK m. 310'da düzenlenen suçun çağın gereklerine uygun hale getirilerek, korumanın Cumhurbaşkanının fonksiyonu temeline oturtulması gerekir. Cumhurbaşkanına yönelik suikast

ve fiili saldırı gibi fiillerin, anayasal düzene yönelen maksatla işlenmesi halinde aynı zamanda Anayasayı İhlâl Suçunun icra hareketi niteliği taşımaları mümkündür. Bu halde her iki suçtan dolayı da ceza verilecektir.

2. Yasama Organına Karşı Suç

TCK m. 311’de düzenlenen Yasama Organına Karşı Suç hükmüne göre, *“cebiri ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler”*in cezalandırılacakları hükme bağlanmaktadır.

Anayasayı İhlâl Suçu ile Yasama Organına Karşı suç arasındaki en önemli sorun içtima konusundadır. Zira yasama organının görevini yapmasını engellemek fiili, hemen her defasında, aynı zamanda anayasayı ihlal niteliğindedir²²². Kanunkoyucu suç ve ceza politikası ve korunan hukuki değerlerin önemine binaen, esasen TCK m. 309 kapsamında da değerlendirilebilecek olan yasama organına yönelik cebri fiilleri ayrı bir suç tipi haline getirmiştir²²³. Bu tercihin sonucu olarak TCK m. 309/2 ve TCK m. 311/2 hükümleri de dikkate alındığında, aynı fiilden dolayı iki defa ceza verilip verilmeyeceği konusunda tereddüt oluşabilir. Yukarıda ilgili bahiste²²⁴ açıkladığımız üzere anılan suç tipleri arasında gerçek içtima ilişkisi kurulamaz.

Bu durumda ilk olarak failin maksadını araştırmak gerekir. İşlenen fiilin yöneldiği hedef maksadın belirlenmesi açısından önemlidir.

²²² Benzer yönde: **Özgenç**, Suç Örgütleri, sh. 230 – 231.

²²³ Öte yandan bu düzenleme ile anayasal düzene yönelik saikle hareket edilip edilmediği belli olmayan kişilerin parlamento ve fonksiyonlarına yönelen fiillerinin de suç teşkil edip etmeyeceği konusunda doğabilecek tereddütler giderilmiştir.

²²⁴ Bkz. yuk. **İkinci Bölüm, VI.C.3**

Eğer failler yalnızca yasama organının görevi yaptırmamak, mesela bir kanunun çıkmasını engellemek amacıyla parlamentoyu abluka altına alırlarsa bu takdirde failler hakkında TCK m. 311'den hüküm kurulması gerekir. Ancak eğer parlamentoya yönelik fiil anayasal düzene yönelen kalkışmanın bir parçası olmaktan ibaretse bu durumda failin maksadı anayasayı ihlâl olduğu için TCK m. 309 çerçevesinde düzenleme yapılmalıdır. Bu konuda tereddüt oluşması durumunda her halükârda TCK m. 309 ile TCK m. 311 arasında fikri içtima uygulaması yapılmalıdır.

Bu hususta Özek tarafından yapılan değerlendirmeye göre, yasama organının mevcut biçimine yönelen davranışların anayasayı ihlâl, mevcut meclisin görevini yapmasına engel olmak ya da mevcut meclis yerine aynı şekilde yeni bir meclis kurulmasını sağlamaya yönelik fiiller ise yasama organına yönelen fiillerdir²²⁵. Kanımızca, bu ikinci ihtimalin her zaman yalnızca Yasama Organına Karşı Suç olarak kabulü mümkün değildir. Zira mevcut anayasal düzene göre seçilmiş yasama meclisinin lağvedilmesi, anayasal düzenin rafa alınması sırasında gerçekleştirilen icra davranışlarından biri olabilir. Bu takdirde, yasama organına yönelik fiillerin, asıl anayasayı ihlâl fiilleri ile birbirlerinden ayrılmaları gerekmeyecektir.

Özgenç, TBMM'nin belli bir anayasa hükmünün değiştirilmesi, belli bir konuda kanun çıkarılması ve sair fonksiyonların icrasının engellenmesi örneklerini anayasal düzen bozulmadan yasama organının faaliyetlerinin engellenmesi olarak kabul etmektedir. Biz bu hallerin de, büyük ölçüde Anayasanın öngördüğü düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi niteliğinde olduğu kanısındayız. Ancak verilen örnekte olduğu gibi, esasen

²²⁵ Özek, Siyasi İktidar, sh. 211.

anayasal düzenin temellerini etkilemeyen ancak parlamentoya yönelik cebri davranışlar sonucunda çıkarttırılan bir yasa açısından, anayasal düzene yönelik bir maksat olmadığı yönündeki bir savunma, TCK m. 309 anlamında tartışılabilir. Halbuki bu türden bir savunma TCK m. 311 karşısında anlamlı olmaz. Zira bu halde yasama organının görevini yapması cebren engellenmiş ve suç oluşmuştur.

TCK m. 311 açısından da failin maksadı önemlidir. Ancak burada önem taşıyan failin cebri davranışlarını yasama organının fonksiyonunu yerine getirmek maksadını taşımasıdır. Bu durumda belli bir amaç için bir kanun çıkmasını cebri davranışlarla sağlamak bu suçu oluşturabilecektir. Ancak bu ihtimalde dahi fiilin yasama organının fonksiyonuna yönelmesi gerekir. Yani bir veya birkaç milletvekilinin belli bir yönde oy kullanmak üzere tehdit edilmesi TCK m. 311’de gösterilen suçu oluşturmaz.

Her iki suç tipi arasındaki bir diğer önemli farklılık, TCK m. 311’de düzenlenen suç tipinin ani olarak işlenmeye daha müsait oluşudur. TBMM’nin görevlerinin kısmen yapılmasını engellemeye teşebbüs, failerin elverişli hareketlerle (meselâ TSK tarafından, gündemde olan bir kanunun görüşülmesi sırasında yayınlanacak bir muhtıra ile) kanunun çıkmasını engellemeye teşebbüs edilmesi durumunda dahi oluşmaktadır. Anayasal düzene karşı fiillerde ise anayasal düzen kavramının mahiyetinden kaynaklanan sebeplerle suç, çoğu kez mütemadi şekilde işlenebilmektedir.

Yasama Organına Karşı Suç, yasama organını fonksiyonları itibariyle korumaktadır. Bu nedenle meclis binasına yönelecek fiili saldırı tek başına yasama organı fonksiyonunu ihlâl etmez. Ancak bu saldırının sonucu olarak yasama organının fonksiyonlarını icra etmesinin de engellenmesi

durumunda Yasama Organına Karşı Suçun oluştuğundan bahsedilebilecektir. Bu durumun anayasayı ihlâl maksadıyla gerçekleştirilmesi durumunda ise Anayasayı İhlâl Suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Bu sorunun çözümünde failin maksadı esas alınmalıdır²²⁶.

3. Hükûmete Karşı Suç

TCK m. 312 Hükûmete Karşı Suç adı altında, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edenlerin cezalandırılmasını öngörmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti ile kastedilen Bakanlar Kuruludur²²⁷.

TCK'da Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar incelendiğinde, Devletin anayasal düzeninin ardından temel kuvvetlerin cezai himayeye alındığı görülmektedir. Ancak bu bölüm altında yargı organlarının cebri davranışlara maruz kalmaları açık bir cezai himayeye alınmamıştır. Öte yandan yürütme organı, her iki unsuru ile ayrı ayrı korunmaktadır. Yürütmenin bir ayağı olan Cumhurbaşkanı, şahsını da kapsayan oldukça geniş bir koruma altına alınmış bulunmaktadır.

Bu düzenleme uyarınca, anayasal düzenin esaslı unsurlarından olan hükûmet, yasama organı gibi, ayrı bir madde ile özel olarak korunmaktadır. Yasama Organına Karşı Suç başlığı altında ifade ettiğimiz gibi, hükûmetin fonksiyonlarına yönelen cebri davranışlar da esasen TCK m. 309 kapsamına girme ihtimali oldukça yüksek olan davranışlardır. Zira hükûmet ve hükûmetin göreve geliş biçimi esasen anayasal düzen kavramına dahildir.

²²⁶ Benzer yönde: **Özek**, Siyasî İktidar, sh. 160.

²²⁷ **Erem**, 1993, sh. 1077.

Ne var ki, temel kuvvetlerden olan ve yürütmenin bir kanadını temsil eden hükûmetin, cebir ve şiddet kullanılarak alaşağı edilmesi veya görevden çekilmeye zorlanması da ayrıca korunması gereken bir hukuki değerdir.

Bu nedenle gerek bu konudaki tartışmaları engellemek, gerekse devlet mekanizmasının temel güçleri olan bu erklerin ayrıca bir korumaya alınarak sistematik olarak da daha yerinde bir düzenleme yapmak amacıyla bu hükümler tesis edilmiştir. Cebir ve şiddet kullanılarak hükûmetin alaşağı edilerek, seçimlere gidilmeksizin cunta yönetimine geçilmesi Anayasayı İhlâl Suçunu oluşturur. Ancak anayasal düzenin temel işleyişi değiştirilmeden, sadece hükûmetin cebri davranışlar ile istifaya zorlanması veya fonksiyonlarını yapmasının engellenmesi ya da belli bir şekilde icraya zorlanması hallerinde TCK m. 312'nin olduğu söylenebilecektir.

Yasama Organına Karşı Suç'da olduğu gibi, Hükûmete Karşı Suç ve Anayasayı İhlâl Suçu arasında öncelikle failin maksadı tespit edilerek bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu şekilde failin fiili işlemekteki nihai maksadının anayasal düzene yöneldiği ortaya çıkıyorsa bu suçtan dolayı uygulama yapılmalıdır.

4. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine Karşı Silahlı İsyân Suçu

Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine Karşı Silahlı İsyân Suçu, 5237 s. TCK'da, 765 s. TCK'ya göre farklı şekilde düzenlenmiştir. 765 s. TCK m. 149'da düzenlenen suç *"Her kim Hükümet aleyhine halkı silah veya uyuşturucu yahud boğucu veya yakıcı gazlar veya patlayıcı maddeler kullanmak suretile isyana veya Türkiye ahalisini birbiri aleyhine silahlandırarak mukateleye teşvik eylerse yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasile cezalandırılır"* şeklindeydi. Maddenin ikinci fıkrasında, *"... teşvik neticesi olarak isyan veya kıtal zuhur*

etmişse buna sebebiyet veren veya asilere kumanda eden kimseler hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası verilir” hükmü yer alıyordu.

Madde metninde yere alan ifadelerden, öncelikle halkı her türlü isyana teşvikin değil, silâh, patlayıcı ve zehirli gazlar kullanmak suretiyle isyana teşvikin cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca isyana teşvik Hükûmete karşı olmalıdır. Madde ile ayrıca Türkiye ahalisini birbiri aleyhine silahlandırarak, birbirine karşı mukateleye, yani birbirlerini öldürmeye, birbirleriyle savaşmaya²²⁸ teşvik de aynı şekilde cezalandırılmaktadır.

5237 sayılı TCK m. 313 ile ise *“Halkı, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı bir isyana tahrik eden kimse”*nin cezalandırılacağı, isyanın gerçekleşmesi durumunda tahrik eden kişi hakkında verilecek cezanın artırılacağı hükme bağlanmaktadır.

5237 s. TCK m. 313 metninde, TCK m. 312 hükmüyle aynı şekilde *“Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetinden”* bahsedilmekle birlikte, doktrinde bu ibareden devlet otoritesini ve icra gücünü temsil eden yürütme organının ve idari teşkilat yapısına göre bu gücü temsil eden alt birimlerin ve hatta adliyenin de anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir²²⁹.

Bu görüş 765 sayılı TCK döneminde kabul edilebilirdi. Zira 765 s. TCK m. 147’de *“Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini”* cebren iskat veya vazife görmekten menetmekten bahsediliyordu. Bu itibarla suçun konusu Bakanlar Kurulu olarak tanımlanmıştı. Buna karşın 765 s. TCK m. 149 ise *“Hükûmet aleyhine”* belli şekillerde isyana teşvikten bahsetmekteydi. Bu bağlamda her iki maddede gösterilen suçların konuları birbirlerinden

²²⁸ Ferit Devellioğlu, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 16. Basım, Aydın Kitabevi, Ankara, 1999, sh. 679.

²²⁹ Parlar/Hatipoğlu, sh. 4595; Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 8516.

farklıydı ve özellikle TCK m. 149'un lafzında yer alan Hükûmet kavramı yorumlanmaya açıktı. Böyle bir yorum mümkündü²³⁰, çünkü kanunkoyucu bakanlar kurulunda bahsederken bunu açıkça yapmış ve bilinçli olarak iki madde sonra Hükûmet terimini kullanmıştı. Hükûmet kavramının geniş anlamıyla kullanıldığı sistematik yorum yapılarak ileri sürülebilirdi. Nitekim, *Erem* bu duruma dikkat çekmiş ve bir mahalde sadece adliye aleyhine bir hareketin dahi bu madde kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmiştir²³¹. Biz 765 s. TCK açısından madde kapsamının *Erem*'in ifade ettiği kadar geniş yorumlanamayacağını düşünüyoruz. Öte yandan *Özek*'in düşündüğü gibi 765 s. TCK m. 147 ve 149'un aynı konuya ilişkin olduğu kanaatinde de değiliz²³². Kanımızca TCK m. 147 ve 149'da iki farklı terimin kullanılması, m. 147'nin sadece Bakanlar Kuruluna yönelik cebri cezalandırmayı, 149'un ise Hükûmet kavramını kullanarak içinde Bakanlar Kurulu'nun da yer aldığı ve esasen Devlet otoritesini temsil eden organlara yönelik geniş bir fonksiyona yönelik silahlı isyanı cezalandırma alanına alındığı anlamına gelmektedir.

765 s. TCK açısından bir anlamı olabilecek bu tartışmaların 5237 s. TCK açısından ise bir anlamı yoktur. Her ne kadar doktrinde halen daha 765 s. TCK'dan etkilenilerek m. 313'deki Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti kavramının daha geniş olduğu ileri sürülmekteyse de²³³, arka arkaya

²³⁰ *Erem*, 1993, sh. 1083. *Özek* bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazara göre 765 s. TCK m. 147 ve 149 aynı muhtevayı (konuyu) ilgilendirmektedir. Maddeler arasındaki fark fiillerin icra ediliş tarzlarındaki farktır: *Özek*, *Siyasî İktidar*, sh. 250 – 253.

²³¹ *Erem*, 1993, sh. 1083. *Savaş/Mollamahmutoğlu* tarafından da benzer görüş ileri sürülmektedir: *Savaş/Mollamahmutoğlu*, sh. 1948. *Özek* ise İtalya'da bu yönde bir takım tartışmaların olduğunu, ancak bizim kanunumuzda açıkça icra fonksiyonu korunduğu için böyle bir tartışmaya yer olmadığını söylemektedir: *Özek*, *Siyasî İktidar*, sh. 252 dn. 23.

²³² *Özek*, *Siyasî İktidar*, sh. 250.

²³³ *Parlar/Hatipoğlu*, sh. 4595; *Yaşar/Gökcan/Artuç*, sh. 8516.

düzenlenmiş iki maddede yer alan ve suçun konusunu gösteren terimlerin farklı kapsamları olduğunun kabulü kanımızca mümkün değildir. TCK m. 313’de düzenlenen suçun TCK m. 312’den farklı bir konuya yönelik cezai koruma içerdiğinin kabul edilebilmesi için kanunda değişiklik yapılması şarttır. Kanımızca bu suç açısından 765 s. TCK sisteminden sapılması yerinde olmamıştır. TCK m. 312 ile 313 arasındaki farklılık da yeterince net değildir. TCK m. 313’de bahsedilen silahlı isyan, m. 312’deki hareketler düzeyine ulaşmayan hazırlık hareketleri niteliğindeyse, bu takdirde madde kapsamının neden hükûmet ile sınırlı tutulduğu tartışmaya açık hale gelecektir. Silahlı İsyan Suçunda, isyanın gerçekleşmesi halinin öngörülmesi haline yer verilmesi ise, TCK m. 312’nin varlığı karşısında, ancak bu isyanın başlaması ama bu fiillerin TCK m. 312’de tanımlanan suçu oluşturması açısından elverişsiz olduğu hallerde anlam taşıyacaktır.

TCK m. 313’ün Anayasayı İhlâl Suçu ile olan irtibatı da TCK m. 312 ile olan irtibatına benzerdir. Ancak Anayasayı İhlâl Suçunun oluşması, failin bu maksatla hareket etmesine bağlı olduğu için, elverişli icra hareketi boyutuna ulaşmayan hükûmete karşı silahlı isyan fiillerinin anayasal düzenin işleyişine de yöneldiği ve bu itibarla cezalandırılan hazırlık hareketleri arasında sayılabileceği söylenebilir.

“İsyan”dan bahsedebilmek için çok sayıda kişinin şiddet hareketlerine katılarak ayaklanmaları gerekir²³⁴. TCK m. 313’de düzenlenen suçun 314 ve 315. maddelerden farkı belki de, bu suçta failer arasında önceden bir anlaşma, organizasyon ve sair ilişkinin bulunmasının gerekmesiştir. Ayrıca bu suç tipi ile esas olarak tahriki gerçekleştiren hedef alınmaktadır. Yargıtay,

²³⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 8516.

765 s. TCK döneminde, “... suçun oluşabilmesi için silahlandırmanın yerelliği ve bireyselliği aşan bir nitelik ve genişlikte olması ve buna bağlı olarak halkın birbiri aleyhine yoketme amacına yönelik çatışmaya teşvik edilmesi”ni aramıştır²³⁵.

Netice olarak TCK m. 313’de tanımlanan suçun Anayasayı İhlâl Suçu ile doğrudan bir irtibatının olmadığı ve ancak istisnai örneklerde bu suçun cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğini taşıyabileceklerini düşünüyoruz.

5. Silahlı Örgüt ve Bu Örgüte Silah Sağlama Suçları

Yukarıda çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere, TCK m. 314 ve 315’de düzenlenen suçlar, Anayasayı İhlâl Suçunun da aralarında bulunduğu bir kısım suçların cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğindedir. Kanunkoyucu, hareketlerin doğası itibarıyla failerin maksadının ayırt edilmesini mümkün kılan ve önemli gördüğü; ağır zarar tehlikesi taşıyan bir takım hareketleri ayrıca suç olarak tanımlamıştır²³⁶. Bu fiiller, anayasal düzeni hedef alacak cebir ve şiddetin elverişli olabilmesini mümkün kılan türden fiillerdir.

Silahlı Örgüt Suçu’nun unsurları değerlendirilirken, TCK m. 220 esas alınmalıdır (TCK m. 314/3). Ancak bu düzenlemeyi, TCK m. 314’ün mahiyeti dikkate alınarak değerlendirmek gerekir. TCK m. 309 ile 314 arasındaki içtima ilişkisi yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiş olduğundan burada tekrara girmeyeceğiz²³⁷. Bu itibarla yukarıda ortaya koyduğumuz gerekçelerle, TCK m. 220/4 hükmünün TCK m. 314 açısından Anayasayı İhlâl Suçu yönünden uygulanmayacağını söylemekle yetiniyoruz.

²³⁵ Yargıtay 11. CD, 2.5.1995, 4/7 (Savaş/Mollamahmutoğlu, sh. 1949).

²³⁶ Özek, Silâhlı Çete, sh. 360.

²³⁷ Bkz. yuk. İkinci Bölüm VI.C.2

Aynı durumun TCK m. 315 açısından da geçerli olup olmadığını ise ayrıca tartışmak gerekir. TCK m. 315, TCK m. 314’de tanımlanan örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla ve bunların amaçlarını bilerek bu örgütlere silah temin edilmesini cezalandırmaktadır. Dolayısıyla TCK m. 315 kapsamındaki fiilleri işleyenlerin de, TCK m. 309’daki suçun oluşması durumunda, bu suça yardım eden sıfatını taşıyacaklarında şüphe olmamalıdır. Bu itibarla bu failer için de TCK m. 309 ile 314 arasındaki ilişkiye yönelik ortaya koyduğumuz görüşlerimiz geçerlidir. TCK m. 314’de tanımlanan örgütlere, faaliyetlerini bilerek silah temin edenler de esasen TCK m. 309 anlamında hazırlık hareketlerini gerçekleştirmektedir. TCK m. 315 metninde maksattan ve silahların bilerek temin edilmesinden bahsedilmesinin anlamı budur. Dolayısıyla eğer anayasal düzene yönelik fiiller elverişli icra hareketi boyutuna ulaşırsa, bu takdirde silâh temin edenler de TCK m. 309’un işlenmesine yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

Bu itibarla, TCK m. 315’in gerekçesinde yer alan *“söz konusu maddelerin kullanılması suretiyle ve örgütün faaliyeti çerçevesinde çeşitli suçların işlenmesi halinde; su silah ve cephaneyi temin eden kişilerin, aslında bu suçların işlenişine yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmaları gerekir. Ancak söz konusu fiiller müstakil bir suç olarak tanımlandığı için, sadece bu suçtan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir”* şeklindeki ifade Kanun’un genel sistemine uygun değildir.

Öncelikle silâh temin edenin TCK m. 314’deki örgütün üyesi olması durumunda, zaten ayrıca TCK m. 315’den sorumlu olması söz konusu olamaz. Zira örgütün silahlı olması TCK m. 314’ün unsurudur²³⁸. Bu itibarla

²³⁸ Özek, Siyasî İktidar, sh. 365.

silah tedarik edenlerin örgüte üye olmaları durumunda artık bunların bir de TCK m 315'den sorumlu tutulmaları düşünülemez. TCK m. 314 kapsamında işlenen ve örgütün asıl amacı dışında kalan suçlar açısından, failer hem örgüt üyeliği hem de bu suçlardan sorumlu tutulacaktır. TCK m. 314 kapsamında kurulan örgütün amaç suça yönelik elverişli icra hareketlerine başlaması durumunda ise, artık hazırlık hareketlerinin ayrıca cezalandırılmasına gerek kalmaz. Silah tedarik eden kimse de, anayasayı ihlâl amacını bilerek ve bu amaçla kullanılmak maksadıyla davrandığına göre, amaç gerçekleşince, artık bu kişi de amaç suça yardım eden sıfatını taşır.

TCK m. 314 ve 315'in Anayasayı İhlâl Suçu açısından bir başka önemi, bu suçun yorumlanmasında, cebir kavramının her türlü hukuka aykırılık şeklinde kabul edilmesini öngören fikirleri bir anlamda yanlışlamasıdır. Zira anayasayı ihlâli cezalandırılan hazırlık hareketlerinin silâh içermesi, TCK m. 309'da belirtilen cebrin anlamının da hukuka aykırılıktan ziyade şiddet temelli yorumlanmasını gerektirir.

6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar ile Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçları İşlemek İçin Anlaşma Suçu

Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar arasında yer alan ve suç olarak tanımlanmış bulunan bir diğer hazırlık hareketi de Suç İçin Anlaşmadır. Ceza hukuku sistemimizde birden fazla kişinin bir suçun işlenmesi için fikir birliğine varmaları, eylemleri belli bir boyuta ulaşmadıkça cezalandırılmaz. Bu durumun istisnası TCK m. 316'da yer alan suçtur. Bu maddeye göre aralarında Anayasayı İhlâl Suçunun da yer aldığı bazı suçları elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi maddi olgularla

belirlenen bir biçimde anlaşılırsa suçların ağırlık derecesine göre cezalandırılacaklardır.

Madde dikkatle okunursa, öncelikle anayasal düzene yönelik her türlü anlaşma değil, elverişli vasıtalarla işlemek üzere anlaşma suç olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla anayasal düzeni yıkmak üzere aralarında fikir birliği oluşan kişiler, elverişli vasıtalarla en azından erişme imkanı olan kişiler olmalıdır. Ayrıca bu anlaşmanın maddi olgularla belirlenmesi de suçun oluşumu için şart olarak aranmıştır. Suç tipinde esasen ispata ilişkin bir düzenlemenin yer alması, kanun koyucunun suç için anlaşma fiillerinin uygulama alanının olabildiğince kısıtlı tutulmasını istediği şeklinde yorumlanmalıdır.

Suçun oluşumu için bir anlaşmanın aranması ve anlaşmadan bahsedebilmek için en azından belli bir zamana yayılmanın da şart olması nedeniyle, bu suçun mütemadi suçlardan olduğunu kabul etmek hatalı olmaz²³⁹.

Suç İçin Anlaşma Suçunda, örgüt gibi organize, hiyerarşik bir yapının varlığı aranmaz. Ancak madde metninde elverişli vasıtalarla bahsedilmekle, suç için anlaşmaların, amaç suçu işlemeye elverişli vasıtalarla ulaşma imkanlarının olmasının arandığını söylemek yanlış olmaz.

Suç için anlaşma fiilinin Anayasayı İhlâl Suçu ile en önemli ilişkisi, bu fiilin anayasal düzene yönelik bir amaçla gerçekleştirilmesi durumunda ortaya çıkar. Buna göre anayasal düzeni cebren yıkmayı hedefleyen ve bu amacı

²³⁹ Aksi yönde **Parlar/Hatipoğlu**, sh. 4654. Yazarlar suçun anlaşmanın yapıldığı, “irade uyuşumunun” gerçekleştiği anda oluşacağından dolayı mütemadi suç sayılamayacağını belirtmektedir. Mütemadi suçlarda suç zaten fiil başladığı anda oluşur. Fark temadi süresince suçun işlenmeye devam etmesindedir.

gerçekleştirmek için elverişli vasıtalarla erişme imkânı olan kişiler arasındaki anlaşma cezalandırılmaktadır.

Kanuni tipte yer alan ve suçun uygulanmasını zorlaştıran bu düzenlemeler dikkate alındığında, suç için anlaşmanın büyük bir olasılıkla elinin altında silâhlı kuvvet bulunan asker veya emniyet mensupları tarafından işlenebilen bir suç olacağını öngörmek hatalı olmaz. Anlaşma sırasında anayasal düzeni yıkabilecek nitelikte elverişli vasıtalarla erişim imkanının objektif olarak aranması lazım gelir. Bu ise büyük olasılıkla ancak elinin altında devlet kuvvetlerini mobilize etme imkânı olan kişiler arasında mümkün olabilir.

Bu suç tipinden dolayı, Silâhlı Çete Suçunda olduğu gibi, amaç suçların icrasına elverişli hareketlerle başlanmakla artık ceza tayini mümkün değildir²⁴⁰.

Suç için anlaşmanın bir sonraki aşaması silahlı örgüttür. Bu nedenle TCK m. 316 çerçevesinde suç işlemek için anlaşılan kişilerin, organize bir hale gelerek TCK m. 314 anlamında bir örgüte dönüşmeleri durumunda artık yalnızca bu maddeden ceza verilebilecektir.

B. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlarla Olan İlişki

TCK'nin İkinci Kitap Dördüncü Kısım altında yer alan Dördüncü Bölüm Devletin Güvenliğine Karşı Suçları içermektedir. Bu kısım altında yer alan suçlardan Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu (TCK m. 302) dışında yer alan suçların büyük kısmı, genel olarak devletin temel unsurlarından ziyade gerçek anlamda güvenliğini, savunmasını ilgilendiren suçlardır. Savaş halinde düşmanla işbirliği yapmak, başka devletleri Türkiye

²⁴⁰ Aynı yönde: **Parlar/Hatipoğlu**, sh. 4655. Bu Yazarların silahlı çete için kabul etmedikleri bu görüşü suç için anlaşma açısından kabul etmeleri çelişkilidir.

Cumhuriyetine karşı savaş açmaya veya hasmane davranmaya tahrik, yabancı devlet adına asker toplamak, askeri tesislere yönelik fiiller, düşman devlete yardım gibi fiilleri suç haline getiren bu bölüm altında Anayasayı İhlâl Suçu ile doğrudan ilgili olabilecek tek hüküm TCK m. 302’de düzenlenen suçtur.

TCK m. 302 ile devletin ve anayasal düzenin önemli bir parçası olan toprak unsuru korunmaktadır. Madde metnine göre, *“Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiili”* işleyen kişinin cezalandırılmadı öngörülmektedir.

Öncelikle madde metni ile korunan hukuki değer ülkenin anayasal çatısı altında demokratik bir toplumsal düzende huzur içinde yaşama hakkına sahip olan ve bu bağlamda anayasal düzene ilişkin anlatmış olduğumuz unsurlardan faydalanma hakkı olan bireylerin egemenlik hakkıdır. Bu itibarla demokratik bir anayasal düzen içinde yaşayan bireyler, bu düzen içinde yaşadıkları topraklarda, sahip oldukları anayasal güvencelerden faydalanmaktadır. Devletin toprak unsuruna yönelen fiiller, o toprak parçasında yaşayan vatandaşların egemenliklerini kullanmaları ile meşru bir yönetim tarafından yönetilen bir devletin parçası olma haklarını ihlâl eder.

TCK m. 302, m. 309’dan farklı olarak, unsur olarak cebri açıkça içermemektedir. Buna göre, madde metninde Devlet topraklarının tamamı ya da bir kısmına yönelen fiil işleyen kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılması öngörülmektedir.

Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçuna ilişkin kanuni düzenlemede cebir unsurunu yer verilmemesi ve yalnızca fiilden bahsedilmesi maddede sayılan neticeleri gerçekleştirmeye yönelik her türlü fiilin suç teşkil ettiği gibi bir sonuç doğurmaya müsaittir²⁴¹. Ancak madde gerekçesi önce suçun serbest hareketli bir suç olduğunu belirtmiş, sonra ise suçun ancak cebri davranışlarla işlenebileceğini ortaya koymuştur. Doktrinde suçun ancak cebri hareketlerle işlenebileceği görüşünü savunanlar mevcuttur²⁴². Doktrinde cebrin zorunlu unsur olduğunu belirtmese de fiilin ciddi tehlike doğuracak nitelikte fiil olarak algılanması gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur²⁴³. Yargıtay uygulaması suçun ancak cebri hareketlerle işlenebileceğini kabul etmektedir²⁴⁴.

Kanımızca madde metni cebir ve şiddeti maddi unsur olarak içerecek şekilde yeniden düzenlenmelidir. Öte yandan ifade açıklaması niteliğindeki fiillerle bu maddede sayılan suçun oluşmayacağı kanısında olduğumuzu belirtmek isteriz.

TCK m. 302 ile Anayasayı İhlâl Suçu arasındaki ilişkinin önemli bir boyutu, TCK m. 309 ile Devletin kuruluşunu ortaya koyan temel normu cezai norm ile korunurken, TCK m. 302 ile ise Devletin varlığının en önemli unsurlarından olan toprak unsuru korunmaktadır. Bu nedenle iki suç tipi arasında kopmaz bir bağ bulunmaktadır. Bu denli birbirinden ayrılmaz iki

²⁴¹ Savaş/Mollamahmutoğlu, sh. 1776; Parlar/Hatipoğlu, sh. 4517.

²⁴² Yaşar/Gökcan/Artuç, sh. 8380.

²⁴³ Malkoç, sh. 1116.

²⁴⁴ Yargıtay'ın bu suça ilişkin uygulaması, Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin uygulama ile önemli ölçüde paraleldir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda, sanığın silahlı örgüt üyesi olduğu kabul edildikten sonra, vahamet arz eden eylemlere katıldığına dair delil elde edilememesi nedeniyle "hukuki konumunun örgüt üyesi düzeyinde kaldığı" kabul edilmiştir: **Yargıtay 9. Ceza Dairesi**, 7.11.2007, 8804/7972.

konuya ilişkin bu suçlar, mahiyetlerine uygun düştükçe paralel şekilde yorumlanmalıdır.



SONUÇ

Anayasa, toplumların kendi kaderlerini tayin haklarıyla, bu bağlamda gelecekleriyle doğrudan ilişki taşıyan bireylerin günlük yaşamlarına dahi her an dokunan devlet mekanizmasının temel normunu ifade eder. Anayasa, geçerli olan bütün hukuk normlarının kaynağı ve dayanağı olduğu için bunların en üstünde olduğu kabul edilen ve devleti kuran belgedir. Ancak anayasa metninin sadece normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan bir belge olduğunun düşünülmesi hatalı olacaktır. Kurulan anayasal düzenin meşru olması ve toplumun bütün katmanlarını kapsamaması şarttır. Böyle bir meşruiyet ancak demokratik temellere dayanabilir.

Bu bağlamda anayasa, kurucu ve temel normları koyan bir metin olduğu kadar, bireylerin temel haklarını güvenceye alan, iktidarın güç kullanımını sınırlayan ve devlet gücünün kullanımını hukuk kurallarına bağlayan bir düzenlemedir.

Bu ön kabul Anayasayı İhlâl Suçunun varlığını meşru hale getirmektedir. Düşüncemize göre Anayasayı İhlâl Suçu, anayasal düzenin statikleşmesini değil, anayasal değişimlerin meşruiyetini korumayı amaçlar. Bu ön kabul Anayasayı İhlâl Suçunun uygulaması açısından da bir takım sonuçlar doğurmaktadır.

Öncelikle anayasal düzen kavramı, suçun kanuni tipindeki Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen ibaresiyle somutlaşmaktadır. Bu kavram şekli değil maddi anayasa olarak algılanmalıdır. Anayasanın insan hakları odaklı ve demokratik niteliklerinin korunması öncelikli

hedeftir. Bu itibarla yapılacak değerlendirme, Anayasayı İhlâl Suçunun, cezai olarak korunan diğer devlet fonksiyonları ile arasındaki ilişkiyi de temellendirmektedir.

Anayasal düzen kavramının, insan haklarına dayalı demokratik anayasal düzen olarak tanımlanmasıyla birlikte, bu suçun tatbikinin de, kutsal bir devlet düzenini değil, tam tersi, bireysel hak ve hürriyetleri güvenceye alan devlet düzenini korumaya yönelmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle demokratik düzen tökezlediği zamanlarda bile, cebir yoluyla iktidarın ele alınması kabul edilemez.

İktidarın cebren gasp edilmesi her şeyden önce demokratik temellere dayanmayan ve meşruiyet sorunu olan odakların hesap verme kanalları kapalı olan bir iktidar sultasına yerleşmeleri sonucunu doğurur. Siyasi iktidar cebren zapt edildiğinde, demokratik kontrol mekanizmalarının çalışması da beklenemez. Böyle bir düzen toplumun gelişmesini durdurur.

Bu nedenlerle Anayasayı İhlâl Suçu bu gibi gayrimeşru saldırıları cezalandıran bir suç olarak kabul edilmelidir. İnceleme konumuz olan suçun ülkemizdeki uygulamasına bakıldığında, esasen icra hareketi niteliğini taşıyamayacak boyuttaki bir takım eylemleri cezalandırmak için kullanıldığı görülmektedir. Buna karşın, tarihimizde, bu suçun asıl faillerinin cezalandırılmadığı vahim örnekler de mevcuttur.

Anayasayı ihlâl kavramı yorumlanırken, soyut devlet kavramının korunmasından ziyade devletin demokratik temel düzeninin korunması odaklı yorum yapmak gerekir. Bu itibarla anayasal düzeni yıkmaya elverişli olmayan, henüz bu neticeye dahi yönelmemiş her türlü cebir ve şiddet

davranışının, saik yönünden yapılan değerlendirme esas alınarak Anayasayı İhlâl Suçundan dolayı cezalandırılması bu esaslara aykırıdır.

Ceza hukukunun ancak hazırlık hareketi niteliğinden çıkmış, amaçlanan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli davranışlarla ilgilenmesinin bir nedeni vardır. Cezalandırma tehdidinin genişlemesi, hele hele siyasi suç niteliğini taşıyan Anayasayı İhlâl Suçu gibi suçların otomatik olarak terör suçu olarak kabul edilip yüksek cezalar ve özel infaz rejimlerine tabi kılınmalarının toplumsal sonuçları vardır.

Tarafımızdan, ceza hukukunun teknik ve felsefi gerekleri dikkate alınarak yapılan incelemede, Anayasayı İhlâl Suçunun unsurları incelenirken varılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Anayasayı İhlâl Suçu ile soyut bir devlet düzeni korunmamaktadır. Korunan hukuki değerlerin bireysel hak ve özgürlüklerle irtibatlandırılarak tanımlanması suçların yorumlanmasında önemli bir araç olduğunu düşünüyoruz. Devlet mekanizmasının temeline ilişkin bu suç tipinde dahi, korunanın bireylerin demokratik bir anayasal düzende yaşama hakları ve bu düzende yapılacak değişikliklerin meşruiyeti olduğunu sonucuna varılmıştır.

Ancak anayasal değişimlerin meşruiyetinin korunması bu düzenlerin statik olduğu anlamına da gelmez. Tam tersine, anayasal değişimlerin demokratik meşruiyet taşıması, yeni düzenlemelerin toplum tarafından kabul edilmesi için de kritik önem taşır.

2. Anayasayı İhlâl Suçunun maddi unsurlarına ilişkin incelememizin ilk başlığı suçun konusunun belirlenmesidir. Madde metninde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen olarak tanımlanan

suçun konusu, çalışmamızın Birinci Bölümü altında yapılan değerlendirmeler de dikkate alındığında, şekli anlamda anayasa değildir.

Bu tespitin sonucu olarak anayasal düzen kavramının maddi anlamda anayasaya işaret ettiği, bu bağlamda anayasada yer alan bütün normların değil, anayasal düzenin temel değerlerine yönelen normların çalışma konumuzu teşkil eden cezai korumadan yararlandığını kabul ediyoruz.

3. Anayasayı İhlâl Suçunun mahsus suç olmadığı, ayrıca mağdur ve suçtan zarar gören sıfatının da muayyen kişilerde toplanamayacağını kabul etmek gerekir. Bu itibarla Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin açılan bir davada müdahale hakkının, bu suçtan dolayı kullanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Kanımızca bu suç işlenirken gerçekleştirilen cebir ve şiddet hareketlerinin mağdurları bu suçlar yönünden davaya müdahil olabilirlerse de Anayasayı İhlâl Suçu yönünden davaya müdahale taleplerinin kabul edilmemesi gerekir.
4. Anayasayı İhlâl Suçunun fiil unsuru öncelikle genel özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. İnceleme konumuz olan suç bir kalkışma suçudur. Suça ilişkin düzenlemede, madde metninde yer alan neticelere teşebbüs edenlerin cezalandırılacakları hükme bağlanmaktadır. Bu türden düzenlemeler, özellikle anayasal düzene karşı suçlar arasında görülmektedir. Kanun koyucu bu türden düzenlemeler ile suç için belirlediği cezanın, suçun tamamlanmasını beklemeden uygulanmasını sağlamak istemektedir.

Ancak bu düzenleme biçimi, suça olağanüstü bir karakter vermediği gibi, suçun cezalandırma alanını da genişletmez. Bu suça ilişkin

doktrin görüşleri ve uygulama dikkate alındığında, bahsettiğimiz bu hatalı sonuca varıldığı örnekler yadsınamayacak kadar mevcuttur.

Bu sonuç hatalıdır, çünkü madde metninde açıkça “teşebbüs edenler” ibaresi kullanılmaktadır. Bu itibarla madde uyarınca hangi fiillerin icra hareketi teşkil ettiği, TCK m. 35 ile kabul edilen prensipler çerçevesinde belirlenmelidir.

Esasen bu kategori altında yer alan kalkışma suçlarının bir bütün olarak teorize edilmeleri gerekir. Kanımızca madde metninde teşebbüs durumunda suç tamamlanmış gibi ceza verileceği hükme bağlanan suçların, cezalandırılabilirlik alanını genişletmek gibi bir fonksiyonu yoktur.

Bu gibi suçlar TCK m. 35 çerçevesinde değerlendirmeye tutulmalıdır. Bunun anlamı, suç kalkışma suçu olarak düzenlenmeseydi bile, zaten suça teşebbüs hükümleri gereğince cezalandırılabileceği kabul edilecek eylemlere, teşebbüs aşamasında kalan suçlar için uygulanacak ceza indirimlerinin uygulanmayacak oluşudur.

Bu itibarla, kalkışma suçlarında cezalandırma alanına, teşebbüse müsait tüm suçlarda olduğu gibi, elverişli hareketlerle icraya başlandığı anda girilecektir. Bu kategori altındaki suçların ortak özelliği uygulanacak prensiplerden çok verilecek ceza yönündendir.

5. Anayasayı İhlâl Suçu bağlı hareketli bir suçtur. Anayasayı ihlâl kavramı açıklanırken de izah edildiği üzere, kanun koyucu anayasal düzene karşı olan her hareketi değil, cebir içeren hareketleri cezalandırmayı amaçlamaktadır. Bu amaçla suç bağlı hareketli olarak düzenlenmiş ve elverişli icra hareketlerinin cebri nitelik taşımaları şart koşulmuştur.

Suç aynı zamanda tek hareketli suçtur. Bu itibarla, suçun oluşması için elverişli ve icra hareketi mahiyeti taşıyan cebri davranış yeterli olup başka bir davranışın da ayrıca işlenmesi gerekmez.

6. Anayasayı İhlâl Suçu açısından vardığımız bir diğer önemli sonuç, suçun ihtiyari mütemadi suç niteliği taşımasıdır. Bu tespitimiz, madde metninde yer alan neticelerin ortaya çıkması durumunda önemli farklılıklar yaratmaktadır. Suçun mütemadi niteliği, anayasal düzene karşı cebir davranışların bir bütün olarak zamana yayıldıkları icra bir defa başladıktan sonra, sona erene kadar iştirakin mümkün olması, neticenin oluşması halinde ise, yeni bir meşru anayasal düzen kurulup, anayasayı ihlal edenler iktidarı tam anlamıyla devrene kadar zamanaşımının işlememesi gibi sonuçlar doğurmaktadır.

Kanımızca temadi, cebri davranışlarla anayasal düzen yıkıldıktan sonra da, yıkılan düzen baskılanmak suretiyle devam eder. Bu aşamada cebri davranışların mahiyeti değişebilirse de, esas anayasal düzenin rafa kaldırılması ve kurulan (henüz demokratik nitelik taşımayan) ara rejimin devamı süresince olağanüstü bir dönem sürer. Bu dönem esasen cebrin sürdüğü dönemdir. Ne zaman ki cebir sona erer ya da demokratik bir anayasal düzen kurulur, o zaman temadi sona erer.

7. Anayasayı İhlâl Suçu ancak icrai davranışla işlenebilecek bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla suçun ihmali davranışla işlenemeyeceğini, suçun ihmali davranışla işlenebileceğinin kabulünün 5237 s. TCK ile getirilen sistemle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

8. Doktrinde ve uygulamada ekseriyetle, Anayasayı İhlâl Suçunun bir tehlike suçu olduğundan bahsedilmektedir. Ancak biz, yukarıda kalkışma suçuna ilişkin yaptığımız açıklamalar ve suçun madde metninde gösterilen bir takım neticelerin varlığını da dikkate alarak ve suçun neticelerinin gerçekleşmesinin de mümkün olduğunu gözeterek suçun esasen bir zarar suçu olduğunu savunuyoruz.

Suçun bir tehlike suçu olduğuna yönelik görüşler ekseriyle, suçun neticesi ortaya çıktığında artık yeni bir anayasal düzenin kurulmuş olacağına dayanmaktadır. Çeşitli örneklerle ortaya koyduğumuz üzere suçun tamamlanması ve zarar neticesinin ortaya çıkması mümkündür. Kaldı ki, kanunda yer alan suç tiplerinin büyük bir kısmı teşebbüse müsait olup, bu suçlara yönelik icra hareketlerine başlandıktan sonra neticenin elde olmayan sebeplerle gerçekleşmemesi halinde de netice ortaya çıkmamıştır. Ancak bu durumda o suçun tehlike suçu olduğu ileri sürülmemektedir. Kanımızca, Anayasayı İhlâl Suçu açısından da bir farklılık yoktur.

9. Anayasayı ihlâlden bahsedebilmenin ön şartı cebri bir davranışın bulunmasıdır. Yukarıda izah ettiğimiz, Anayasayı İhlâl Suçuna olağanüstü bir nitelik yükleyen mantıktan hareketle, cebri, anlamından kopararak anayasal düzene yönelik her türlü hukuka aykırı davranışın bu kapsamda telakki edilmesini öneren görüşler mevcuttur. Her ne kadar bu suça ilişkin Yargıtay uygulamasını eleştirmekte olsak da, en azından Yargıtay'ın suçun oluşumu için şiddet içeren davranışların varlığını aradığını teslim etmek gerekir.

10. Anayasayı ihlal açısından cebir, maddi cebir (şiddet) olabileceği gibi manevi cebir de (tehdit) olabilir. Tehdit kullanımı açık olabileceği gibi

zımni de olabilir. Silahlı kuvvetler tarafından anayasal organların fonksiyonlarını yerine getirmelerini engellemek için bildiri yayımlanması halinde ortada anayasayı ihlâl mahiyetinde bir cebrin bulunduğu tereddüt edilmemelidir. Dahası silahlı kuvvetler tarafından ika edilen bu şekildeki bir davranışın, neticeyi meydana getirmeye elverişli olacağını da kabul etmek lazım gelir.

11. Suçun oluşması için hareketin sadece cebri olması yeterli değildir.

Cebrî davranışın ayrıca maddede gösterilen neticeleri gerçekleştirmeye elverişli ve neticeye yönelmiş icra hareketi mahiyetinde olması gerekir. Hareketin bu mahiyeti belirlenirken suça teşebbüs teorisinin esaslarından yararlanılması gerekecektir. Bu itibarla Yargıtay uygulamasında gözlemlenen, anayasal düzene karşı maksatla işlenen bütün cebir ve şiddet hareketlerinin bu suçu oluşturduğu yönündeki kabulden vazgeçilmelidir. Anayasayı İhlâl Suçunun oluşması için cebri davranışlar neticelere yönelik icra hareketi niteliğinde olmadıkça, cebri davranış olsa bile suç oluşmaz. Bu hallerde koşulları varsa silahlı örgüt, suç için anlaşma ve sair cezalandırılan hazırlık hareketlerinden uygulama yapılması mümkündür.

12. Anayasayı İhlâl Suçu açısından tartışılması gereken bir diğer sorun, bu suça yönelik icra hareketlerine başlandıktan sonra gönüllü olarak vazgeçmenin mümkün olup olmayacağıdır. Kanımızca, gönüllü vazgeçmenin mahiyeti ve amaçları dikkate alındığında, inceleme konumuz suç açısından bu hükmün uygulanabileceğini kabul etmek doğru olacaktır.

13. Anayasayı İhlâl Suçu, doktrinde neticesiz suçlardan sayılmaktadır. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca bahsedilen görüş suça ilişkin hatalı bir ön kabulden kaynaklanmaktadır. Öncelikle, Anayasayı İhlâl Suçuna ilişkin yasal düzenlemede gösterilmiş bir takım neticeler mevcuttur. Burada sayılan hususların netice olduğunda tereddüt edilmemelidir. Zira bunlar cebri davranışların başarıya ulaşması durumunda suçun konusu üzerinde meydana gelen zarar neticeleridir.

Suç tipinde gösterilen bu neticeler, suçun yorumlanması, hangi fiillerin icra hareketi niteliğini taşıdığının belirlenmesi açılarından önem taşır. Aynı zamanda neticelerin meydana gelmesi ihtimali de mevcuttur. Bu ihtimalde artık yeni bir düzen kurulduğu ve fiillerin cezalandırılmayacağı yönündeki görüşün hukuken bir geçerliliği yoktur. Fiili meseleler hukuki değerlendirmeler açısından etkili değildir. Nitekim yakın tarih, bu konudaki faillerin günün sonunda yargı karşısına çıktıklarını da göstermektedir.

14. Anayasayı İhlâl Suçu kasten işlenebilen suçlardan olup, olası kast bu suç açısından uygulanamaz. Zira bu suçun failinin, cebri davranışları anayasayı ihlâl maksadıyla gerçekleştirmesi gerekir. Bu itibarla suçun belli bir maksatla işlenen suçlardan olduğunu da ifade etmek gerekir.

15. Anayasayı İhlâl Suçunun hukuka aykırılık unsuru açısından klasik hukuka uygunluk nedenleri arasında yer almayan bazı özel hallerin de değerlendirilmesi gerekmiştir. Bu değerlendirme sonucunda direnme hakkının suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceğinin düşünülebileceği; ancak bu halde direnme hakkının yöneldiği odağın anayasal bir düzen olarak tanımlanmasının güç

olduğunu düşünüyöruz. Direnme hakkı, baskıcı ve insan haklarını hiçe sayan uygulamaları yaygın olarak gerçekleştiren iktidarlara karşı toplumun sahip olduğu bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu hak birçok devletin anayasasında da yer alır. Bu itibarla direnme hakkının meşru şekilde uygulanması söz konusu olmuşsa zaten artık anayasal düzenin varlığını sürdürdüğünden bahsedilemez.

Hukuka uygunluk konusu tartışılırken değerlendirilmesi gereken bir diğör örnek sivil itaatsizliktir. Doktrinde sivil itaatsizliğin cebir ve şiddet içerip içeremeyeceğı oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmanın bir yanı dikkate alınırsa, sivil itaatsizlik hareketlerinin her halükârda cebri nitelik taşıyamayacağı, bu itibarla da bu eylemler ile anayasayı ihlâl fiillerinin işlenemeyeceğı; diğör yanı dikkate alınırsa sivil itaatsizlik eylemlerinin cebir niteliğı de taşıyabileceğı halde dahi bu eylemlerin demokratik anayasal düzen içinde işlendikleri ihtimalde esas olarak düzenin ortadan kalkmasını değil doğru işlemlerini amaçladıkları ve bu durumda da anayasayı ihlâl maksadından bahsedilemeyeceğini kabul etmek gerekir.

16. Asli kurucu iktidar fonksiyonunun kullanımı ise, bu fonksiyon cebir yoluyla ele geçirilmemişse, hukuka uygun niteliktedir.
17. Anayasayı İhlâl Suçu açısından klasik hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmalarının mümkün olmadığını düşünüyöruz. Bu itibarla tarihsel süreç içerisinde, darbe fiilini işleyenlerin gerekçe olarak meşru müdafaa, zorunluluk hali ve hatta bir takım yasal dayanaklara dayanmalarının anlam taşımadığını ifade etmek gerekir.
18. Kusurluluğı kaldıran ve azaltan haller arasında yer alan, hukuka aykırı emrin ifası yönünden, anayasal düzene yönelik suç işlendiğini

bilenlerin buna rağmen emri ifa etmeleri durumunda sorumluluktan kurtulmaları mümkün değildir. Ancak dolaylı faillikten kaynaklanan durumlar saklıdır.

19. Anayasayı İhlâl Suçu bir kalkışma suçu olup, bu suçtan dolayı ayrıca gene teşebbüs hükümleri uygulanamaz. Doktrinde teşebbüse teşebbüs olmaz şeklinde ifade edilen ve neredeyse ittifakla kabul gören bu görüşe biz de katılıyoruz.
20. İnceleme konumuz olan suça iştirak yönünden genel kuralların uygulanmasında bir farklılık bulunmamakla birlikte, bu suçun, her ne kadar çok failli suçlardan olmasa da, büyük bir ihtimalle müsterek faillik esası çerçevesinde işleneceği düşünülerek bu konuda özel açıklamalar yapılmıştır. İştirak bahsinde önemli olan bir diğer konu dolaylı failliktir. Yüksek bir askeri yetkilinin astlarını haberdar etmeden emrindeki birliği darbe amacıyla başkente çıkarması durumunda sokaklarda görevlendirilen ancak bunu kanuna göre yapılan bir manevra zanneden askerlerin durumu böyledir.
21. TCK m. 309/2 hükmü dikkate alınarak, 765 s. TCK sisteminin sona erdiğini ve Anayasayı İhlâl Suçunu işleyenlerin, ayrıca işledikleri diğer suçlardan dolayı da cezalandırılacaklarını kabul etmek gerekir. Ancak TCK m. 309/2, bu suçun cezalandırılan hazırlık hareketleriyle, bu suçla konu yönünden ayrışan diğer suçlar açısından sonuç doğurmaz.
22. Anayasayı İhlâl Suçunun tarihsel özellikleri dikkate alındığında milletvekili sorumsuzluğunun bu suç yönünden özel olarak irdelenmesi gerekir. Kanımızca, anayasayı ihlâl meclis çalışmaları sırasında sorumsuzluk kapsamı dahilinde iştirak eden failler, eğer

fiilleri sorumsuzluk kapsamında kalacak türden fiillerse sorumsuzluktan yararlanacaklardır. Ancak bu durumun istisnası olarak kabul edilebilecek bazı ihtimaller ilgili bölümde değerlendirilmiştir. Meclisin gayri meşru bir hale dönüşmesi veya işgal altındaki ülkede faaliyet gösteren güdümlü meclisin durumu bu istisnalar arasındadır.

23. İnceleme konumuz olan suç, asker kişiler, kamu görevlileri gibi özel yargılama usullerine tâbi olan kişiler açısından bir istisna olup, bu kişilerin anayasayı ihlâl fiili niteliğinde olduğunu düşünülen eylemlerinden dolayı Cumhuriyet savcıları doğrudan soruşturma yürüteceklerdir.
24. Anayasayı İhlâl Suçu, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu konusunda vatana ihanet kapsamında olduğundan tereddüt edilmeyecek suçlardandır.
25. Anayasal düzenin anti demokratik yollarla yıkılmasından sonra, yönetimi eline geçiren kuvvetlerin, demokrasiye dönüş aşamasında çoğu kez anayasal düzeyde çıkış garantisi düzenlemelerinden yararlandıkları görülmektedir. Demokratik düzene dönüşün barış içinde ve mutabakatla olması esasen arzu edilen bir durumdur. Bu bağlamda geçmişe bir sünger çekilmek istenebilir. Bu türden hükümlerin ceza hukuku açısından mahiyeti, ilgili madde metni üzerinde yapılacak değerlendirmeye göre belirlenmelidir. Ülkemizdeki örnekler incelendiğinde (1982 AY Geçici 15. Madde) hükmün af niteliğinde formüle edilmediği görülmektedir. Bu durumda söz konusu hükmün kovuşturmayı engelleyen özel bir hal olduğunu kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Abdülhakimoğulları, Erdal:** Bir Yasama Bağışıklığı Türü Olarak Türkiye’de Yasama Dokunulmazlığı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008
- Acar, Hüseyin:** Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- Akal, Cemal Bali:** Sivil Toplumun Tanrısı, 2. Basım, Engin Yayıncılık, 1995
- Aksoy, Zeki:** “Yasama Organını Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs (Darbeye Teşebbüs Suçuna) Genel Bir Bakış”, İBD, C: 84, S: 4, 2010, 2093 - 2112
- Alacakaptan, Uğur:** “Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu” (Yıldızhan Yayla), Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği, 9 – 13 Ocak 2001, TBB Yayını, Ankara, 2001, s. 500 - 511
- Alacakaptan, Uğur:** “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, C. II
- Alacakaptan, Uğur:** Suçun Unsurları, Ankara, 1975
- Alacakaptan, Uğur:** İşlenemez Suç, Ankara, t.y.
- Antolisei, Francesco:** Manuale di Diritto Penale Parte Generale, 14. Basım, Giuffrè Editore, Milano, 1997
- Antolisei, Francesco:** Manuale di Diritto Penale Parte Speciale II, 11. Basım, Giuffrè Editore, Milano, 1995
- Antonini, Elisabetta:** Commentario al Codice Penale (Eds. Marini, Giuliano/ La Monica, Mario/ Mazza, Leonardo), C. II, UTET, 2002

- Arsel, İlhan:** *“Türk Anayasasının Umumi Esasları – Kısım: I Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri”*, AÜHFD, C:12, S:1, 1955
- Arslan, Çetin:** *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Nobel Yayın, Ankara, 1999
- Artuk, Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015
- Ashworth, Andrew:** *Principles of Criminal Law*, 5. Basım, Oxford University Press, 2006
- Auckland, William Eden:** *Principles of Penal Law*, 2. Basım, Londra, 1771
- Aybar, Mehmet Ali:** *“Teşrii Masuniyet”*, İÜHFM, C: III, 1937
- Aydın, Devrim:** *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009
- Baltacı, Vahit:** *Yeni TCK ve CMK’da Terör Suçları ve Yargılaması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007
- von Bar, Carl Ludwig:** *A History of Continental Criminal Law* (Terc: Thomas S. Bell), Little Brown, And Company, Boston, 1916
- Barnett, Hilaire:** *Constitutional and Administrative Law*, 4. Basım, Cavendish Publishing Limited, London, 2002
- Başgil, Ali Fuad:** *“Teşrii Masuniyet Meselesi”*, İÜHFM, C. VII, S. 1, 1941
- Batum, Süheyl:** *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009
- Bayraktar, Köksal:** *Siyasal Suç*, İstanbul, 1982
- Bedau, Hugo Adam:** *“Introduction”*, *Civil Disobedience in Focus* (Ed. Hugo Adam Bedau), Routhledge, 1991, sh. 1 - 12
- Bedau, Hugo Adam:** *“Civil Disobedience and Personal Responsibility for Injustice”*, *Civil Disobedience in Focus* (Ed. Hugo Adam Bedau), Routhledge, 1991, sh. 49 - 67

- Bellamy, J. G.:** The Law of Treason in England in the Later Middle Ages, Cambridge University Press, 2004
- Bohlander, Michael:** The German Criminal Code – A Modern English Translation, Hart Publishing, 2008
- Brooman, Josh:** Weimar Germany, Longman 20th Century History Series, t.y.
- Bricola, Franco/ Zagrebesky, Vladimiro:** Codice Penale Parte Speciale C.I, UTET, 1984
- Buis, Claire-Lise:** “France”, The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies (Ed. Markus Thiel), Ashgate, 2009
- Bullock, Alan:** Hitler: A Study in Tyranny, Harper & Row Publishers, 1964
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Yenerer Çakmut, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006
- Chilcote, Ronald H.:** The Portuguese Revolution State and Class in the Transition to Democracy, Rowman & Littlefield Publishers, 2010
- Cihan, Erol:** Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978
- Coşar, Yakup:** “Önsöz: *Sivil İtaatsizlik*”, Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, (Derl: Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2001, sh. 9 - 28
- Cressy, David:** Dangerous Talk – Scandalous, Seditious, and Treasonable Speech in Pre-Modern England, Oxford University Press, 2010
- Curatola, Pasquale:** “*Attentato (delitti di)*”, Enciclopedia del Diritto, III, Giuffrè Editore, 1958, s. 967 - 971
- Cuttler, S. H.:** The Law of Treason and Treason Trials in Later Medieval France, Cambridge University Press, 2002
- Çağlayan, Muhtar:** Türk Ceza Kanunu, 3. Basım, C. II, Yetkin Yayınları, 1984

- Çoban, Ali Rıza:** Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- Dall’Ora, Alberto:** Codice Penale Commentato, 3. Basım, UTET, 1995
- Daragenli, Vesile Sonay:** “Tehlike Suçları”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, 1999
- De Mauro, Battista:** “Attentato Contro la Costituzione dello Stato”, Nuovo Digesto Italiano, C. I, 1937, s. 1084 - 1087
- Dean, Fabio:** “Personalita Interna Dello Stato (Delitti Contro la)”, Novissimo Digesto Italiano, XII, 1957
- Değirmenci, Olgun:** “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, TAAD, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012
- Delpino, Luigi:** Diritto Penale Parte Speciale, 16. Basım, Simone, 2008
- Demirbaş, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009
- Demirel, Muhammed:** Amirin Emri, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, XII Levha, İstanbul, 2014
- Devellioğlu, Ferit:** Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 16. Basım, Aydın Kitabevi, Ankara, 1999
- Dorsen, Norman/
Rosenfeld, Michel/Sajó,
András/Baer, Susanne:** Comparative Constitutionalism – Cases and Materials, Thomson West, 2003
- Dönmezer, Sulhi:** “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, İÜHFM, C. VIII, S. 3-4, 1942
- Dönmezer, Sulhi/ Erman,
Sahir:** Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. I, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997
- Dönmezer, Sulhi/ Erman,
Sahir:** Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. II, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997

- Dubolino, Pietro:** Commento al Codice Penale, 2. Basım, 2007
- Dursun, Selman:** *"Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi"*, GÜHFD, C.XVIII, S.2, 2014
- Dryzek, John S.:** *"Democratic Political Theory"*, in Handbook of Political Theory (Eds. Gerald F. Gaus/Chandran Kukathas), SAGE Publications, 2004
- Dworkin, Ronald:** Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1978
- Elster, Jon:** *"Introduction"*, Constitutionalism and Democracy (Eds: Jon Elster/ Rune Slagstad), Cambridge University Press, 1993, 1 - 17
- Erdoğan, Mustafa:** Anayasal Demokrasi, 4. Basım, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001
- Erem, Faruk:** Türk Ceza Kanunu Şerhi – Özel Hükümler, C. II, Ankara, 1993
- Erem, Faruk:** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III (Özel Hükümler), 3. Basım, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985
- Erem, Faruk:** Türk Ceza Hukuku, Cilt I, 2. Basım, Ankara, 1950
- Erem, Faruk/ Toroslu, Nevzat:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 1999
- Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet /Artuk, Mehmet Emin:** Ümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997
- Eroğul, Cem:** Anatüzeğe Giriş, 12. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012
- Eroğul, Cem:** *"Altıncı Anayasa Değişikliği"*, Mülkiye, C.: XXV, Sayı: 231
- Eroğul, Cem:** Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli

Hukuk İncelemesi), Ankara, 1974

- Erman, Sahir:** *“Hakaret – Karşılıklı Tahkir – Teşrii Masuniyetin Hukukî Mahiyeti ve Şumulü”, İÜHFM, C. 17, S. 1-2, 1951*
- Erman, Barış:** *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul, 2006 (yayımlanmamış doktora tezi)*
- Evik, Vesile Sonay:** *Suçta İştirakte Yardım Edenin Sorumluluğu, XII Levha Yay., İstanbul, 2011.*
- Farini, Sara / Trinci, Alessandro:** *Compendio di Diritto Penale Parte Speciale, 2. Basım, Dike Giuridica Editore, 2009*
- Feyzioğlu, Metin:** *“Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2005*
- Feyzioğlu, Metin:** *“Yasama Dokunulmazlığı”, AÜHFD, C: 42, S:1, 1992*
- Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo:** *Diritto Penale Parte Generale, 6. Basım, 2009*
- Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo:** *Diritto Penale Parte Speciale, Vol. I, 4. Basım, 2008*
- Fleiner, Thomas / Fleiner, Lidija R. Basta:** *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World, (Terc: Katy Le Roy), Springer, 2009*
- Fletcher, George P.:** *Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, 1998*
- Fromm, Erich:** *Fear of Freedom, Routhledge, 1963*
- Galdenzi, Claudia/ Corvi, Angela:** *Codice Penale Commentato, 2. Basım, C.I, Artt. 1 – 384bis, (Eds. Emilio Dolcini/ Giorgio Marinucci), IPSOA, 2006*
- Gallo, Ettore:** *“Attentato (Delitti di)”, Digesto delle Discipline Penalistiche, C. I, UTET, 1987, s. 340 - 355*

- Gallo, Ettore:** Il Delitto di Attentato nella Teoria Generale del Reato, Giuffre, 1966,
- Gallo, Ettore/Musco, Enzo:** Delitti Contro L'Ordine Costituzionale, Patron Editore, 1984
- Galtiero, Lucio:** *"Personalita Dello Stato – I) Delitti Contro la Personalita Dello Stato"*, Enciclopedia Giuridica, C. XXVI, 1991
- Gamberini, Alessandro:** Diritto Penale Lineamenti di Parte Speciale (Eds. Stefano Canestrari/ Alessandro Gamberini/ Gaetano Insolera/ Nicola Mazzacuva/ Filippo Sgubbi/ Luigi Stortoni/ Francesco Tagliarini), 4. Basım, Moduzzi, 2006
- Gamberini, Alessandro:** *"Personalita Dello Stato (Delitti Contro La)"*, Dizionario di Diritto Pubblico, C. V, Giuffre, 2006, s. 4246 - 4260
- Gellately, Robert:** Backing Hitler – Consent and Coercion in Nazi Germany, Oxford University Press, 2001
- Ginsburg, Tom / Lansberg-Rodriguez, Daniel / Versteeg, Mila:** *"When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions"*, UCLA Law Review, 60, 2013, sh. 1184 – 1260
- Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa:** Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012
- Göktürk, Neslihan:** Fikri İctima (Suçların İctimai), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- Gören, Zafer:** *"Anayasayı İhlâl Suçu ve Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluğu"*, Anayasa ve Sorumluluk (Zafer Gören), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992
- Gözler, Kemal:** Devlet Başkanları – Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001

- Gözler, Kemal:** Anayasa Değişikliği Gerekli mi? – 1982 Anayasası İçin Bir Savunma, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001
- Gözler, Kemal:** Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998
- Gözübüyük, Abdullah Pulat:** Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. II, 5. Basım, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989
- Greenawalt, Kent:** Conflicts of Law and Morality, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1989
- Gül, Cengiz:** İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- Gülşen, Recep:** Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007
- Habermas, Jürgen:** “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, Political Theory, C: 29, No: 6, Aralık, 2001, sh. 766 - 781
- Habermas, Jürgen:** “Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletin Denktaş. Almanta’da Otoriter Legalizm Karşıtlığı”, (Terc: Yakup Coşar), Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, (Derl: Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2001, sh. 119 - 139
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- Harris, Davis/ O’Boyle, Michael/ Bates, Ed/ Buckley, Carla:** Harris O’Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 2. Basım, OUP, 2009
- Has, Volkan:** Anayasayı Değiştirme Süreci, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009
- Heinemann, Winfried** Germany and the Second World War, Vol. IX/I German Wartime Society 1939 – 1945: Politicization, Disintegration, and the Struggle for Survival (Ed.

Jörg Eckternkamp), Clarendon Press, Oxford, 2008

Hurst, Willard: *"Treason in the United States – I. Treason Down to the Constitution"*, Harvard Law Review, Vol. 58, No. 2, 1944

Hurst, Willard: *"Treason in the United States – II. The Constitution"*, Harvard Law Review, Vol. 58, No. 3, 1945

İçel, Kayıhan: Suçların İctimai, İstanbul, 1972

İçel, Kayıhan/Evik, Ali Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007

İçel, Kayıhan/ Donay, Süheyl: Ceza Hukuku Genel Kısım, 4. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005

İçel, Kayıhan/ Erman, Barış: "Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004

İçel, Kayıhan/ Sokullu – Akıncı, Füsün/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih S./ Ünver, Yener: Suç Teorisi, 2. Kitap, 3. Basım, Beta, İstanbul, 2004

Kaboğlu, İbrahim: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 6. Basım, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010

Kangal, Zeynel: Askeri Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010

Kapani, Münci: Politika Bilimine Giriş, 9. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997

Karcıoğlu, N. Kaan: *"Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu (TCK m. 220) ile Korunan Hukukî Menfaat ve Suçun Hukukî Niteliği"*, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, YHFD, C: IX, S: 2, 2012

Karcıoğlu, N. Kaan: *"Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları"*, Suç ve Ceza, TCHD, 2011/1

Kay, Richard: *"Constituent Authority"*, American Journal of Comparative Law, Vol. 59, No. 3, 2011

Kerse, Ahmet:	Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, İstanbul, 1973
Keskinsoy, Ömer:	Yasama Sorumsuzluğu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007
Keyman, Selahattin:	Türk Hukukunda Af, Ankara, 1965
Koca, Mahmut:	Yağma Cürümleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
Koca, Mahmut / Üzülmaz, İlhan:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014
Kunter, Nurullah:	Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989
Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe:	Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006
Kühl, Kristian / Ozansü, Mehmet Cemil:	“Radbruch Formülü”, İÜHFM, C. LXX, S. 1, 2012, 369 – 374
Labriola, Silvano:	“Stato”, Dizionario di Diritto Pubblico, C. VI, Giuffrè, 2006, 5691 - 5700
Leotta, Carmelo:	Codice Penale Commentato (Eds. Mauro Ronco/ Salvatore Ardizzone/ Bartolomeo Romano), 3. Basım, UTET, 2009
Lewy, Guenter:	“Resistance to Tyranny: Treason, Right or Duty?”, The Western Political Quarterly, C: 13 S: 3, 1960, 581 – 596
Lijphart, Arendt:	Çağdaş Demokrasiler (Terc: Ergün Özbudun/ Ersin Onulduran), Yetkin Yayınları, Ankara, t.y.
Luttwak, Edward:	Coup d’Etat A Practical Handbook, Alfred A. Knopf Yayınevi, New York, 1969
Macchia, Alberto:	Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina (Eds. Giorgio Lattanzi/ Ernesto Lupo), C. V,

Giuffre, 2000

Mahmutoğlu, Fatih Selami: *"TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş"*, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara, 2004

Malkoç, İsmail: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002

Mantovani, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, 6. Basım, CEDAM, Padova, 2008

Manzini, Vincenzo: Trattato di Diritto Penale Italiano, C. IV, 5. Basım, UTET, 1981

Manzini, Vincenzo: Trattato di Diritto Penale Italiano, C. IV, Torino, 1949

Marconi, Guglielmo: *"Stato (Delitti Contro la Personalita Internazionale dello)"*, Digesto delle Discipline Penalistiche, XIII, UTET, 1997, s. 603 - 650

Marconi, Guglielmo: *"Stato (Delitti Contro la Personalita Interna dello)"*, Digesto delle Discipline Penalistiche, XIII, UTET, 1997, s. 583 - 603

Marconi, Guglielmo: *"Stato (Delitti Contro la Personalita Interna dello)"*, Digesto delle Discipline Penalistiche, XIII, UTET, 1997, s. 583 - 603

Mousourakis, George: A Legal History of Rome, Routhledge, 2007

Modugno, Franco: *"Costituzione: I"*, Enciclopedia Giuridica, C. XI

Mommsen, Hans: The Rise and Fall of Weimar Democracy (Terc: Elborg Forster/Larry Eugene Jones), University of North Carolina Press, 1989

Morlino, Leonardo: *"Hybrid Regimes or Regimes in Transition?"*, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008

Morreall, John: *"The Justifiability of Violent Civil Disobedience"*, Civil Disobedience in Focus (Ed. Hugo Adam Bedau),

Routhledge, 1991, sh. 130 – 143.

- Mowbray, Alastair:** Cases and Materials on the European Convention on Human Rights 2. Basım , OUP, 2007
- Nuzzo, Francesco:** Codice Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina (Eds. Giorgio Lattanzi/ Ernesto Lupo), C. III, Aggiornamento 2000 - 2004, Giuffre, 2005
- O'Donnell, Guillermo / Schmitter, Phillippe C.:** Transitions From Authoritarian Rule, Johns Hopkins University Press, 1986
- Oktay, Cemil:** Siyaset Bilimi İncelemeleri, 5. Basım, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2010
- Onar, Erdal:** Siyaset Bilimi İncelemeleri, 5. Basım, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2010
- Ökçesiz, Hayrettin:** Sivil İtaatsizlik, Afa Yayınları, İstanbul, 1994
- Önder, Ayhan:** “Mütemadi Suç”, İÜHFM, C. XXIX, S. 1-2, 1963, sh. 75 - 120
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011
- Özbudun, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009
- Özcan, Hüseyin:** Yasama Bağışıklıkları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006
- Özek, Çetin:** “İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar”, İÜHFM, C. LX, S. 1-2, 2002, 135 - 160
- Özek, Çetin:** “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, 1999
- Özek, Çetin:** “Silahlı Çete – Amaç Suç’ İlişkisinde İştirak Sorunları”, AÜSBFD, Prof. Dr. Yılmaz Günel’a Armağan, Cilt:

49, Sayı: 3-4, Haziran – Aralık 1994, 1995, s. 357 - 378

Özek, Çetin: *“Anayasayı İhlal Suçunda ‘Hazırlık Hareketleri – İcra Hareketi’”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1-2, Ocak – Nisan 1990, s. 98-120*

Özek, Çetin: *Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul, 1976*

Özek, Çetin: *Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İstanbul, 1970*

Özek, Çetin: *Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, 1967*

Özek, Çetin: *“Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlandırılabilir mi?”, İÜHFM, C.XXXI, S: 1-4, 1966*

Özek, Çetin: *“Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK. Mad. 168 – 171)”, İÜHFM, C: XXIX, No:3, 1963, s. 458-520*

Özgenç, İzzet: *Suç Örgütleri, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013*

Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Basım, Seçkin, Ankara, 2014*

Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005*

Özgenç, İzzet: *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, 1996*

Öztürk, Bahri: *“Bir Ceza Muhakemesi Olarak Yüce Divan”, AYD, No: 12, 1995*

Packer, Herbert L.: *“Offenses Against the State”, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, No: 339, 1962*

Padovani, Tullio: *Diritto Penale, 9. Basım, Giuffrè Editore, Milano, 2008*

Padovani, Tullio: *“Stato (reati contro la personalita dello)”, Enciclopedia del Diritto, XLIII, 1990, s. 815 – 831*

- Palazzo, Francesco:** Corso di Diritto Penale Parte Generale, 3. Basım, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008
- Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer:** Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010
- Pascarelli, Roberto:** Trattato di Diritto Penale Parte Speciale - I Delitti Contro La Personalita Dello Stato, Vol I (Eds. Alberto Cadoppi/ Stefano Canestrari/ Adelmo Manna/ Michele Papa), UTET Giuridica, 2008
- Paulson, Stanley L.:** *"Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?"*, Oxford Journal of Legal Studies, C. 15, S. 3, 1995, 489 – 500
- Picotti, Lorenzo:** *"The Expanding Forms of Preparation and Participation"*, XVIIIth International Congress of Penal Law (Istanbul, Turkey, September 2009), İstanbul, 2009
- Pisa, Paolo:** Commentario Breve al Codice Penale (Ed. Giuseppe Zuccala), 10. Basım, CEDAM, 2009
- Pulitanò, Domenico:** Diritto Penale, 3. Basım, Giappichelli Editore, Torino, 2009
- Radbruch, Gustav:** *"Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law"*, (Terc: Bonnie Litschewski Paulson/ Stanley L. Paulson) Oxford Journal of Legal Studies, C. 26, S. 1, 2006
- Radbruch, Gustav:** *"Five Minutes of Legal Philosophy"*, (Terc: Bonnie Litschewski Paulson/ Stanley L. Paulson), Oxford Journal of Legal Studies, C. 26, S. 1, 2006, s. 13 – 15
- Rawls, John:** *"Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı"*, (Terc: Yakup Coşar), Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, (Derl: Yakup Coşar), Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2001
- Raz, Joseph:** *"On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries"*, Constitutionalism Philosophical Foundations (Ed. Larry Alexander), Cambridge

University Press, 2001

**Reidy, David A. / Riker,
Walter J.:**

"Introduction", Coercion and the State (Eds.: David A. Reidy/Walter J. Riker), Springer, 2008

Rossi, Paolo:

"Attentato contro la Costituzione dello Stato",
Enciclopedia del Diritto, III, Giuffrè Editore, 1958, s.
976 - 980

Sağlam, Fazıl:

"Anayasa ve Değişmez Kurallar", Prof. Dr. Tunçer
Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi,
Ankara, 2010

Saj , Andr s:

Limiting Government – An Introduction to
Constitutionalism, Central European Press, 1999

Saj , Andr s:

"From Militant Democracy to the Preventive State?",
Cardozo Law Review, Vol. 27, No. 5, 2006

Samaha, Joel:

Criminal Law, 10. Basım, Wadsworth Cengage
Learning, 2011

Sartori, Giovanni:

The Theory of Democracy Revisited, Chatham
House Publishers, New Jersey, 1987

Sartori, Giovanni:

"Constitutionalism: A Preliminary Discussion", The
American Political Science Review, Vol. 56, No. 4,
Dec., 1962

Savaş, Vural/

Mollamahmutoğlu, Sadık:

Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Baskı, Seçkin
Yayınevi, Ankara, 1997

Schwarz, Wolfgang:

"The Right of Resistance", Ethics, Vol: 74, No: 2, Jan.
1964, sh. 126 - 134

Selçuk, Sami:

1999 – 2000 Adli Yıl Açış Konuşması,
http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/99-20.html
(Erişim: 3 Mayıs 2010)

Sevinç, Murat:

"Milletvekili Dokunulmazlıkları", Anayasa Yazıları
(Murat Sevinç), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 208 -

- Sevinç, Murat:** Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, Kırılma Yayınları, Ankara, 2004
- Sevinç, Murat:** “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanlığı”, AÜSBFD, C: 57, S: 2
- Sharp, Gene / Jenkins, Bruce:** The Anti Coup, The Albert Einstein Institution, 2003
- Shirer, William K.:** The Rise and Fall of the Third Reich, Simon & Schuster, 2011
- Soyaslan, Doğan:** “Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması – T.C.K.’nın 146. maddesi”, Anayasa Yargısı, C. 10, 1993
- Soyaslan, Doğan:** Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994
- Soysal, Mümtaz:** 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Basım, Gerçek Kitabevi, İstanbul, 1997
- Sözüer, Adem:** Suça Teşebbüs, Kazancı, İstanbul, 1994
- Stimson, Shannon:** “Constitutionalism and the Rule of Law”, The Oxford Handbook of Political Theory (Eds.: John S. Dryzek/ Bonnie Honig/ Anne Philips), Oxford University Press, 2006
- Sunstein, Cass R.:** Designing Democracies – What Constitutions Do, Oxford University Press, 2001
- Sunstein, Cass R.:** “Constitutions and Democracies: an Epilogue”, Constitutionalism and Democracy (Eds: Jon Elster/ Rune Slagstad), Cambridge University Press, 1993
- Şahin, Ali Oğuz** Başbakan ve Bakanların Görevleriyle İlgili Cezai Sorumlulukları, Palme Yayıncılık, Ankara, 1999
- Şahin, Kemal:** İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, XII Levha, İstanbul, 2009
- Taner, Fahri Gökçen:** Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Seçkin Yayınevi,

Ankara, 2008

Tanör, Bülent: İki Anayasa 1961 – 1982, 3. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994

Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 13. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009

Thiel, Markus: *“Introduction”, The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies* (Ed. Markus Thiel), Ashgate, 2009

Thiel, Markus: *“Germany”, The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies* (Ed. Markus Thiel), Ashgate, 2009

Toroslu, Nevzat: *“Anayasayı İhlâl Suçu”*, ABD, 1985/4, s. 591 - 601

Toroslu, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970

Tozman, Önder: Suça Teşebbüs (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2008

Tunaya, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Basım, İstanbul, 1980

Tunç, Hasan: *“Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”*, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, 2008

Turhan, Mehmet: Anayasal Devlet, 4. Baskı, Naturel Yayınevi, Ankara 2005

Tülen, Hikmet: Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması, Mimoza, Konya, 1999

Tülen, Hikmet: *“Yasama Sorumsuzluğunun Mutlaklığı Üzerine Düşünceler”*, AÜEHFD, C: III, S: 1, 1999

- Uygun, Oktay:** *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri”*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- Ünver, Yener:** *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- Üzülmez, İlhan:** *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007
- Varol, Oktay O.:** *“The Democratic Coup d’Etat”*, Harvard International Law Journal, Vol. 53, sh. 292 – 356
- Warren, Mark E.:** *“Democracy and the State”*, The Oxford Handbook of Political Theory, (Eds. John S. Dryzek/ Bonnie Honig/ Anne Philips), Oxford University Press, 2006
- Wilson, William:** *Central Issues in Criminal Theory*, Hart Publishing, 2002
- Wolff, Richard:** *“Marksizm ve Demokrasi”*, (Çev: Cem Kamözüt), Praksis, Sayı: 10, 2003
- Yanık, Murat:** *Yüce Divan, Der’in Yayınları*, İstanbul, 2008
- Yalçın, Türkân:** *“Yasama Sorumsuzluğu”*, TBBD, 1992/2
- Yarsuvat, Duygun / Bayraktar, Köksal/ Yüzbaşıoğlu, Necmi/ Bülbul, Erdoğan/ Kocasakal, Ümit/ Aksoy, Eylem/ Memiş, Pınar/ Kurt, Gülşah/ Tansuğ, Çağla/ Yılmaz, Didem:** *“Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”*, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara, 2004
- Yaşar, Kenan Evren:** *“Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlâl Suçu”*, CHKD, C: 2, S: 1 – 2, 2014, sh. 129 - 234
- Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç,**

- Mustafa:** Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. VI, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- Yayla, Yıldızhan:** *“Milletvekili Dokunulmazlığı – Bakanların Sorumluluğu – Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu”*, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği, 9 – 13 Ocak 2001, TBB Yayını, Ankara, 2001, sh. 478 – 499
- Yayla, Yıldızhan:** *“1982 Anayasasına Göre Devletin Özü”*, İHİD, Yıl: 4, S: 1-3, 1983, sh. 133 - 149
- Yazıcı, Serap:** Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009
- Yazıcı, Serap:** Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997
- Yeğin, Mehmet:** *“Obama Ne Kadar ‘Sosyalist’: ABD’de Sağlık Reformu Tartışmaları”*, 29 Eylül 2009, <http://www.usakgundem.com/yazar/1249/obama-ne-kadar-“sosyalist”-abd’de-sağlık-reformu-tartışmaları.html> (Erişim: 13 Mart 2012)
- Yılmaz, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 1996
- Yüce, Turhan Tufan:** Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin bu Probleme Tatbiki Denemesi, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1968
- Zaza, Carlo:** Codice Penale (Ed. Tullio Padovani), C.I, 4. Basım, Giuffrè, 2007
- Zimmerman, Augusto:** *“Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil”*, Rule of Law in Comparative Perspective (Eds. Mortimer Sellers(Tadeusz Tomaszewski), Springer, 2010

ÖZGEÇMİŞ

Nevzat Kaan Karcıoğlu 1979 yılında İstanbul'da doğmuştur. 2001 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olan Karcıoğlu, 2002 yılında avukatlık stajını tamamlayarak İstanbul Barosuna kaydolmuş, aynı yıl avukatlık yapmaya başlamıştır. 2004 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Kürsüsüne araştırma görevlisi olarak atanmıştır. N. Kaan Karcıoğlu 2012 yılı başına kadar bu görevini sürdürmüş ve bu süre içerisinde Floransa Üniversitesinde misafir araştırmacı olarak bulunmuştur. Üniversitedeki görevinden ayrıldıktan sonra kariyerini avukat olarak sürdüren Karcıoğlu evli ve bir çocuk babasıdır.