

Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu

*Kenan Evren YAŞAR**

*“Kaba kuvvetle ilişkiye maruz bırakılan her şey alçalır.
Darbeyi indiren de darbeyi yiyen de aynı kirlenmeyi yaşar.”*

Simone Weil

GİRİŞ

Anayasayı ihlal suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Millete ve Devlete Karşı Suçları” düzenleyen dördüncü kısmının “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlığını taşıyan beşinci bölümünde yer alan 309. maddesinde düzenlenmiş olan suçtur.

Bu suç, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya... cebren teşebbüs edenler... cezalandırılır” şeklinde düzenlenen suça karşılık gelen suç tipidir. Eski 146. maddede ve yeni 309. maddede düzenlenen bu suça, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 118. maddesinde; 1930 İtalyan Ceza Kanununun 283. maddesinde; 1810 tarihli Eski Fransız Ceza Kanunu'nun 86 ve 87. maddelerinde¹ ve son olarak da 1994 Fransız Ceza Kanunu'nun 412-1² maddesinde tehlike suçu olarak yer verilmektedir. Yine aynı şekil-

* Arş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

1 1810 tarihli Fransız Ceza Kanuna ait bu maddeler, hükümeti ve tahtın el değiştirme usulünü yıkmaya ve değiştirmeye çalışmayı cezalandırmaktaydı.

2 Fransız Ceza Kanunu Art. 412-1: (1)Cumhuriyetin kurumlarını tehlikeye düşürecek nitelikte bir ya da daha çok şiddet(zor) eylemi işlenmesiyle saldırı(attentat) suçu oluşur.

(2) Saldırı suçu 30 sene ağırlaştırılmış hapis ve 450 bin Avro para cezası ile cezalandırılır.

de İsviçre Federal Ceza Kanununda 275, 275bis, 275ter maddelerinde³ incelediğimiz suçla paralel suç tipi düzenlenmektedir⁴.

Çalışmamızda bu suçun unsurları incelenecek, özellikle de doktrinde ve uygulamada tartışma yaratan hususlar Yargıtay kararlarına, karşılaştırmalı hukukta özellikle Fransız Hukuku'ndaki uygulamalara ve doktrindeki görüşlere yer verilerek irdelenecektir. Çalışmada izleyeceğimiz yöntem ise bütünsel suç inceleme yöntemi değil tahlilci bir suç inceleme yöntemi olacaktır.

I. KANUNİ TANIM VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Genel Olarak

Suç teorisi açısından suçun ne olduğunun, suçtan ne anlaşılması gerektiğinin karşılığı genel olarak ceza kanunlarında yer almaz. Bu kavram karşılığını doktrinde bulur. Suç her şeyden önce bir insan davranışıdır. Bunun yanında suç toplumsal bir olaydır. İnsan davra-

(3) Bu suçun kamu gücünü kullananlar tarafından işlenmesi durumunda, verilecek ceza müebbet hapis cezası ve 750 bin Avro para cezasıdır.

³ Pierre-Philippe JACCARD, *La mise en danger de l'ordre constitutionnel en droit pénal suisse*, Lausanne, 1983, s. 65-75.

⁴ İsviçre Ceza Kanunu Art. 275: Anayasal Düzeni Tehlikeye Sokmak (**Mise en danger de l'ordre constitutionnel**)

Anayasal Düzeni İhlaller (Atteintes a l'ordre constitutionnel):

Her kim (Federal) Anayasasını veya Kanton Anayasalarını kanuna aykırı bir şekilde değiştirmeye veya bozmaya yönelik bir teşebbüste bulunursa beş yıl veya daha fazla bir hapis cezası ile cezalandırılır veya para cezası verilir.

Art. 275^{bis1} *Yıkıcı Propaganda (Propagande subversive)*

Her kim Federal Anayasal düzeni ve bir Kanton'un Anayasal düzenini şiddetle kullanarak devirmeye yönelik propaganda yaparsa, üç yıl veya daha fazla hapis cezası veyahut para cezasına hükmedilir. Art. 275^{ter1} *Yasadışı Gruplar (Groupements illicites)*

Her kim art. 265, 266, 266^{bis}, 271 - 274, 275 ve 275^{bis} de belirtilen ve cezalandırılan suçları (Devlete Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında sayılan; Vatana İhanet, Konfederasyonun Bağımsızlığına Saldırı, İsviçre güvenliğine karşı oluşumlar, Yabancı devlete haksız saldırı, Casusluk, Ekonomik ve Askeri Gizli Servislere karşı suçlar, Anayasal düzeni tehlikeye sokmak, Yıkıcı Propaganda suçları) işlemek amacıyla grup kurar, üye olur veya yönetim kadrosunda olursa; her kim bu grubun kurulmasını provoke ederse bu grup adına suç işlerse üç yıl veya daha fazla hapis cezası ile cezalandırılır veya para cezası verilir.

nışı ve toplumsal bir olay olan suç aynı zamanda ve zorunlu olarak hukuki bir olgudur. Hukukun amacı ise, toplumsal barışı ve güvenliği tesis etmek, bireysel hakları korumak ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların adil bir şekilde çözümlenmesine hizmet eden kurallar koymaktır. Suçu oluşturan davranışların ve hukukun kesiştiği ya da çatıştığı noktada ise, suç teşkil eden bu davranışları ve bunlara uygulanacak yaptırımları belirleyebilmek için ceza hukuku devreye girer. Ceza hukukunun bu belirlemeyi yapmasındaki amaç ise vuku bulan çatışmayı, haksızlığı gidermek suretiyle toplumsal yaşamın temel öğelerini korumaktır. Ceza hukuku tarafından korunan toplumsal yaşamın temel değerlerinden anlaşılması gereken ise bütün değerler olmayıp insan hayatı, vücut dokunulmazlığı, malvarlığı gibi suç politikası çerçevesinde değer atfedilmiş üstün değerlerdir⁵. İşte bu üstün değerler arasında ceza kanunlarında devlet, devletin öngördüğü düzen, ülke, ülke bütünlüğü gibi değerler de koruma altına alınmıştır. Zira toplumun devamlılığını sağlayacak bu üstün değerlere karşı işlenebilecek suçlar, ceza hukukunun korumayı amaç edindiği bireylerin haklarını doğrudan ya da dolaylı olarak toplumsal yaşamın devamlılığı yönündeki iradeyi tahrip etmek suretiyle tehlikeye sokabilecektir. Öyle ki bu tehlikelilik hali aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz gibi ceza koyucu tarafından çok daha vahim görülmüş olduğundan, genel suç teorisine istisna getirilerek bu tür değerlere karşı işlenecek suçlarda sorumluluk alanı çoğu zaman suç yolunda(iter crimines) bir aşama önde oluşturulmakta veya suç yolundaki netice bu suçlar bakımından aranmamaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, genel ilkeden ayrılma ve istisnalar meydana getirme ceza hukukunda tehlikeli kapılar açabilecek bir durumdur. Nitekim ceza hukuku, “uygulama itibarıyla, siyasi rakiplerin meşru ve olağan siyaset yöntemleri dışında etkisiz kılınabilmesi bakımından istismara açık bir bilim disiplindir”⁶.

Kabul edilir ki çağımız hukuk anlayışında, insancıl değerlerin öncelikli olması gerekir. Bu durum özellikle ceza ve ceza muhakeme-

⁵ Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 29.

⁶ İzzet ÖZGENÇ, *Suç Örgütleri*, 6. bs., Ankara Seçkin Yayınları, 2013, s. 211.

si hukuku için elzemdir. Bu sebeple her ne kadar ceza kanunları insan ve insana ait malvarlığı haricinde din, devlet, aile, toplum, millet gibi toplumsal değerler açısından düzenlemelerle bu değerleri koruma iradesini ortaya koysa da, hümanist ceza hukuku anlamında bu değerlerin korunmasındaki temel amaç yine insan olmalıdır. Gerçekten de, günümüz ceza hukukunun görevi, kişi hak ve özgürlüklerini güvenceye almak suretiyle vatandaşların özgürlük ve barış içinde birlikte yaşamalarını sağlamaktır. Bu görevi “hukuki değerlerin korunması” olarak da belirtebiliriz. Ancak ceza hukukunun koruma görevine, hümanist ceza hukuku anlayışından dolayı diğer hukuk dallarının yetersiz kaldığı durumlarda, son çare olarak (*ultima ratio*) başvurulması gerekir⁷.

Özelikle inceleme konumuz olan Anayasayı İhlal suçunu kapsamına alan devlete (*devletin şahsiyetine*) karşı suçların hukuki konusuna verilen önem dikkate alındığında ceza hukukunun genel kurallarına istisna getiren suç tipleri ve uygulama koşulları, kişi haklarının sınırlandırılması, ceza sorumluluğunun demokratik kurullarla çelişmesi tehlikesine yol açabilmektedir⁸. Nitekim mülga ceza kanunu döneminde 146. maddenin diğer benzer maddeler gibi istisnai durumu kural haline getiren yorumlama ve uygulama yöntemleriyle bu karanlık, tehlikeli dehlizlere kapıların Türk siyasi hayatında çokça açılmış olduğu hafızalarda halen tazedir⁹. Bu nedenlerle “*ultima ratio*” yani ceza kanunlarının son çare olarak uygulanması gerektiği ilkesi korunan hukuki değer ve suçun konusu tartışmalı olabilecek incele-

⁷ Adem SÖZÜER, **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2013, s.9.

⁸ Çetin ÖZEK, “**Silahlı Çete – Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunu**”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 49, Sayı 3, Ankara, 1994, s. 357.

⁹ «..Gerçekten Türk Anayasasını, tebdil, tağyir ve ilga etmek, hadisemizdeki hal bakımından ister yukarıdan ister aşağıdan gelsin, bazı fiil ve tasarruflarla, mevcut anayasanın fiilen tatbik edilmez hale getirilmesi, onun ana prensiplerinin kısmen ve tamamen fiili surette ortadan kaldırılması, kısaca hukuki rejim yayında ona ana çizgileri ve karakteri bakımından zıt bir fiili rejimin yaratılmasıdır. Demek oluyor ki, sistemli ve kasıtlı olarak Anayasadaki prensiplerin fiilen ortadan kaldırılması yani fiilen Anayasa dışı bir rejim yaratılması bahis konusu ise, bu takdirde 146 inci maddedeki suç işlenmiş demektir...» (Yüksek Adalet Divanı Kararları, Yassıada 1960 1961, s: 19)

diğimiz *anayasayı ihlal* suçu gibi siyasal suç olarak kategorize edilen suçlarda daha fazla önem taşımaktadır.

Anayasayı İhlal suçunun unsurlarını incelemeden önce, bu kısımdaki genel açıklamalarımızda, “Devlet” ve “Anayasa” kavramlarına da açıklık getirmek gerekir. Zira söz konusu suç incelenirken bu terimden neyi anladığımızı ortaya koymak suçun tahlil edilebilmesi açısından önemlidir. Devlet, uzun yıllardan bu yana insanların organizasyon ihtiyacından doğmuş toplumsal bir olgudur. Bu olgu çeşitli şekillerde tanımlanabilir. Klasik Fransız kamu hukuku doktrinin genellikle benimsediği açıklama “*devlet, hukukun kişilik kazanmış halidir*”. Diğer bir tanım da Hans Kelsen devleti “*etkili olarak yürürlükte bulunan hukuki normlar sistemi*” olarak tanımlar¹⁰. Hukuk açısından yapılan bu tanımların yanı sıra devletin kurucu unsurlarından hareketle devleti açıklayanlar da mevcut. Buna göre devlet; ülke, insan topluluğu üç ana unsurundan meydana gelir¹¹. Devletin bu tanımı ve unsurları anayasada somutluk kazanır ve siyasi iktidarın himayesinde işler hale gelir. Cümlelerin tersinden Anayasa ve anayasal düzen o devletin şeklini, unsurlarını, devletin temel kuruluşunu belirleyen ve devlete işlerlik kazandıran siyasi iktidarın belirlenmiş şeklini içeren üst bir metin ve bu metnin ön gördüğü düzenidir. Bu üstün metin de meşruiyetini, insan doğasına uygun olmasından alır. Zira hukuk düzenlerinin meşruiyeti, insanın ‘sosyal doğası’, insana özgü özellikleri, ‘nesnelerin doğası’ kavram ve olguları içerisinde aranmalıdır¹². Bu sebeple az sonra irdeleyeceğimiz anayasayı ihlal suçu, genelde devlete karşı işlenen suçlar olarak kanunlarda kendisine yer bulmaktadır. Anayasanın ve anayasal düzenin bu teorik geri planıyla beraber aslında bu suçun işlenmesinden birinci derecede mağdur olacak, zarar görecektir kişi bu çerçevede, anayasanın öngördüğü toplumsal dayanışması ihlal edilen, bu düzenin öngördüğü haklarına tecavüz edilen herkeştir. Söz konusu bu düzenleme şu şekildedir:

¹⁰ Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, (çev. Cemal Bâli Akal), in: Cemal Bâli Akal (der.), Devlet Kuramı, Ankara, Dost Kitabevi, 2011, s.425

¹¹ Munci KAPANİ, *Politika Bilimine Giriş*, 14. Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2002, s. 35.

¹² Nicos POULANTZAS, *Nature des choses et Droit*, LGDJ, Paris 1965.

“Anayasayı ihlal

Madde 309- (1) *Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

(2) *Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.*

(3) *Bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”¹³*

¹³ **TCK m. 309 gerekçesi:** *“Anayasanın Başlangıç Kısmında aynen “Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiç bir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı; Hiç bir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;” şeklindeki ifade ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmaktadır. Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu madde ile korunmak istenen hukukî yarar, Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir. Madde ile korunmak istenen hukukî yararın niteliği dikkate alınarak, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen” ibaresi kullanılmış, böylece korunmak istenen hukukî yarara açıklık getirilmiştir. Maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için, cebir veya tehdit kullanarak Anayasal düzenin değiştirilmesine teşebbüs edilmesi gerekir. Bu nedenle, cebir ve tehdit bu suçun unsurunu oluşturmaktadır. Cebir ve tehdit kavramlarının hukukî anlam ve içeriği, bilinen bir husustur. Bu nedenle, Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir veya tehdit kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin kaynağını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanununun 118 inci maddesi, 146 ncı maddede olduğu gibi, cebir (“Violentemente”) unsurunu taşımaktaydı. Ancak, 1930 faşist İtalyan Ceza Kanununun aynı konuyu düzenleyen 283 üncü maddesinde, suç tanımından cebir unsuru çıkarılmıştı. Faşizmin etkisiyle kaleme alınan bu 283 üncü madde, bilahare 11.11.1947 tarihinde yeniden değiştirilerek; suç tanımında tekrar cebir unsuruna yer verilmiştir. Maddede, maddî unsur olarak “teşebbüs edenler” ibaresi kullanılmış olduğundan, Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen üzerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edilmesi, cezalandırma için yeterlidir. Suç hem idare edenler hem de idare edilenler tarafından işlenebileceğinden teşebbüste aranılacak elverişlilik, suçun işleniş biçimi ve özellikle suçun bir tehlike suçu olduğu dikkate alınarak, kullanılan cebir veya tehdidin neticeyi elde etmeye elverişli olup olmadığının hâkim tarafından takdir edilmesi gerekir.”*

Anayasayı ihlal suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 146. maddesinde düzenlenmekteydi. Hüküm şu şekildeydi: *“Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olur. 65 inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı mahallerde nutuk irat veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur. (Ek fıkra: 06/07/1960 - 15/1 md.) Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden on beş sene kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur.”* Görüldüğü 5237 sayılı TCK. 765 sayılı TCK.'dan farklı olarak tek bir maddede birden fazla suçu düzenlemek yerine, yasama organına karşı ve hükümete karşı suçları Anayasayı ihlal suçundan ayırarak ayrı maddelerde düzenlemiştir.

Fransız Ceza Kanunu m.412-1'de düzenlenen attentat-saldır-suikast suçu için şu hükümler mevcuttur: (1)Cumhuriyetin kurumlarını tehlikeye düşürecek nitelikte bir ya da daha çok şiddet(zor) eylemi işlenmesiyle saldırı/suikast(attentat) suçu oluşur. (2) Saldırı suçu 30 sene ağırlaştırılmış hapis ve 450 bin Avro para cezası ile cezalandırılır. (3) Bu suçun kamu gücünü kullananlar tarafından işlenmesi durumunda, verilecek ceza müebbet hapis cezası ve 750 bin Avro para cezasıdır¹⁴.

B. Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer Anayasayı ihlal suçunun tartışmalı unsurudur. Özellikle 765 s. TCK. m. 146'nın suçu ifade ediş tarzı sebebiyle suçun koruduğu hukuki değer açısından farklı yorumlar yapılmaktaydı. 5237 s. TCK. m. 309'da düzenlediği yeni şekliyle, *Anayasayı ihlal* suçu ile korunan hukuki değer, *“Millet iradesine dayanan demokratik rejim”* şeklinde madde gerekçesinde belirtilmek-

¹⁴ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006418367&dateTexte=&categorieLien=cid>

tedir. Zira Kanunun lafzında "...Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni..." demek suretiyle suçla korunan hukuki değer belirtilmiştir. "Anayasanın öngördüğü düzen" deyişinden anlamamız gereken ise yine Anayasa'da karşılığını bulmaktadır. Anayasanın "Başlangıç" kısmında "Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait" demek suretiyle Anayasanın öngördüğü düzen vurgulanmıştır¹⁵. Yine aynı şekilde TCK. m. 311'in gerekçesinde¹⁶ m.309'a gönderme yapılarak "Anayasayı ihlal suçu, Anayasa düzenine hâkim olan ilke ve sistemleri koruma amacını güder..." denilmek suretiyle suç ile korunan hukuki değer belirtilmektedir¹⁷.

Nitekim 765 s. TCK. döneminde Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği kararlarında suçla korunan hukuki değer hususunda anayasal düzeni şu şekilde belirtmiştir:

"TCK. 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 siyasi iktidar düzenini oluşturmaktadır."¹⁸

¹⁵ ÖZGENÇ, s. 212.

¹⁶ **TCK m. 311 Gerekçesi:** "Anayasayı ihlâl suçu, Anayasa düzenine hâkim olan ilke ve sistemleri koruma amacını güderken; bu madde, Türkiye Cumhuriyeti Devletin egemenlik unsurunun oluşturduğu üç güçten birini ve ya-sama gücünü oluşturan Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Anayasa kurallarına uygun bir biçimde görevlerini yerine getirebilmesi yeteneğini korumaktadır."

¹⁷ **TCK m. 309 Gerekçesi:** "Anayasanın Başlangıç Kısmında aynen "Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılman hiç bir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk dışına çıkamayacağı; Hiç bir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;" şeklindeki ifade ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmaktadır."

"Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu madde ile korunmak istenen hukukî yarar, Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir. Madde ile korunmak istenen hukukî yararın niteliği dik-kate alınarak, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen" ibaresi kullanılmış, böylece korunmak istenen hukukî yarara açıklık getirilmiştir."

¹⁸ **CGK. 23.11.1999, 9-274/284; CGK. 7.7.1998, 9-187/272; Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, YCGK Kararları, 2001, s. 230-234.**

Netice olarak bu suç ile korunan hukuki değer, siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan ilkeleri içeren kuralların bütünü, yani Anayasal düzendir. Korunan bu hukuki değerden bu suçun anayasal düzenin değişmez olarak kabul ettiği sonucu çıkarılmamalıdır. Yeni ihtiyaçların gerektirdiği reformların gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak bu suç sadece değişikliğin Millet iradesine sınırlama getirilerek, Millet iradesi yok sayılarak cebren gerçekleştirilmesi suretiyle anayasanın öngördüğü düzenin ihlali teşebbüslerini önlemektedir.

Anayasayı ihlal suçu ile korunan hukuki değer ile TCK. 311. maddede düzenlenen *Yasama organına karşı suç* ile korunan hukuki değer benzer olduğundan bahsedilebilir. Bu benzerlikten dolayı Anayasa ve anayasal düzen, devletin temel kuruluşunu, devletin ülke bütünlüğünü, devletin şeklini ve temel değerleri ile hükümet düzenini kapsamaktadır. Dolayısıyla anayasal düzeni koruma altına alan TCK. m. 309, devletin toprak bütünlüğünü, devletin şeklini, Yasama ve Yürütmeyi ve bunlara karşı işlenen filleri de kapsadığı düşünülebilir. Bu nedenle doktrinde yasa koyucunun anayasal düzeni tek bir madde ile koruma altına almak yerine, birbirine benzer ve ancak farklı farklı maddelerle düzenleme yoluna gitmesinin sorun teşkil edebileceğini belirtenler de bulunmaktadır¹⁹. Nitekim karşılaştırmalı olarak bakıldığında; mülga 765 s. TCK.'da ve mehzazını teşkil eden 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nda ve yine 1810 Eski Fransız Ceza Kanununun 86. maddesi 1960 tarihinde değiştirilerek²⁰ anayasal rejim (régime constitutionnel) aleyhindeki fiiller de hükümete karşı suç kapsamında değerlendirilmiş, 1994 değişikliği ile beraber Fransız Ceza Kanunu'nda Ulusa, Devlet ve Halkın barışına karşı işlenen suçlar başlığı altında yer alan 410-1'de ulusun temel çıkarlarını ihlal denilerek ulusun temel çıkarlarından ne anlaşılması gerektiği bu maddede sıra-

¹⁹ **765 s. TCK m. 146'da** "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun tamamını veya bir kısmını tağyir, tebdil ve ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisi'ni iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs etmek..." Görüldüğü gibi, TCK 146. maddesinin bu fıkrasında iki ayrı suç bir arada belirtilmektedir. Bunlardan birincisi Anayasa'nın tamamını veya bir kısmını tebdil, tağyir ve ilgadır. İkincisi ise, Teşkilatı Esasiye Kanunu ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisi'ni iskat veya vazifesini yapmaktan men etmektir.

²⁰ VITU Merle, **Réforme des dispositions législatives concernant la sûreté de l'État**, JCP 1960. I. 1578

lanmıştır²¹. Buna göre ulusun bağımsızlığı, toprak bütünlüğü, güvenliği, kurumlarının cumhuriyetçi şekli, savunma ve diplomasi yöntemleri, Fransa içersinde ve yabancı ülkede Fransız nüfusunun korunması, doğal ortamı ve çevre dengesi ile bilimsel ekonomik potansiyeli ve kültürel mirası, ulusun çıkarları olarak sayılmıştır²². Devam eden maddelerde Kanun bu başlık altında saldırı suçunu (m. 412-1), komplo-suç için anlaşma suçunu (m. 412-2), silahlı isyan suçunu (m. 412-3) düzenlemiştir. Düzenlenen bu her bir suçta suçun korunan hukuki değeri m. 410-1'de genel olarak açıklanan “ulusun temel çıkarları” olsa da, ayrıca her suç tipinde suçun konusu ayrıca belirtilmiştir²³.

Görüldüğü gibi 765 s. TCK. m. 146'da tek madde altında düzenlenen suçlarda, korunan hukuki değer müşterek olmakla beraber bu suçların konuları birbirinden farklıdır²⁴. Bu durum TCK. m. 311'in gerekçesinde de açıkça belirtilmektedir²⁵. Örneğin, anayasa düzenini ortadan kaldırma veya bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacı olmadan meclis üyelerinden birinin vazifesini görmekten menedilmesi anayasayı ihlal suçunu meydana getirmez, aynı şekilde TCK. m.311'de korunan hukuki değer alanına da bu kısmi ve geçici menetme fiili girmez. Ancak eğer bu hal meclisin görevini serbestçe icra etmesine uzunca bir müddet mani olursa bu durumda Yasama Organına karşı işlenmiş bir suçtan bahsedilebilir.

²¹ GIUDICELLI-DELAGE, *Livre IV. Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique*, Rev. sc. crim. 1993.493

²² Burada hemen belirlemek gerekir ki, 2007 yılında Fransa Anayasasında yapılan değişikliklerle beraber vatana ihanet(haute-trahison) sebebiyle Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu ifadesi Anayasanın 68. Maddesinden çıkarılarak, Cumhurbaşkanı'nın “sorumluluğu görevini sürdürmesiyle açıkça bağdaşmayacak şekilde görevlerini ihlal etmesi haricinde hiçbir gerekçeyle görev süresi içinde görevden alınmaz” şeklindeki ifadeyle sorumluluk alanı genişletilmiştir. (**Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 portant modification du titre IX de la Constitution**)

²³ André COLLET, **Complot**, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2001, p. 4.

²⁴ ÖZGENÇ, s. 228.

²⁵ **TCK m. 311 Gerekçesi:** “Anayasa düzenini ortadan kaldırma veya bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacını gerçekleştirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisine yönelen saldırılar, Anayasayı ihlâl suçunu oluşturur. Bu madde kapsamında tanımlanan suç, bu amaçlar dışında Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasaya uygun bir şekilde görevlerini yerine getirmesini engelleme hâllerinde oluşacaktır.”

Bu suretle anayasal bir kurum olan Türkiye Büyük Millet Meclisine yönelen saldırıların, anayasa düzenini ortadan kaldırma veya bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacını taşımadığı sürece TCK. m. 309'un koruma alanı içerisine girmeyecektir. Bu halde bu tarz saldırılar TCK. m. 311'de düzenlenen suçun hukuken koruma alanına girer.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Suçun Konusu

Suçun konusu ile ilgili esas tartışmalar aslında 765 s. TCK. döneminde yürürlükte olan 146. madde için daha yoğunlukta idi. Zira yürürlükteki bu maddede yukarıda da ifade edildiği gibi, "Teşkilatı Esasiye Kanunu" kullanıldığı için bu suçun daraldığını savunanlar olduğu gibi, Fransa, İtalya ve Almanya'daki eğilime binaen bu suçta dar anlamda Anayasanın değil geniş anlamda anayasal düzenin ve onun koruduğu ilkelerin anlaşılması gerektiğini düşünenler de mevcuttur²⁶. 5237 s. TCK. m. 309.'deki düzenlemeyle "...anayasanın öngördüğü düzen" denilmek suretiyle suçun konusunun sadece Anayasa metni olmadığını, yukarıda unsurlarına değindiğimiz geniş anlamda Anayasanın öngördüğü düzen²⁷ ve bu düzenin benimsediği ilkeler olduğu kabul edilmiştir²⁸.

²⁶ Silvia TELLENBACH, **Devlete Karşı İşlenen Suçlar**, in: İstanbul Goethe Enstitüsü, Heinrich Böll Vakfı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, University of Kansas School of Law, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu), 20-23 Ekim 1999, İstanbul, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001., s. 644.

²⁷ Mülga 765 s. TCK'nın "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir veya tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenleri" cezalandıran 146. Maddesi, anayasal düzeni ve bu düzene hâkim olan ideolojik prensipleri korumak amacını taşımaktadır." **Askeri Yargıtay Daireler Kurulu**, 10.03.1983, 65/63 (Savaş/Mollamahmutoğlu II, s. 1518/1519. Aynı mealde **Askeri Yargıtay 1. D**, 27.6.1984, 294/325 aynı eser s. 1522 vd.).

²⁸ Çetin ÖZEK, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler**, İstanbul, 1967, s. 113.

İsviçre Federal Konseyi 20 Haziran 1949 tarihinde getirdiği bir yorumla, İsviçre Ceza Kanununun m. 275 ve devamında düzenlenen anayasal düzene karşı işlenen suçların; *İsviçre'nin siyasi kurumlarını, liberal ve demokratik rejimini* ve aynı zamanda *kurumların normal şekilde çalışmasını* sağlayan ve düzenleyen anayasal düzenin korunmasını gaye edindiğinin altını çizmiştir²⁹. Bu yoruma rağmen İsviçre doktrininde “*anayasal düzen*” kavramından ne anlaşılması gerektiği genellikle tarihsel somut yorumla ortaya konulmaya çalışılmıştır. Stratenwerth ve Rutz’a göre anayasal düzenden tarihsel somut yorumla çıkarılacak ilkelerinde yanında bu düzen demokratik liberal prensipleri de kapsamaktadır. İkilinin bu düşüncesi Alman Ceza doktrininin yaklaşımıyla örtüşmektedir³⁰. Buna göre; insan haklarına saygı; parlamento içi veya parlamento dışı muhalefet etme hakkı; kuvvetler ayrılığı; kanunilik prensibi; özgür, düzenli ve gizli bir şekilde temsilcileri seçme hakkı, hükümetin(yürütmenin) parlamentoya karşı sorumluluğu prensipleri “*anayasal düzen*” kavramından ne anlamamız gerektiğine ışık tutacak prensiplerdir.

Hemen belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanunu’nun 92. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiş bulunan Anayasal temel ilkeler korunan hukuki değer açısından anayasal düzenden ne anlaşılacağını kazuistik bir yöntemle tanımlar başlığı altında belirtilmiştir³¹. Yine

²⁹ Feuille Fédérale 1949 I, p. 1247.

³⁰ Revue penal suisse(RPS), 86, 1970, p. 371; in: JACCARD, s. 65-75.

³¹ **Madde 92 - Tanımlar.** (1) Bu kanun anlamında, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin mevcudiyetine zarar vermek kavramından, onun yabancı devletlere karşı olan bağımsızlığını ortadan kaldırmak, devletin bütünlüğünü bozmak veya Federal Devlete ait olan bir toprak parçasını ayırmak, anlaşılır.

(2) Bu kanun anlamındaki anayasal temel ilkeler, şunlardır:

1. halkın, seçim ile ve oy kullanarak ve yasama, yürütme ve yargının özel organları eliyle devlet kudretini kullanma hakkı ve milletvekillerini genel, doğrudan doğruya, serbestçe, eşitlik esasları uygulanarak ve gizli oy ile seçme hakkı,
2. yasamanın anayasal düzene bağlılığı ve yürütme ile yargının kanuna ve hukuksal bağlılığı,
3. mecliste muhalefet teşkil etme ve muhalefet yapma hakkı,
4. hükümetin görevine son verilebilmesi ve hükümetin meclise karşı sorumluluğu,
5. mahkemelerin bağımsızlığı ve
6. her türlü istibdat rejiminin [cebir ve keyfiliğe dayanan bir iktidarın] engellenmesi.

aynı maddenin 3. fıkrasında ise kanunun 83. maddesinde suç olarak düzenlenen “bölücü veya anayasal nizamı zorla ortadan kaldırmaya yönelik bir girişimin hazırlanması” (*Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens*) suçundaki « Anayasal temel ilkelere karşı girişimlerden », girişimcilerinin 92. maddenin 2. fıkrasında belirtilmiş bulunan *anayasal bir temel ilkeyi* ortadan kaldırmak, yürürlük dışı bırakmak veya onun uygulanmasını sarsmaya yönelik yaptıkları çalışmalar ve girişimler anlaşılır demek suretiyle suçun maddi unsuru açısından da açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Nitekim Yargıtay da verdiği bir kararda suçun konusunu şu şekilde belirlemiştir: “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 temel kuruluş prensiplerini teşkil ediyorsa, 146. maddenin koruduğu hukuki konu içerisinde mütalaa edilmek gerekir. Zira devlet, yalnızca toprak ve halk öğelerinden oluşan bir organizasyon değil, tarihi bir gelişim sonunda; gerçekleşen ideal bir birliktir. Bu iktidarın hukuken şekillenmesi, biçimlenmesi sonucu ortaya çıkan siyasi statüler, devletin Anayasal düzeni kapsamına dâhildir.”³²

(3) Bu kanun anlamında,

1. Almanya Federal Cumhuriyetinin mevcudiyetine karşı girişimlerden*, girişimcilerinin Almanya Federal Cumhuriyetinin mevcudiyetine zarar vermeye yönelik çalışmalar yaptıkları, girişimler (fıkra 1),

2. Almanya Federal Cumhuriyetinin güvenliğine karşı girişimlerden*, girişimcilerinin Almanya Federal Cumhuriyetinin dış veya iç güvenliğini tehlikeye düşürmeye yönelik çalışmalar yaptıkları, girişimler,

3. Anayasal temel ilkelere karşı girişimlerden*, girişimcilerinin anayasal bir temel ilkeyi (fıkra 2) ortadan kaldırmak, yürürlük dışı bırakmak veya onun uygulanmasını sarsmaya yönelik çalışmalar yaptıkları, girişimler anlaşılır. (Yenisey, Feridun; Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.153-155.)

³² T.C.YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ E. 1996/688K. 1996/4716 T. 30.9.1996. Meşşe içtihat Programı.

Ceza hukuku anlamında esas tartışma “konusuz suç olmaz” ilkesinden hareketle konunun incelediğimiz suç tiplerinde olduğu gibi soyut olduğu ve mağdurla karıştırılabilecek durumda olmasıdır. Kanımızca toplumsal değişime cevap verebildikçe ve çağdaş sesleri içinde barındırdıkça toplumun tamamına ulaşabileceği muhakkak olan günümüz anayasa düzenlemeleri çerçevesinde baktığımızda, bu suçun konusunu yaşayan ve toplumun huzuru için mevcut olan devletin meşru Anayasal düzeni olarak belirlemek mümkün olabilecektir. Fransa, Almanya gibi bazı kanunlar bu ilkelerini ceza kanunlarına da aktarıp suçun konusunu madde hükmünde gösterirken, bizim Kanunumuzda ve İsviçre Ceza Kanunu’nda olduğu gibi bazı kanunlar ise “anayasal düzen” ifadesini kullanmakta yetinmektedir.

2. Fiil

Modern ceza hukuku suç işleme kastı olan bir insanın, işlemeyi kastettiği bu suç için hazırlık yapmasını, onun cezalandırma alanına çekilmesi için yeterli olmayacağını belirlemektedir. Bu sorumluluk için kişinin en azından ayrıca ve özellikle suçun tanımında belirtilen fiilleri gerektiren bazı hareketleri işlemeye “yakın” bir şekilde başlamış olduğu “objektif” olarak ortaya konulması gerekliliğini aramaktadır. İşte bu yakınlığı objektif olarak kurabileceğimiz yegâne unsur da icra hareketleridir. Yani kişinin kastettiği suçu işlemeye yönelik gerçekleştirdiği ve ex-ante olarak tespit edebildiğimiz hareketleridir. Ancak ağır suçların işlenmesinden sonra cezalandırmanın maliyeti ile bu ağır suçların işlenmesini önlemek için bazı cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinin kanunilik ilkesine uyarak cezalandırılabilir kılınması (özellikle devlete ve kamu barışına karşı işlenen suçlar için değerlendirildiğinde) maliyeti karşılaştırıldığında kanun koyucuların suç politikası olarak, incelediğimiz suçta olduğu gibi, suçun oluşması için teşebbüsü yeterli görmesi ve hatta cezalandırılmayan hazırlık hareketlerini (TCK. m. 314-suç için anlaşma), dahi suç haline getirmeyi tercih ettikleri tespit edilebilmektedir. Burada yaptığımız açıklamalar incelememizin teşebbüs bahsi için de geçerli olmakla beraber bu aşamada fiil unsurunu irdelemek gerekecektir.

Tüm bu sebeplerle *Anayasayı ihlal suçunun* maddi unsurlarından olan fiil unsurunu belirlemek belki de çalışma konumuzun en önemli

meselesidir. Zira bir kişinin ceza sorumluluğunun ortaya konulabilmesi için ihtiyaç duyulan minimum davranışın belirlenmesi zorunludur. Başka bir anlatımla bu belirleme çalışmamız bakımından ceza sorumluluğunun sınırını tespit edecektir.

Türk Ceza Kanununun 309. maddesi ile kanun koyucu, “cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs” fiilini cezalandırmaktadır.

765 sayılı TCK. m. 146’nın metninden ise “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını taşıyıcı, tebdil veya ilgaya... *cebren* teşebbüs etme” suçun fiili olarak belirtilmiştir³³.

Suçun oluşabilmesi için, her şeyden önce her iki düzenlemede de görüleceği gibi fiilin bir cebir özelliği taşıması gerekecektir. İtalyan Mevaz Ceza Kanunu’nda “*violente*” yani *cebren*, Fransız Ceza Kanunu’nda “*actes de violence*” yani tehlikeye sokacak nitelikte *zor eylemleri* ifadeleri kullanılarak suçun cebir olmadan gerçekleştirilemeyeceği belirtilmektedir. Yeni TCK. tasarısı Meclis’e geldiğinde bu madde “cebir veya tehdit” şeklinde düzenlenmiş iken, Mecliste verilen önerge³⁴ ile bu ibare “cebir ve şiddet” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikle “cebir” ifadesinin yanına “şiddet” ifadesi eklenerek zanetmekteyiz ki sadece anlam kuvvetlendirilmeye çalışılmamıştır. Kanun koyucunun abesle iştilal etmeyeceği inancından yola çıkarak değişiklikle cebrin yanında şiddet ifadesini kullanarak cebrin içerisinde değerlendirilebilecek manevi cebir yani tehdit yoluyla da bu suçun işlenip işlenemeyeceği tereddütlerini gidermek istediği düşünülebilecektir. Belirtmek gerekir ki, burada “ve” ibaresi kullanıldığı için fiilde “cebir” ve “şiddet”in bir arada bulunması zorunlu olduğu için manevi cebrin bu suçun fiilini oluşturamayacağını düşünenler var ise de katıldığımız görüş olan Özgenc’e göre bu “ve”, “veya” arasındaki

³³ Faruk EREM-Nevzat TOROSLU, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003, s. 64.

³⁴ **Önerge 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 acıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görülmüştür.”

seçim bu çerçevede bir anlam ifade etmemektedir. Zira icra hareketlerine en azından başlama, yani cebri hareketlere bilfiil teşebbüs edilmiş olması, suçun oluşumu için gerekli ve yeterli olacağından manevi cebir bu suçun fiili olarak değerlendirilemeyecektir³⁵. 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 için yeterli sayılabilecekti. Ancak mevcut düzenlememiz açısından bakıldığında yinelemek gerekir ki “cebir ve şiddet” ifadesi kullanıldığı için tehdidin bu şartlar altında bu suçun fiiline vücut veremeyeceği kanaatindeyiz.

Kanunun bu lafzından hareketle Yargıtay yakın tarihli bir kararında cebir ve şiddetin aynı anda bulunması gerektiği sonucuna varmıştır. Gerçekten Yargıtay “**cebir ve şiddet**” ibaresini içeren TCK. m. 309 kararlarında *Anayasayı ihlal* suçunun oluşabilmesi için “cebir ve şiddetin” birlikte kullanılması gerektiğini ifade etmektedir³⁶.

Terörle Mücadele Kanunu açısından baktığımızda da suçun unsuru olarak cebir ve şiddetin aranması şartı aynı şekilde kanun değişikliğiyle düzenlenmiştir. Gerçekten, terör örgütünün tanımı ile bu kanunda yazılı suçların unsurlarına “**cebir ve şiddet**” unsuru eklenmiştir³⁷. Yapılan bu değişiklikler de Yargıtay Kararlarına yansımıştır³⁸.

³⁵ ÖZGENÇ, s. 216.

³⁶ Yargıtay 9. Ceza Dairesi 25.01.2010, E. 2009/11024 K. 2010/855, Meşe İçtihat Programı:“(…) Suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nın 146/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 309/1. Maddesinde tanımlanan Anayasayı ihlal suçunun oluşabilmesi için fail tarafından cebir ve şiddet kullanılması gerekir.(…)”

³⁷ Terörle Mücadele Kanunu’nda 29.6.2006 tarihinde 5532 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte, TMK’ ya tabi olan terör örgütlerinin de silahlı olması şartı getirilmiştir.

³⁸ F.Gülen hakkında Ankara 11.Ağır Ceza Mahkemesi’nin E.2000/124, K.2003/20 kararının 5.5.2006 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından onanan kararında;“(…)F.Gülen ve ilişkilendirildiği gerçek ve tüzel kişiler hakkında bir bilgi ve suç kaydı bulunmadığı; cebir ve şiddet kullanarak korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birisine giriştikleri veya suç teşkil eden eylemler işledikleri tespit edilemediği,(…)Değişiklik öncesinde belirtilen amaçlara ulaşmak için yapılan faaliyetin suç olabilmesi bakımından yasada belirtilen baskı ve cebir yöntemlerinden birinin benimsenmesi, kullanılması ve bu yönde faaliyette bulunularak girişilecek her türlü eylem terör suçu olarak tanımlanmıştır. Değişiklikten sonra sayılan

Doktrinde cebirin bu suçun maddi unsuru olmadığını belirten düşünceye göre; suçun oluşumu için failin hukuka aykırı usullerle veya cebre matuf bir iradesinin mevcudiyetini yeterli saymaktadır. Yine bu görüşe göre cebir faildeki kusurlu iradede de mevcut bulunabilir. Yani Anayasa iradesine aykırı, netice olarak, hukuka aykırı bulunan her türlü vasıta ve usul cebir unsuruna dâhil edilebilmektedir³⁹. Bu görüşü benimseyen kanunlar da mevcuttur. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi İsviçre Ceza Kanunu m.275 “*manière illicite*” yani “*kanuna aykırı şekilde*” demek suretiyle cebir ifadesine yer vermektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanundaki bu “*kanuna aykırı şekilde*” ifadesi doktrinde ve mahkeme kararlarında yine de cebir içeren hareketler şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁰. Kanaatimizce cebir ve şiddet bu suçun maddi unsurudur.

Cebir ve/veya şiddetin suçun unsuru olup olmadığı tartışmasının yanı sıra az önce belirttiğimiz gibi cebirin niteliği yönünde de doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir grup düşünürce göre cebir maddi olmak zorunda değildir, tehdit içeren manevi cebir de olabilirken⁴¹, katıldığımız diğer düşünürlere göre cebir sadece maddi cebir şeklinde meydana geldiği takdirde bu suçun oluşması için dikkate alınır⁴². Cebir kavramı-

yöntemleri benimsemenin ötesinde bu yöntemlerin cebir ve şiddet kullanarak uygulanması, cebir ve şiddet kullanılarak suç teşkil eden eylemlerde bulunulması terör suçu olarak tarif edilmiştir. Değişik maddenin ayrıca farkı, cebir ve şiddet kullanmada önceki yasadan farklı olarak her türlü eylem yerine suç teşkil eden eylemlerde bulunmayı suçun unsuru olarak düzenlemesidir. Değişiklikten önce aynı amaç etrafında birleşmek yeterli görülürken, değişiklikten sonra aynı amaç etrafında birleşme yeterli görülmeyip terör suçu işlemek amacıyla bir araya gelmek aranmıştır. Değişikliğin örgütün meydana gelebilmesi bakımından gerekli unsurlarda da farklı bir düzenleme getirdiği görülmektedir(...)

³⁹ ÖZEK, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler**, s. 638, 639.

⁴⁰ J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse* 1967 I, No:324, s. 131.

⁴¹ Osman Yaşar – Hasan Tahsin Gökcan – Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt VI, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.8463, 8503, 8504 ve 8510.

⁴² Bu düşüncedeki yazarlardan anayasa hukukçusu *Soysal*'a göre: “Kanunların Anayasaya aykırılığı ile Anayasayı ihlal kavramları birbirinden farklıdır. Anayasaya aykırılık, Anayasa Mahkemesince yapılan denetim sonucu kanunun iptal edilmesine yol açar. Böyle bir kanuna yasama meclisinde oy vermiş olan milletvekillerinin “mutlak dokunulmazlıkları” (sorumsuzlukları Ay. M. 83/1) nedeniyle herhangi bir sorumlulukları yoktur. Buna karşılık anayasayı ihlal’de ise, cezalan-

nı bu şekilde geniş yorumlamak yukarıda belirttiğimiz gibi hemen ilk başta “kanunilik” ilkesine aykırılık oluşturacaktır. İkinci olarak cebri bu derece geniş yorumladığımızda, incelediğimiz suç açısından, az sonra göreceğimiz gibi, teşebbüs suçu olma özelliği yitirilecektir⁴³. Keza, Anayasal düzeni koruyan TCK. 309. madde, bu düzeni değiştirmeye yönelik icra hareketlerinin varlığını aramaktadır⁴⁴. Yoksa cebir ve şiddet göstereceğinden bahisle TCK. m. 106’da karşılığı olan tehdit suçunun fiilinin incelediğimiz bu suçun fiili olma özelliğine haiz olmayacaktır.

Fransız Ceza Kanununda madde 412-1’de düzenlenen “saldırı (suikast) suçu -L’attentat” nun için bir veya birden fazla kurumları tehlikeye düşürecek cebri hareketin/şiddet hareketinin (l’acte de violence) işlenmesi halinde oluşacağı belirtilmektedir⁴⁵. Doktrinde yapılan açıklamalarda da bu suçun şekli bir suç olduğu ve kanun metninde ifade edilen haliyle zor hareketin (l’acte de violence), söz, yazı, tehdit ile yani manevi bir şekilde olmayacağını ancak maddi bir cebir durumunda attentat-suikast-saldırı suçunun oluşabileceğini belirtmektedir⁴⁶. Yargı kararlarında da, nitekim attentat-saldırı- suikast kelimesini Fransız Yargıtay’ının sivil kürsüsü, kişilere veya mal-

dırılması gereken bir eylem ya da suç söz konusudur. Önceki TCK. 146/1 hükmü yer alıyordu. Yeni TCK.’da m. 309’da aynı yönde düzenleme yer alıyor. Bu maddede belirtilen eylemleri cebir yolu ile yani zor kullanarak yapanlar cezalandırılır. Yeni ceza kanununda anayasayı ihlal yaptırımı “ağırlaştırılmış müebbet hapis” cezasıdır. Anayasanın nasıl değiştirileceği Anayasa’da gösterilmiştir (m. 175) bunun dışındaki yollara başvurarak, zor yolu ile değişikliği gerçekleştirmek 8ya da zor kullanarak anayasadaki usule uyularak değiştirilmesini önlemek) ceza hukuku açısından “cebir kavramına girer.” Bkz. Mümtaz SOYSAL, **Anayasanın Anlamı- 100 soruda**, Gerçek Yayınevi, 10. Bası, İstanbul, 1993, s. 248-250.

⁴³ “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.” (T.C. YARGITAY 9. Ceza Dairesi E:2009/11204 K:2010/855 T:25.01.2010)

⁴⁴ ÖZGENÇ, s. 219.

⁴⁵ Code Penal, Dalloz, 2013. L. n° 92-1336 du 16 déc. 1992, D. 1993.40.

⁴⁶ André COLLET, **Complot**, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2001, p. 19-20. Benzer ifadeler için bkz: René GARRAUD, **LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT DE RÉBELLION** Extrait du « Traité du droit pénal français » (3e éd. par Pierre GARRAUD, T. IV, p. 503 n°1604, Paris 1922).

lara karşı yöneltilmiş “herhangi bir zor/şiddet içeren” suç olarak tanımlamakta⁴⁷. Bizdeki TCK. m.108’deki “cebiri” suçuna denk gelebilecek FCK m.222/7-16’da bu zor/şiddet fiilleri kazuistik bir metotla sayılmıştır. Yargıtay buradan hareketle manevi cebirin bu suçun unsuru olamayacağını belirtmektedir⁴⁸.

Yine İsviçre Federal Ceza Mahkemesi 25 Şubat 1971 tarihli “Arret A.” davasında İsviçre Ceza Kanununun 275. maddesinin “kanuna aykırı bir şekilde” ki ifadesi ile hiçbir şekilde düşünce özgürlüğünü, kamu alanında gösteri yapma özgürlüğünü veya Ulusal Konseyin bir seansını kesintiye uğratmak şeklindeki sosyal ve siyasi hayatın olağan hareketlerini suç haline getirme gayesinde olmadığını belirtmiştir⁴⁹.

Gerçekten gerek bizdeki gerekse de bahsi geçen ülkelerdeki anayasayı ihlal suçunun kanuni düzenlemeleri elastik bir şekilde “nullum crimen, nulla poena sine lege” ilkesine aykırı bir şekilde uygulanamaz. Böyle bir elastiki uygulamanın önüne geçebilmek için incelediğimiz fiil unsurunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da sıkça belirtildiği gibi *açık ve anlaşılır* olması gerekmektedir. Bu açıklık yanında Devletin, resmi gerçeklikler ve düşüncelerle uyuşmayan fikirlerin, vatandaşlar tarafından özgürce savunulmasına imkân sağlaması gerekecektir. Aksi halde fiil unsuru belirgin bir şekilde ortaya konmayan bu tür suçlar her zaman siyasi amaçlar için kullanılabilir.

TCK. m. 309’da belirtilen bu suç teşebbüs suçu niteliğindedir. Teşebbüs suçları etkili bir sonucun veya yakınılan bir ihlalin meydana gelmesine gerek duyulmadan suç politikası sebebiyle suç yolunda bir adım geri gelinerek, failin icra hareketlerine başlamış olmasını suçun tamamlanması için gerekli ve yeterli sayan suç tipleridir. Teşebbüs suçu tartışmalarının zuhur ettiği eski dönem davalardan biri de Fransız Ceza Hukuku sınırları içerisinde gerçekleşmiştir. Eski Fransız Ceza Kanunu döneminde imparatorluğa karşı işlenen bombalı bir saldırı neticesinde yapılan bir yargılamada şu sonuca varılmıştır: 14 Ocak 1858 tarihinin akşamında İtalya’nın birliği için mücadele eden İtalyan asıllı Orsini ve 3 İtalyan arkadaşı Opera’ya gitmek üzere yola

⁴⁷ Cass. (1re civ.) 27 octobre 1981 (Gaz.Pal. 1982 I panor cass 110).

⁴⁸ Cass. (1re civ.) 27 octobre 1981 (Gaz.Pal. 1982 I panor cass 110).

⁴⁹ Jaccard, s. 68.

çıkan imparator 3. Napoléon ve eşinin bulunduğu korteje 3 adet bombalı saldırı gerçekleştirirler. İmparator ve eşi zarar görmeden ayrılmışlardır. Ancak kalabalıktan 12 kişi ölmüş 156 kişi de yaralanmıştır. Orsini ve arkadaşları imparatora suikasttan yargılanmış ve Orsini ve bir arkadaşı idam edilmiştir. Yargılama sırasında Orsini'nin avukatı Jule Favre tarafından savunulan görüşte sonucun gerçekleşmediği belirtilse de bu suçun tehlike suçu başka deyişle şekli suç (delit formel-obstacle) olduğu belirtilerek mahkumiyet kurulmuştur⁵⁰.

Suçun teşebbüs suçu olduğu emareleri, Özek'in de belirttiği gibi gerek mehz Zanerdelli İtalyan Ceza Kanunda gerekse de 1930 faşist Rocco Kanununda "cinque commette un fatto diretto..." yani "icra hareketleri" ifadesi kullanılmasında bulunabilecektir⁵¹. Aynı şekilde FCK m. 412-1'de de "le fait de commettre..." yani "icrai hareketler" ifadesi kullanılmıştır. Kısaca fiilin teşekkül edebilmesi için maddi hareketin, diğer ifadeyle en azından icra hareketinin (*commencement d'exécution*) başlamış olması gerekir. Kanunumuzda ise suç "teşebbüs edenler" şeklinde düzenlenmiştir⁵². Bu yüzden bu suç açısından fiilin niteliğini belirleyebilmek için TCK. m.35'de yer alan teşebbüs hükümlerine başvurmamız gerekecektir⁵³. Nitekim suçun bu karakteri karşısında, bu maksada matuf bütün fiillerin icra hareketi sayılacağı, bu suç açısından hazırlık hareketlerinin varlığından bahsedilemeyeceği doğrultusunda bir yargıya varılamaz⁵⁴. Hemen belirtmek gerekir

⁵⁰ Marcel Boulenger, *L'attentat D'orsini*, Hachette, 1927.

⁵¹ ÖZEK, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler*, s. 120.

⁵² Özgenç de aynı şekilde; suçun oluşumu için icra hareketlerine en azından başlanmış olmasını aramaktadır. Yani cebri hareketlere bilfiil teşebbüs edilmiş olması, suçun oluşumu için gereklidir. (Balyoz Davası bilimsel rapor s.19.)

⁵³ "Teşebbüs için, icra başlangıcı teşkil edecek bir fiile ihtiyaç vardır. Mehz Kanunda "muayyen gayeye matuf" ibaresi kullanıldığı halde, 765 s. TCK'nın 146. Maddesinde "teşebbüs" tabiri kullanılmıştır. Kanunumuz, icraya başlamayı ifade eden hareketlerin yapılması halinde teşebbüsün cezalandırılmasını kabul etmektedir. Bu madde ile cezalandırılan icra hareketleri olduğuna göre, Anayasayı ihhale matuf cemiyet veya silahlı çete kurulması veya propaganda yapılması bu maddeyi ihhale sayılmayacaktır." (Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, II, Ankara, 1995 s. 1498,).

⁵⁴ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 641 in: ÖZGENÇ, s. 215.

ki, teşebbüs hükümleri, cezalandırılabilirliğin alanını genişleten yardımcı normlardır. Bu sebeple şartlarının belirlenmesi önemlidir. TCK. m. 35/1'e göre, teşebbüs derecesinde kalan suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için subjektif şart olarak "kast"ın, objektif şart olarak da "elverişli hareketlerle", "doğrudan doğruya icraya başlama" ve "kişinin elinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamaması" yani neticenin gerçekleşmemesi durumlarının olması gerekir⁵⁵. TCK. m. 309 açısından baktığımızda bu suçun oluşabilmesi için öncelikle kastla beraber baş vurulan bir icra hareketinin mevcut olması gerekecektir⁵⁶. Bu cümleden cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinin bu suçun oluşumu için yeterli olmadığı neticesine varılabilir⁵⁷. Diğer bir ifade ile cebir ve şiddet kullanmak suretiyle Anayasanın ortadan kaldırılması amaçlanmış, istenmiş, bu amaçla bir araya gelinmiş ve buna yönelik çeşitli planlar yapılmış olması halinde dahi, icra hareketleri başlamadığı sürece belirtilen faaliyetler hazırlık hareketi düzeyinde kalacağından, yani ortada bir "teşebbüs" söz konusu olmayacağından, bu suç bakımından cezalandırılabilir bir hareket ve suçtan söz edilemeyecektir⁵⁸. Bu görüş modern ceza hukuku içtihatlarında da "Tatbestandstheorie" olarak adlandırılır⁵⁹. Bu hazırlık hareketleri eğer şartları gerçekleş-

⁵⁵ **Sözür'e** göre, kast, kavramsal olarak suça teşebbüsün yapısal unsurunu oluşturmaktadır ve failin kastı bilinmeksizin, dış âlemde meydana gelen davranışın suça teşebbüs mü olduğu ve hangi suça teşebbüs edildiği bilinemez. Ancak, teşebbüs sadece failin kastı nedeniyle cezalandırılmaz, nitekim failin kastı henüz hazırlık hareketleri aşamasında da tespit edilmesine rağmen, bu hareketler ilke olarak cezalandırılmaz. (Adem SÖZÜER, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Yay., İstanbul, 1994, s. 110).

⁵⁶ ÖZEK, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler**, s. 122.

⁵⁷ Jüri sisteminin olduğu İngiliz hukukunda da teşebbüsün varlığına karar verilebilmesi için failin tartışmaya yer vermeyecek biçimde suçun icrası için gerekli hareketleri yaptığının jüri tarafından tespiti gerekir. Sadece hazırlık hareketleri teşebbüsün varlığı için yeterli görülmemektedir. Nitekim İngiliz Temyiz Mahkemesi, sanığın postane binasına bir kilometre mesafede sahte bir silah ve soyguna dair tehdit mektubu ile yakalanmasının, postane binasını soymaya teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için "doğru ve güvenilir" kanıt olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bknz: Geary, Roger: **Essential Criminal**. Aktaran: Devrim AYDIN **Suçta Teşebbüs, Criminal Attemp in: AÜHF c.55, sa.1, s. 93.**

Law; London, 1995, s. 41; Elliott – Quinn: s. 204.

⁵⁸ ÖZEK, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler**, s. 122.

⁵⁹ Karl, BIRKMEYER 1999, aktaran: Erling Johannes HUSABO, **The regulation of Complicity, Attempts and Preparatory Acts in the New Norwegian Penal**

mişse suç politikasının gereği olarak oluşturulmuş TCK. m. 314'de yer alan "Silahlı örgüt" suçuna veya TCK. m. 316'da düzenlenen "Suç için anlaşma" suçuna vücut verebilir.

İcra hareketinin yani bu suçun fiilini oluşturabilecek hareketlerin elverişli olması gerekir. Sözürer kastın, somut olaydaki bütün verilere göre belirlenen, kanıtlanan bir husus; icra başlangıcının ise kasti bir davranışın belirli bir gerçekleşme aşamasını ifade eden başka bir durum olduğunu belirtmekte. Herhangi bir olayda failin bir suçu işlemek kasti kesin biçimde tespit edilse dahi, eğer onun davranışı o suçun icrasının başlangıcı niteliğinde değilse teşebbüsten cezalandırma yoluna gidilmemelidir. Ne zaman elverişli hareketlerle icraya başlandığını ise objektif ölçütlerle belirlemek gerekecektir. Yani failce yapılan hareket, genel hayatın olağan tecrübi bilgisinin ortaya koyduğu anlayışa göre, suç tipindeki belirtilen eylemle doğrudan bir bağlantı içindeyse, o faaliyet tipik eyleme ait olma niteliğinde görülmeli, diğer anlamda icra hareketi olarak kabul edilmelidir⁶⁰.

Ancak devlete karşı işlenen suçların bazılarına ilişkin hazırlık hareketleri özel suç tipi olarak tanımlanmıştır. Bunlara örnek olarak m. 314'de belirtilen *Silahlı örgüt*⁶¹ ve 316 ve *suç için anlaşma* suçları verilebilmektedir⁶². Gerçekten Kanunumuzun millete ve devlete karşı suçların yer aldığı dördüncü kısmının bazı bölümlerindeki suçları işlemek için silahlı olarak örgüt kurmak veya bu suçları iş-

Code(2005), Seen in a Historical and European Perspective, in: Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları, Ed. Adem Sözürer, C.I., s.20, XII Levha, 2010.

⁶⁰ SÖZÜER, **Suç Teşebbüs**; s. 168, 196.

⁶¹ **Silahlı örgüt MADDE 314.** - (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.

⁶² **Suç için anlaşma MADDE 316.** - (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddî olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmez.

lemek için anlaşmak müstakil suçlar olarak düzenlenmiştir. Sorun şu ki; Kanunun suç politikası olarak tehlikeli görerek cezalandırmayı tercih ettiği bu suçların işlenmesi TCK. m. 309'da düzenlenen Anayasayı ihlal suçunun elverişli icra hareketi sayılır mı? Eğer bu soruya olumlu cevap verirsek, belli suçları işlemek için anlaşan veya silahlı örgüt kuran ve anayasayı ihlal etme amacı güden her oluşum için aynı zamanda TCK. m. 309'daki Anayasayı ihlale teşebbüsten de ceza vermek gerekecektir. Askeri Yargıtay'ın değişik kararlarında, cezalandırılan hazırlık hareketleri sınırını aşan eylemleri, doğrudan doğruya amaç suça uygun hareket olarak nitelendirmektedir⁶³. Yargıtay'ın eski kararlarında da benzer ifadelerle silahlı örgütün "*vahametinden*" dolayı hazırlık hareketlerinin sınırını aşarak amaç suça uygun hareket aşamasına geçildiğini belirtilmektedir⁶⁴. Ancak yapılan kanuni değişikliklerle cebir ve şiddetin bu suçların unsuru olduğu vurgulandıkça mahkemelerce verilen kararlar da bu yönde değişiklik gösterdi. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda; "*Anayasal düzeni zorla değiştirmeye kalkışma suçunun oluşabilmesi için fail tarafından bu amaçla 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. Sanığın yönettiği örgütün silahlanması ve amaca yönelik vahim eylemler planlaması suça hazırlık hareketi niteliğinde olup icra hareketine dönüşmedi-*

⁶³ ÖZEK, "*Silahlı Çete – Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunu*", s. 358.

⁶⁴ "DHKP/C-Devsol örgütüne üye olan sanıkların, tam donanımlı dağa çıkıp "silahlı devrim birliği" oluşturarak silahlı eylem planları yaparken bir kişinin yakalanmasıyla oradan ayrılmak için tüm malzemelerini indirdikleri yolu taşla kapayıp yoldan geçen otoyolu gaspedip içindeki kişileri etkisiz hale getirerek araçla uzaklaştıkları olay; yasadışı amaçları için şiddet eylemlerine girişmeleri, organik ve örgütsel bütünlük içinde öngördükleri amaca ulaşma tehlikesi doğurduğundan "vehamet" arzeden niteliktedir." *T.C. YARGITAY Ceza Genel Kurulu E:1999/9-274 K:1999/284 T:03.11.1999.*

"Bu tür örgütlerin devamlı ve ısrarlı bir biçimde uyguladıkları usul ve taktiklerin bütünü TCK 146. Maddesinde yazılı suçla kastedilen neticeyi doğurmaya elverişli hareketler olarak düşünmek hatalı olmayacaktır." (*Askeri Yargıtay Daireler Kurulu*, 10.3.1983, 65/63.)

ği, bu aşamada eylemin silahlı terör örgütü kurmak ve yönetmek suçunu oluşturduğu gözetilmelidir.” demek suretiyle incelediğimiz Anayasayı ihlal suçunun elverişli icrai hareketlerle gerçekleştirilmiş olmasını aramaktadır⁶⁵.

Ancak güncel bir kararda ise TCK. m. 312’de düzenlenen Hükümete karşı suç için Yargıtay şu şekilde karar vermiştir: **Dava konusu olayda, hükümeti cebren ıskat veya vazife görmekten cebren men etme eylemini gerçekleştirmek üzere, bir kısım sanıkların önceden gizlice ittifak etmiş oldukları dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu ittifakın sağlanmasından sonra, amaç suçun icrasına başlanmasından tüm neticelerinin gerçekleşmesine kadarki safhaları belirleyen bir planlama, bu planlamayı hayata geçirecek kapsamlı bir organizasyon, bu organizasyona uygun bir iş bölümü, bu iş bölümü dâhilinde görevlendirmeler ve bu görevlendirmelerin gereklerine uygun görüşmeler, çalışma grupları, fişlemeler, takipler vb...** maddi cebir olarak ortaya çıkacak hareketlerin kolaylaşması, aksamadan yürütülmesi ve amaç suç bakımından öngörülen neticeye ulaşmasını sağlayacak binlerce belgeyi bulan çalışmaların tamamlandığı, geriye sadece fiziki kuvvet kullanmaya bağlı maddi cebri içeren ve artık karşı koymanın mümkün olmadığı “sokağa çıkma” diye tabir edilen hareketlerin kaldığı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamından, sanıkların Türk Silahlı Kuvvetlerinde mevcut olan ve başka bir birimde bulunmayan zorlayıcı, korkutucu, **cebri gücü başta plan kapsamındaki istihbarat çalışmaları olmak üzere diğer çalışmalar sırasında da kullandıkları görülmektedir.** Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup sanıkların kullanabilecekleri cebre karşı, icra orga-

⁶⁵ “Haklarındaki dava tefrik edilen diğer sanıklar Serdar, Mehmet ve Mehmet Ali'nin maddi yan delillerle doğrulanan kolluktaki açık, aşamalardaki tevilli anlatımları ve tüm dosya kapsamı ile; sanığın kurucusu ve yöneticisi olduğu “16 Haziran Hareketi” adlı silahlı örgütün, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasası'nı zorla değiştirip yerine Marksist-Leninist ilkeye dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik olarak vahamet arz eden eylemleri gerçekleştirdiği, sanığın yurt dışından verdiği talimatlarla örgütü sevk ve idare ettiği ve eylemlerin gerçekleştirilmesini sağladığı anlaşılmış olup bu şekilde oluşan eylemlerin niteliği, vahameti ve yoğunluğu nazara alındığında TCK'nın 146/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden...” (T.C. YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ E. 2004/2015 K. 2004/464 23.2.2004)

nının mukavemet edebilme imkân ve kabiliyeti bulunmamaktadır. Amaç suçla öngörülen neticeyi elde etmek yolunda hiçbir maddi engelle karşılaşmayacakları açıktır. Sanıkların amaç suçu işleme ve mümkün olan engel sebeplerin ve kişilerin bertaraf edilmesi yönünde aldıkları mesafe göz önünde bulundurulmalıdır. Suçun oluşumu için gerekli olan cebir/şiddet ve elverişlilik gibi unsurların değerlendirilmesinde, bu hususlar da nazara alınmalıdır.”⁶⁶ Yargıtay bu kararında suçun oluşumu için gerekli olan cebir/şiddet ve elverişlilik gibi unsurların muhakkak derecede gerçekleştirilmesi manasına gelen maddi cebri içeren ve artık karşı konulamayacak bir hale gelen fiilin icrası için yapılan son hazırlık hareketlerini de suçun oluşumu için fiil olarak kabul etmiştir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, devlete karşı işlenen bu teşebbüs suçlarının tehlike suçları olduğu doğrudur, ancak silahlı örgüt ve suç için anlaşma suçlarının sınırını aşan her eylemin, amaç suç olan Anayasayı ihlal suçunun hukuki konusu açısından tehlike yarattığı ve bu suçlardan da ceza verilmesi gerektiği görüşü kanaatimizce hatalı ve eski Askeri Yargıtay içtihatlarında benimsenen bir görüştü. Gerçekten bu mahkeme kararlarında “ileri eylem safhasındaki eylem”, “eylemin yoğunluğu”, “eylemin vahameti” türünden belirsiz ve suç’un unsurları anlayışı içinde yeri bulunmayan ölçütler kullanılarak, silahlı çete(mülga 765)-örgüt ve suç için anlaşma suçunun eylemleri kendiliğinden amaç suç kapsamında görülmekteydi⁶⁷.

Bu tartışmaların açıklığa kavuşturulması için incelediğimiz suçun vasfını da belirlemek gerekmektedir. Ceza hukukunda, önem arz eden bazı hukuki değerlerin daha etkin bir şekilde korunması için suçun konusuna sadece zarar verenler değil, suçun konusunu tehlikeye sokan fiiller de zarar koşulu aranmaksızın cezalandırılmaktadır. Böylece kanun koyucu cezalandırmanın sınırını genişletmek suretiyle kamu düzenini etkin bir şekilde korumayı amaçlamaktadır⁶⁸. Bu cümlelerden, incelediğimiz anayasayı ihlal suçu da suçun konusunun etki derecesi bakımından gösterdiği özellikler sebebiyle tehlike suçudur. Fran-

⁶⁶ T.C. YARGITAY 9. Ceza Dairesi E. 2013/9110 K. 2013/12351

⁶⁷ ÖZEK, “Silahlı Çete – Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunu”, s. 361.

⁶⁸ Vesile Sonay DARANGELİ, **Tehlike Suçları**, (İ.Ü.Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1998, s. 1.

sız doktrini de bu suça tehlike-şekli suç(delit formel) demektir⁶⁹. Yani madde metninde belirtilen amacın gerçekleşmesine matuf fillerle cebren teşebbüs edilmesi, suçun oluşması için gereklidir⁷⁰. Bu suç aynı zamanda somut tehlike suçudur. Bu yüzden bu suç kapsamında teşebbüs edilen fiillerin “Devletin Anayasal Düzeni”nin değiştirilmesini mümkün kılabilecek nitelikte olup olmadığının tespiti *ex ante* olarak somut olayın şartları göz önünde bulundurularak hâkim tarafından takdir edilmesi gerekir⁷¹. Yani madde belirtilen amacın gerçekleştirilmesine uygun olan fakat neticenin gerçekleşmesi açısından somut bir tehlike arz etmeyen filler, başka bir suç oluştursalar bile, TCK. m. 309’daki suçu oluşturmazlar. Nitekim Yargıtay bir kararında şöyle demektir: “TCK. nun 146/1. maddesinde yer alan ve bir amaç, bir tehlike suçu niteliğinde bulunan anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun tehlike suçu oluşunun doğal sonucu olarak ancak amaçlanan neticenin gerçekleşebilme tehlikesini doğurabilecek eylemlerin teşebbüs kabulü mümkündür. Bu nedenle eylemin kastedilen neticeyi elde etmeye “uygun” ve “elverişli” olması ve elverişli vasıtalarla zorlayıcı eyleme girişilmiş bulunması, diğer bir deyişle eylemin maddede öngörülen neticeyi doğurabileceğinin “objektif” olarak ihtimal verilen icrai hareket olarak belirmesi gereklidir.”⁷²

⁶⁹ Jean PRADEL, *Droit Penal General*, 18.e, CUJAS, Paris, 2010, s. 397.

⁷⁰ ÖZGENÇ, s. 223.

⁷¹ ÖZGENÇ, s. 223.

⁷² T.C. YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ E. 1995/2846 K. 1995/4383 T. 23.6.1995. “Sanıkların yakalanamayan arkadaşları ile birlikte yurt içinde oluşturdukları örgütün, açıklamalarına göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasını zorla değiştirip yerine teokratik düzene dayalı İslam Hukukunun uygulandığı bir devlet kurma amacına yönelik olarak komşu ülkedeki bir örgülle bağlantı kurduktan sonra orada teorik ve silahlı eğitim gördükleri, örgütlerinin adını kamuoyuna duyurup amacına ulaşma yönünden bir başka dine mensup olduğu gerekçesiyle tanınmış bir iş adamı konumundaki müştekiyi öldürmeyi kararlaştırdıkları, hazırladıkları plan uyarınca olay günü pusu mahallinden aracı ile geçmekte olan müştekiye önce lav silahlı ile patlamaması üzerine otomatik silahları ile ateş ettikleri, müştekinin aracının süratle uzaklaşması ve korumalarının karşılık vermesi nedeniyle eylemlerini tamamlayamadıkları toplanan delillerden anlaşılmakta olup, mahkemenin kabulü de bu doğrultuda bulunmaktadır. TCK.nun 146/1. Maddesinde yer alan ve bir amaç, bir tehlike suçu niteliğinde bulunan anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun tehlike suçu oluşunun doğal sonucu

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir grup yazara göre; cebir bu suçun maddi unsuru değildir. Failin cezalandırılması için hukuka aykırı usullere ve cebir sayılabilecek iradesinin mevcut olması yeterlidir. Bu görüşe göre aynı zamanda suç tehlike suçu değil zarar suçudur. Nitekim hukuka aykırı, önlenmek istenen “netice” belirtilmiştir. Kanun yapıcı, salt tehlikeyi bu maddeye göre cezalandırmamıştır. “Zarar neticesi” doğurmaya elverişli ve uygun hareketleri, bu hareketler hukuka aykırı neticeye ulaşmamış olsa, fiil teşebbüs derecesinde kalsa dahi, tamamlanmış suç gibi cezalandırılmıştır⁷³. Bu düşüncenin tezahürünü Yargıtay kararlarında da görmek mümkündür. Nitekim Yargıtay bir kararında; *TCK.nun 146. maddesi ile Devletin Siyasal İktidar düzenini hukuka aykırı yöntemlerle ve zorla değiştirilmesine “teşebbüs” edilmesi suç sayıldığına göre bu hususa yönelik icra hareketlerinin cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak bu suçun oluşumunda genelde diğer suçlarda olduğu gibi “neticenin” gerçekleşmesi aranmaz. Zira bu suç tipinde netice gerçekleşmişse, artık o fiili cezalandırma olanağı ortadan kalkar. Bu nedenle öğretide bu suç “peşinen tamamlanmış suç”, “neticesi hareketten ayrı suç” olarak da tanımlanmaktadır. Bu nitelikteki suçların özelliği teşebbüs aşamasında kalan fiillerinde tamamlanmış suç gibi cezalandırılması, ceza uygulaması açısından “teşebbüs” ile “tamamlanmış suç” ayrımının yapılmamasıdır. TCK.nun 146. maddesinde düzenlenen suçun icrasına baş-*

olarak ancak amaçlanan neticenin gerçekleşebilme tehlikesini doğurabilecek eylemlerin teşebbüs kabulü mümkündür. Bu nedenle eylemin kastedilen neticeyi elde etmeye (uygun) ve (elverişli) olması ve elverişli vasıtalarla zorlayıcı eyleme girişilmiş bulunması, diğer bir deyişle eylemin maddede öngörülen neticeyi doğurabileceğinin (objektif) olarak ihtimal verilen icrai hareket olarak belirmesi gereklidir. Eylemin elverişli olup olmadığı ise (genel) ve (soyut) bir belirleme dışında işlenme şekli, zamanı, vehameti, toplumdaki etkinliği ve diğer bütün özellikleriyle birlikte değerlendirilerek saptanmak gerekir. Bu değerlendirmeler ışığında sanıkların yukarıda değinilen ve sübutu mahkemece de kabul edilen eylemlerinin bir bütün halinde TCK.nun 146/1. maddesindeki suçun gerçekleşmesine yönelik, cebre dayalı icrai hareket niteliğinde bulunduğu ve bu suçu oluşturduğunda kuşku yoktur.”

⁷³ **Özek’e** göre bu maddedeki suç “tehlike suçu” değildir. “Tehlike suçu” deyimi, herhangi bir zarar ihtimali olmasa dahi, tehlikenin netice olarak kabul edildiği suç türleri için kullanılır. Diğer bir deyişle, “tehlike suçlarında”, “tehlike” netice olup, kanuni tarifte ayrıca bir zarar tehlikesi söz konusu değildir. (ÖZEK, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler*, s. 123.)

landığına, fail; 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.nun 146. maddesinde, hareketten ayrı olarak neticede belirtildiğine göre bu suç aynı zamanda bir “zarar suçudur”**⁷⁴. Bu düşünceye katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bu düşünceyi savunanlara göre bu suç ihmali davranışlarla da gerçekleştirilebilir. Örneğin Cumhurbaşkanı'nın anayasaya aykırı bir kanun için anayasaya gitmemesi. Düşünce taraftarları bir yandan cebirin failin kusurlu iradesinde bulunabileceğini iddia ederken diğer yandan 5237 sayılı TCK.'da “cebir ve şiddet” deyiminden de kümülatif bir anlam çıkarmaktadır. Bu suretle muhtıra ile cebri gücünü göstermiş olduğu kabul edilebilir gören bu düşünceye göre aslında ortada şiddet olmadığı için hükümete karşı suçun olmadığı savunulmaktadır. Bu düşünce taraftarlarının çelişkisi burada da ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Bu düşünce, bir taraftan bu suç zarar suçudur denilmekte, bu zarar suçu diğer zarar suçlarında olduğu gibi salt ihmali suçlarla da işlenebilir denilmekte, diğer taraftan ise askeri gücü elinde bulunduran devletin askeri teşkilatının muhtıralarının elverişli hareket olmaması sebebiyle bu suça vücut vermeyeceği şeklinde bir-biriyle çelişkili ifadeler kullanmaktadırlar.

Kanaatimizce cebir bu suçun unsurudur. Teşebbüsün ancak cebren, yani fertlerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir⁷⁶. Yani sırf Anayasanın ilkelerine yahut Anayasanın ortaya koyduğu değiştirme usullerine aykırı olması sebebiyle, anayasayı değiştirme istek, öneri, düşünce ve hatta bunlar için eylemli hareket gösterilmesi incelediğimiz suçu oluşturmayacaktır. Zira anayasalar yukarıda da belirttiğimiz gibi toplumsal devamlılığı sağlamak, huzur ortamında hayat sürmek ve devletin işleyişini belirlemek için ortaya konulmuş ideolojik üst bir metindir. Doğal olarak, her ideoloji bir karşı çıkışı da beraberinde getirir, bu karşı çıkışlar

⁷⁴ T.C. YARGITAY Ceza Genel Kurulu E:1998/9-187 K:1998/272 T:07.07.1998. (Meşae İçtihat Programı)

⁷⁵ ÖZGENÇ, s. 215.

⁷⁶ ÖZGENÇ, s. 216.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında da belirttiği gibi toplumsal bir zenginliktir, meğerki bu karşı çıkış demokratik toplum düzenine *açık ve yakın tehlike* oluşturabilecek bir eyleme dökmüş olmasın. Bu doğacak açık ve yakın tehlikenin de kanun gereği bu suç itibari ile cebri ve/veya tehdidi (kanuni düzenlemeye göre cebir ve şiddeti) içermesi ve bu eylemin en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir⁷⁷.

Bu suçun ihmali davranışla işlenebilir işlenemeyeceğini de tespit elzendir. Zira çokça ve yanlış bir ifade ile kamu görevlilerinin anayasa ve yasalar tarafından kendilerine verilen görevleri yerine getirmemesi anayasal şekilde ceza literatüründe karşılığı olmayan bir ifade ile karşılaşmaktadır. Bu çerçevede Anayasayı ihlal suçunun ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir olduğunu savunanlar mevcuttur. Örneğin *“Cumhurbaşkanının anayasaya alenen aykırılığı sabit olan bir kanuna karşı anayasa Mahkemesine gitmeyişi bu suçun ihmali suretiyle icra yoluyla işlenişinin tipik örneğidir.”*⁷⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, TCK. m. 309 kanunun diğer ihmali suretiyle işlenen icra suçlarında belirttiği gibi özel bir ihmali davranış cezalandırma yoluna gitmemiştir. Nitekim TCK. m. 83, m. 94/5, m. 251 gibi düzenlemelerde ihmali davranışlar kanun koyucu tarafından özel olarak cezaya tabi tutulmuştur. Ancak TCK. m. 309 için böyle bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple bu maddede belirtilen Anayasayı ihlal suçu saf ihmali suç ile işlenmesi mümkün olmayan suçlardandır. Bu suç, net bir şekilde icrai suç sayılmış, düşünce aşamasının geçilip, cebir ve şiddet kullanmaya yönelik ve sonuca ulaşmaya elverişli vasıtalarla icra hareketlerine geçilmesiyle işlenmiş sayılacaktır⁷⁹.

Netice olarak TCK. m. 309’da düzenlenen Anayasayı İhlal suçunun maddi unsurları cebir ve şiddettir. Fiilin bu niteliğinden dolayı manevi cebir yani tehdit bu suçun oluştuğunu varsaymak için kanunilik ilkesi dâhilinde kabul edilemez. Suç cebri içerdiği için ihmali bir

⁷⁷ ÖZEK, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler*, s. 143/144; Doğan SOYASLAN, s. 638, 639.

⁷⁸ SOYASLAN, s. 643.

⁷⁹ Ersan ŞEN, *Darbe Suçu İhmali Davranışla İşlenir mi?*, B.Ü.H.F.D., 2013, C. 8., Sa:107-108, s. 221.

davranışla gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Teşebbüs aşamasında kalması durumunda cezalandırılan bu suç şekli bir suç olup aynı zamanda somut tehlike suçudur.

3. Fail

Anayasayı ihlal suçunun faili, herhangi bir kişi olabilir. Kanun koyucu, bu suçun failleri bakımından özel bir düzenleme öngörmemiştir. Fakat bu suçu işlemek için TCK. m. 314 ve 316'da belirtilen *silahlı örgüt*⁸⁰ ve *suç için anlaşma* suçları bakımından fail kurumu özellik arz etmektedir. *Silahlı örgüt suçuna, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna* ilişkin hükümlerin uygulanması sebebiyle (TCK. m. 314/3)⁸¹ ve örgütün varlığı için en az üç kişi zorunlu olduğundan, anayasayı ihlal suçunun silahlı örgüt çatısı altında işlenmesi halinde suç çok failli suç olarak değerlendirilmektedir⁸². Yine aynı şekilde *suç için anlaşma* suçu (*complot*, FCK 412-2) için de en az iki kişi bulunması gerekeceğinden bu suç da çok failli suç kapsamındadır. İncelediğimiz suçun söz konusu bu suçlarla ilişkisi aşağıda iştirak başlığı altında detaylı olarak incelenecektir. Ancak burada belirtmek gerekir ki; *Anayasayı İhlal* suçu, suçun sonuçları ve vahameti açısından bakıldığında, genel olarak örgüt çatısı altında işleniyor olsa da, teorik olarak bu suçun tek kişi tarafın-

⁸⁰ **Yargıtay 9. CD 11.7.1994 tarih ve 2136-4134** sayılı kararında silahlı çete ile terör örgütü arasındaki ayırıcı kıstasın silah unsuru olduğunu vurgulamıştır. (ÖZEK, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler**, s. 358).

⁸¹ "Sanıklardan Mustafa, Süleyman, Hayati, Dursun ve İsmet'in, oluşa ve toplanan delillere uygun olarak sabit kabul edilen ve örgütçe önceden hazırlanan bir plan ve iş bölümü içerisinde ve dayanışmalı olarak gerçekleştirilen eylemlere doğrudan ve fiilen katıldıklarının anlaşılmasına ve bu eylemlerin işleniş şekli zamanı ve diğer özellikleri itibarıyla, örgütün ülkede kurulu Anayasal düzenin ortadan kaldırılması şeklindeki amacına yönelik olarak örgütsel bağlılık ve ülke genelindeki organik bütünlük içerisinde ağır zarar tehlikesi sonucunu doğuracak boyut ve önemde bulunmaları karşısında TCK' nın 146. maddesinin 1. fıkrasındaki "cebren teşebbüs" kapsamında değerlendirilip, bu fıkra uyarınca ceza tayini gerekirken, araç suçlarındaki konumlarından hareketle sanıkların "fer'i şerik" kabulüyle yazılı biçimde hüküm kurulması". (T.C. YARGITAY 11. Ceza Dairesi E:1995/6 K:1995/6 T:18.04.1995)

⁸² ÖZGENÇ, **İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996, s. 19; ÖZEK, **Organize suç**, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998 s. 211; Mustafa AVCI, **Örgütlü Suç Kavramı**, Kamu Hukuku Arşivi, y.6, s. 1-128, 2003, s. 7.

dan işlenmesine engel bir durum yoktur. Yargıtay'ın 1998 tarihli kararında "...bu suçun işlenmesi için önceden oluşturulmuş bir çete veya örgütün varlığı da zorunlu değildir. Maddede "teşebbüs edenler" deyiminin kullanılmış olması, suçun işlenmesi bakımından şahıs itibarıyla ayırım yapılmadığını, korunan değeri zorla ihlal eden bir kimsenin konumuna bakılmaksızın bu suçun faili olabileceğini ortaya koymaktadır."⁸³ diyerek suçun tek kişi tarafından da işlenebileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda TCK. 309'un ihlal edilmesi açısından suçun failleri birçok kimse olabilmektedir.

4. Mağdur

Anayasayı ihlal suçunun mağdurları bakımından da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu suçta korunan hukuki değer göz önüne alındığında, bu suçun mağdurunun demokratik anayasal bir toplumda yaşama hakkına sahip olan her bir bireydir. Toplum, devlet, aile gibi kurum ve organlar suçun mağduru olamazlar, suçun mağduru olabilecek kişiler ancak gerçek kişilerdir⁸⁴.

B. Manevi Unsurlar

Anayasayı ihlal suçu bir teşebbüs suçu olduğu için her şeyden önce kast bu suçun manevi unsurudur. Kastın yanı sıra bu suç tipi içeriğinde amaç unsurunu da barındırmaktadır. Gerçekten de Anayasayı ihlal suçunun kast ve amaç olmak üzere iki manevi unsuru bulunmaktadır⁸⁵. Kastın cebir ve şiddeti içermesi gerekir. Yani fail cebir ve şiddet kastiyle hareket etmelidir. Bu cebir ve şiddet kullanımının, Türkiye Cumhuriyetinin öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak, bu düzen yerine başka bir düzen getirmek veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemek amacıyla gerçekleştirilmesi gerekir.

Kast kapsamındaki maddi unsurlardan farklı olarak, yani cebir ve şiddetten farklı olarak, suçun tamamlanabilmesi için amaç kapsa-

⁸³ T.C. YARGITAY Ceza Genel Kurulu E:1998/9-187 K:1998/272 T:07.07.1998. (Meşe İçtihat Programı)

⁸⁴ KOCA-ÜZÜLMEZ, s.102-103.

⁸⁵ ÖZGENÇ, s. 226.

mındaki hususun gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır⁸⁶. Zira bu suç bir teşebbüs suçudur.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK.'da düzenlenen sınırlı sayıdaki hukuka uygunluk sebepleri açısından *Anayasayı ihlal* suçu bir özellik taşımaz. Ancak ilgilinin rızası durumunda fiilin uygun hale gelip gelmeyeceği tartışılabilir. Bu suçun meydana gelmesi için cebir ve şiddet eyleminin Anayasayı ihlale yönelmesi gerektiğini yukarıda belirttik. Farz edelim ki yerel bir alanda sınırlı sayıdaki kişi orda yaşayan bireylerin rızalarını tek tek alarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın öngördüğü düzeni uygulamayıp, bu düzeni adaletli görmeyip, kendi düzenlerini uygulamaya başladıkları tespit edilmiş olsun. Bunu yaparken de ilkinde her bir bireyin rızası ile katıldıkları pasif direniş ve ikinci olasılık da ilçe girişine koydukları silahlı korumalar ile gerçekleştirdikleri belirlenmiş olsun. Bu durumun her bireyin yani ilgilinin rızası var hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu ileri sürülecek olursa, buna cevabımız ne olur? Kanaatimizce suçla korunan hukuki değer konusundaki açıklamalarımızı hatırlayarak bu soruya cevap bulabiliriz. Her ne kadar bu suçta mağduru toplumun her bireyi olarak belirlemişsek de suçla korunan hukuki değer yani anayasanın öngördüğü düzen belli sadece belli bir bölgede yaşayan insanlara değil, toplumun her kesimi için öngörülen düzendir. Bu açıdan bu suçlarda mağdurun sınıflandırılması zorluğu ile karşılaşırız. Ancak bu suç ile de korunmak istenen hukuki değer toplumun her kesimi için öngörülen bu düzendir. O halde bu düzenin belli bir bölgede daha demokratik bir düzen oluşturmak gayesi ile ortadan kaldırılması ve bunun silahla yapılması her ne kadar yerelde yaşayan bireylerin rızasının olduğu ileri sürülecek olsa da, bu rıza geçerli kabul edilmeyecektir ve suç oluşacaktır. Ancak pasif direniş durumunda gerçekleştirildiği ileri sürülecek olursa? Bu sorunun çözümünü de suçun fiili ile ilgili yaptığımız açıklamalardan yararlanarak çözmek mümkündür. Suçun fiili cebir ve şiddet un-

⁸⁶ ÖZGENÇ, s. 226.

surlarında oluştuğu içi bu unsurlar olmadan yerelde yöneticilerin de katılımıyla pasif bir direniş göstererek anayasada öngörülen düzenden farklı bir düzen uygulanması başka suçlara vücut verse de veya o ana kadar yapılmış eylemler başka suçu oluştursa da, bu suçu oluşturmayacaktır. Ancak dediğimiz gibi bu sonuca ilgili-nin rızası hukuka uygunluk sebebinden dolayı değil fiilin özelliğinden dolayı ulaşmaktayız⁸⁷.

III. KUSURLULUK

Suç oluşturan bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde ceza sorumluluğunun doğabilmesi için suçun maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılığın gerçekleşmiş olması yeterli olmayıp, ayrıca failin de işlediği bu fiil nedeniyle kınanabilir nitelikte olması, yani kusurlu kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁸. Zira kusursuz ceza olmaz. Anayasayı ihlal suçu açısından hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK. m. 24/2) değerlendirilebilir.

Devletin üstlendiği kamusal hizmetin yürütülmesi dolayısıyla bir hiyerarşiye ihtiyaç olduğu aşikârdır. Hiyerarşi gereği ast, üstün emrine itaate mecburdur ve üstün emirleri değiştirilmeden ve geciktirilmeden ast tarafından yerine getirilmelidir⁸⁹. Bu açıdan hukuka uygun emrin yerine getirilmesinde sorun yoktur. Bazı durumlarda astın üst tarafından verilen emri hukuka uygun olup olmadığını denetlemesi kanunen mümkün değildir. Dolayısıyla emrin hukuka aykırı olduğunu fark etse dahi yerine getirecektir. Anayasanın 137. maddesinin 3. fıkrasında bu durum zikredilmiştir. Yine aynı şekilde TCK. m. 24/2-4'de "emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumludur." denilmektedir. Yine Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 14/1. maddesinde, astın, amirlerine mutlak itaate mecbur olduğu belirtilmektedir. Bu hükme göre ast, askeri hizmete ilişkin olup olma-

⁸⁷ Suç fiilindeki pasif-aktif tartışması, son dönemlerde gerek Alman Mahkemelerinin kararlarında çevreci eylemciler için verilen kararlarda gerekse de Fransa Mahkemelerinde yine aynı şekilde çevreci eylemcilerin kendilerini nükleer santrallere zincirlemeleri olaylarında sıklıkla yapılmaktadır.

⁸⁸ KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 243.

⁸⁹ KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 250.

dığını araştırmaksızın amirinden aldığı her emre mutlak itaat etmek mecburiyetindedir. Üstten aldığı emir bakımından ise, üstün kanun ve nizama göre kendisine böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını inceledikten sonra emre itaate mecburdur. Emrin icrasından doğacak mesuliyetler emri veren aittir. (TSK İç Hizmet Kanunu m.14/2). Askeri Ceza Kanunu'nun iştirak başlıklı 41. maddesinin 2. fıkrasına göre, amir veya üstün hizmete müteallik hususlarda verdiği emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emri veren sorumludur. Ancak ast, kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise ya da amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise müşterek fail olarak cezalandırılacaktır (Askeri CK m. 41/3). Astın cezai sorumluluğu, ancak emrin hizmete müteallik olmaması, emrin suç işlemek maksadıyla verilmesi ve bu maksadın ast tarafından bilinmesi halinde söz konusu olabilecektir⁹⁰.

Bu sebeple *Anayasayı ihlal* suçunun kamu görevlileri tarafından işlenmesi durumunda, özellikle askeri kişiler tarafından askeri disiplin içerisinde işlenmesi durumunda emir alanların kusurluluğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu durumda az önce ifade edildiği gibi üstünden veya amirinden emir alan bir askerin, görevi dâhilindeki cebri hareketleri gerçekleştirmesi ve bunun askeri veya adli bir suç olduğunu bilmemesi halinde kusurlu olmayacaktır. Ancak bilmesi durumunda müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Fransız Ceza Kanunu'nda da olduğu gibi Anayasayı ihlal suçu TCK. m. 309'da bir teşebbüs suçu olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme neticesinde teşebbüs suçu olan bu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı sorusu cevaplandırmaya değer sorudur.

TCK. m. 35'in gerekçesinde vurguladığı üzere, "*Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçu gibi teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.*" Ancak bu suçu işlemek için yukarıda da söz ettiğimiz gibi hazırlık hareketleri

⁹⁰ KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 252-253.

yapılabilir⁹¹. Kanun koyucu ihtiyari olarak bu hazırlık hareketlerini tıpkı TCK. m.314 ve 316'da olduğu gibi cezalandırabilir. Bunun haricinde hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması asıl kuraldır⁹². Yukarı da belirttiğimiz gibi cezalandırılan bu hazırlık hareketlerinin TCK. m. 309'daki suçun teşebbüsü olarak düşünmek ya da "vahamet" gibi bir kavramdan yola çıkarak bu hazırlık hareketlerini suç için gerekli olan uygun-elverişli hareketler içerisine sokmak yanlış olacaktır⁹³.

Ceza Hukukunun evrensel ve geleneksel ilkesi uyarınca, ayrıca TCK. md.35'de düzenlenen teşebbüsün unsurları karşısında, hazırlık hareketleri suç politikası olarak kanunda ayrıca belirtilmediği sürece cezalandırılmamaktadır. Bu genel ve temel ilke, suçun niteliğine, ağırlığına, türüne göre değişmemekte, ne denli ağır veya hafif olursa olsun tüm suçlar için geçerli olmaktadır. Bu durumda hazırlık hareketi teşebbüs suçunun teşebbüsü olarak da görülemeyecektir⁹⁴.

B. İştirak

Yukarıda da değindiğimiz gibi bu suç örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenebileceği gibi, tek kişi tarafından da işlenebilir. Yahut bu suç iştirak halinde çok kişi tarafından da işlenebilir⁹⁵. Kişilerin örgüt iradesi

⁹¹ ÖZGENÇ, s. 226.

⁹² SÖZÜER, s. 115.

⁹³ YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ E. 2003/2015, K. 2004/464, T. 23.2.2004.

⁹⁴ André COLLET, **Complot**, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2001, s. -20. Benzer ifadeler için bkz: René GARRAUD, **LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT DE RÉBELLION** Extrait du « Traité du droit pénal français » (3e éd. par Pierre GARRAUD, T. IV, s. 503 n°1604, Paris 1922).

⁹⁵ "THKP/C Dev-Yol adlı yasadışı örgütte emir ve kumanda etme konumunda bulunan sanık (C.A)'ın, kendisine bağlı örgüt mensuplarına, merkez komitesinden aldığı emirler doğrultusunda verdiği talimat uyarınca amaç suça yönelik olarak gerçekleştirilen ve mahkemece sabit görülen ve dosyada mevcut delillere göre sübutu kabul edilmesi gereken eylemlerinin, her somut olayda amaç suçun işlenmesine uygun icra hareketine bilerek ve isteyerek katıldığını gösteren "iştirak İradesi"nin bulunduğu ve olayların asli maddi faillerinde suç işleme kararını yaratması itibarıyla nedensel değer taşıdığı anlaşıldığından bir bütün halinde TCK.nun 64. maddesi delaleti ile TCK.nun 146/3. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırı." YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ, E.1995/8, K.1995/14, T. 27.12.1995 (Meşe)

hatta iştirak iradeleri dahi mevcut değilken bu suçu işleyebilmesi mümkündür. 765 sayılı TCK. m.146'nın 3. fıkrası söz konusu suça Kanununun iştirak hükümleri dışında kalacak şekilde katılacak olan kişiler m.146/3'e göre fer'i iştirakçi sayılarak cezalandırılmaktaydı. Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususa şu şekilde değinmektedir: "...146/3 iştirakin unsurlarına değil, neticelerine yönelik bulunduğunu göstermektedir. Bu nedenle, bu fıkra hükmününün 2. fıkra dışında kalan fer'i maddi ve manevi tüm eylemler için uygulanması söz konusudur. Bir başka anlatımla, maddenin 1. fıkrasındaki amaç suçun işlenmesine Yasanın 65. maddesinde gösterilen şekil ve suretler dışında katılan fer'i şeriklerin eylemleri 3. fıkra ile cezalandırılacaklardır." 5237 sayılı Kanun'a göre bu suç açısından iştirak

1. Silahlı Örgüt

Yukarıda da değindiğimiz gibi, TCK. 4. ve 5. bölümlerinde düzenlenen devlete ve anayasal düzene karşı suçların büyük bölümünün tek bir kişiden ziyade birden fazla kişinin belirli bir organizasyon çerçevesinde işlenebileceği gerçeğinden hareketle, "Silahlı Örgüt" başlıklı 314. maddeye ve "Suç İçin Anlaşma" başlıklı 316. maddeye kanunda ayrıca yer verilmiştir⁹⁶.

Silahlı örgüt suçunun oluşabilmesi için Kanununun 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312 ve 313. maddelerinde belirtilen amaç suçlardan birisini işlemek amacı şeklinde bir manevi unsurun bulunması gerekir⁹⁷. Bu örgüt açısından diğer hallerin için TCK. m.

⁹⁶ "Sanığın yurt dışından verdiği talimatlarla örgütü sevk ve idare ettiği ve eylemlerin gerçekleştirilmesini sağladığı anlaşılmış olup bu şekilde oluşan eylemlerin niteliği, vahameti ve yoğunluğu nazara alındığında TCK'nun 146/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi..." **YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ E. 2003/2015, K. 2004/464, T. 23.2.2004.**

⁹⁷ "Bu bakımdan silahlı çeteye "komuta etmek" ve "özel görevli olmak" kavramlarının anlam ve içerikleri üzerinde kısaca durmak gerekir. Öğretide (Çetin Özek, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Alayhine Cürümler, İstanbul 1967 baskısı, s. 368), "çete amirliği ve çeteye komuta etmek" kavramları üzerinde durulmuş, özetle: Örgütün tümü üzerinde karar alma yetkisini kullanabilen kişi çete amiri, amire bağlı olarak örgütün içinde karar alma, iç disiplini sağlamadaki etkin konumu bulunan kişiler komuta yetkisini taşıdıkları" belirtilmiştir. Öte yandan Askeri Yargıtay 3. Dairesinin 17.7.1984 gün ve 836/312 sayılı kararında ileri sürülen

220’de düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma suçunun hükümleri uygulanacaktır. Bu cümleden, söz konusu TCK. m. 220/6’da örgüte üye olmamakla beraber örgüt adına suç işleyen kişinin ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı da cezalandırılacağı, 11.4.2013 tarihli 6459 Sayılı Kanunla değişik ek cümleyle bu hükmün silahlı örgütler hakkında da uygulanacağı düzenlenmektedir. Yine TCK. m. 220/7’de ise örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı belirtilmektedir⁹⁸. Bu düzenleme özellikle suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda olduğu gibi, incelediğimiz suç açısından da iştirak meselesini tartışmamızı zorunlu kılmaktadır. Bu düzenlemeler suça iştirakin çok failli suçlar bakımından özel düzenlemesi şeklindedir. Anayasayı ihlal suçunu işlemek için kurulmuş bir silahlı örgüte, üye olmamakla beraber yani örgütün organik yapısına katılmaksızın bu silahlı örgüt adına suç işleyen kişiler silahlı örgüt üyesi olmak suçundan da ayrıca cezalandırılacak, ancak örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilecektir. 6459 sayılı Kanun ile fıkraya eklenen cümle ile değişiklik öncesi tüm örgütler için uygulanan bu hüküm değişiklikle beraber sadece silahlı örgütler açısından uygulanacaktır. Buradaki “*silahlı örgüt*” kavramından sadece TCK. m. 314’de karşılığını bulan ve sınırlı sayıda belirtilen

görüşler doğrultusunda denilebilir ki, yönetim yetkisi bulunmamakla birlikte çete hiyerarşisi içinde, örgütsel amacın gerçekleşmesi için önemli ve gerekli hareketlerden birisiyle süreklilik gösterecek biçimde yükümlü bulunan kişi özel görevli sayılmalıdır. Yargılama konusu olayda yer alan, laik anayasal düzeni silah zoruyla yıkarak yerine teokratik bir devlet kurmayı amaçlayan, “İslami Hareket” adlı çetenin bilinen teme örgütlenme yapısı şöyledir. “Genel Emir’ örgütün lideri konumundadır. Bunun yanında “Şura= Yürütme Kurulu” bu çetenin en üst karar alma organlarıdır. Bu organlara bağlı olarak çalışan “Tebliğ ve Askeri Kanat=Ameliyat grubu” alınan kararları uygulayıcı en önemli birimleridir.” **YAR-GITAY CEZA GENEL KURULU, E. 2002/9-101, K. 2002/246, T. 14.5.2002.**

⁹⁸ **TCK.m.220(6) (Değişik: 2.7.2012 – 6352/85 md.)** Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.**(Ek cümle: 11.4.2013-6459/11 md.)** Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.

(7) (Değişik: 2.7.2012 – 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.

suçları işlemek amacıyla kurulmuş silahlı örgütlerin değil, değişiklik gerekçesinden de hareketle tüm silahlı örgütlerin anlaşılması gerekmektedir⁹⁹. Bu düzenleme doktrinde eleştirilere tabi tutulmuştur¹⁰⁰. Bizim de katıldığımız şekilde, örneğin bir kişinin, Anayasayı ihlal suçunu işlemek üzere kurulmuş bir silahlı terör örgütüne üye olmakla beraber bu örgüte duyduğu sempati neticesinde katılmış olduğu kanuna aykırı bir gösteride suç işlemesi durumunda, bir defa gerçekleştirdiği, yani devamlılığı olmayan bu durum için kişinin örgüt üyesi olmaktan da cezalandırılması, örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt üyesi gibi cezalandırılmasını sonuçlar ki, bu durum suçun şahsiliği ilkesiyle çelişebilmektedir.

Devletin silahlı kuvvetlerinin böyle bir suç işlemesi durumunda da şartların oluşması halinde TCK. m.314'deki silahlı örgüt suçunun oluşması gerekir. Yine aynı şekilde devletin silahlı örgütüne mensup olmayanların yardım ve onun adına Anayasayı ihlal suçunu işlemesi durumunda yukarıdaki 220. madde açıklamaları gereği mensup olmayan bu kişilerin de TCK. 314'de göre sorumlu olması gerekir¹⁰¹. Muhakkaktır ki bu sorumlulukların doğması için Anayasayı ihlale teşebbüs suçu amacı ve kastıyla hareket edilmiş olması gerekir. Burada da devletin silahlı kuvvetlerinin yöneticisi durumunda olan kişilerin astları tarafından gerçekleştirilen bir anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilecek filleri dolayısıyla sorumluluğunun tartışılması gerekir. Fiil kısmında da belirttiğimiz gibi TCK. m. 309'da belirtilen suç saf ihmali hareketlerle işlenebilecek bir suç değildir. Zira cebir ve şiddet bu suçun unsurudur. Ancak bu suçun görünüşte ihmal suçu şeklinde, yani ihmal suretiyle icra suçu şeklinde işlenip işlenmediğini de belirtmek gerekir. Bu cümleden, eğer bu şekilde işlenebilen bir suç ise iştirak bahsi içinde özellikle devletin silahlı kurumları içerisindeki hiyerarşi de göz önünde bulundurulduğunda üstlerin, astların işlediği suçtan sorumluluğunu belirlemek gerekir.

⁹⁹ Benzer görüş için bkz. Vesile SONAY EVİK, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s.688, C.19, S.2, 2013.

¹⁰⁰ EVİK, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu**, s. 691. ÖZGENÇ, s. 29, 30.

¹⁰¹ ÖZGENÇ, s. 226.

2. Terör Suçu Olarak Anayasayı İhlal

Suç işlemek amacıyla kurulmuş silahlı örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsun veya olmasın, TCK.'nın 309. maddesinde tanımlanan "*Anayasayı ihlal*" suçu, Terörle Mücadele Kanununun 3. maddesi çerçevesinde bir terör suçu olarak nitelendirilmiştir¹⁰². Bu cümleden, belirtilen suçu işlemek amacıyla kurulmuş olan örgütler "*terör örgütü*" olacaktır.

TMK'nın 7. maddesinde yer verilen terör örgütü tanımına göre "*terör örgütü*", cebir ve şiddet kullanılarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle 1. maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek amacıyla kurulan örgüttür. TMK 1. ve 7. madde birlikte değerlendirildiğinde "*Cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla suç işlemek amacıyla kurulan örgüt*" terör örgütü olarak tanımlanabilir.

Ülke özelinde düşünüldüğünde, kurulmuş birçok suç örgütünün amacının siyasi ve ideolojik olduğu söylenebilecektir. Siyasi ve ideolojik bu amaçlarının aslında temelde devletin önerisi olan Anayasal düzene bir karşı çıkış olduğu da tespit edilebilmektedir. İşte bu örgütlerin benimsediği amaçların anayasal düzende bir karşılığı olmadığı için meşruluğu tartışmalı olsa da, bu amaçların tek başına incelediğimiz *Anayasayı ihlal* suçunu oluşturmayacaktır. Meğerki bu amaçları gerçekleştirmek için cebir ve şiddet unsuruyla beraber baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birine başvurulmamış olsun.

C. İçtima

TCK. m. 309'un ikinci fıkrasında özel bir içtima hali düzenlenmiştir. Gerçekten bu fıkra "*Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçla-*

¹⁰² ÖZGENÇ, s. 226.

rın işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.” denilerek Kanunun esas benimsediği gerçek içtima kuralına burada da özel olarak yer verilmiştir.

Ancak kişilere iradelerini etkilemenin ötesinde bu suçun unsurlarından cebir ve şiddetin uygulanması halinde, örneğin kişiler işkenceye maruz bırakılmış, ağır şekilde yaralanmış, hürriyetinden yoksun bırakılmış veya öldürülmüş iseler, failer hakkında ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmedilmesi gerekir¹⁰³. Eski 765 s. TCK. m. 146 ve 5237 sayılı TCK. m. 309’da düzenlenen bu suç ile ilgili hangi kanunun lehe sayılıp uygulanacağı sorunun cevabı da bu özel içtima hükmündedir. Zira gerek eski kanunumuzda gerekse de yenisinde bu suç için öngörülen ceza aynı şekilde “ağırlaştırılmış müebbet hapis” cezasıdır. Bununla birlikte, yeni kanunun gördüğümüz bu özel içtima hükmü nedeniyle, bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde bu suçlardan dolayı da ayrıca cezaya hükmolunacaktır. Dolayısıyla ceza yaptırımını açısından 765 sayılı Kanunun, 5237 sayılı Kanuna göre fail lehine olan kanun olarak gözükmektedir.

V. YAPTIRIM VE USUL HÜKÜMLERİ

Anayasayı ihlal suçu şikâyete tabi suç değildir. Bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma re’sen yapılır.

Bu suç ile görevli mahkeme, TMK 10’da yapılan değişiklikle¹⁰⁴; TMK kapsamına giren suçlar dolayısıyla, Adalet Bakanlığı’nın teklifi üzerine, HSYK tarafından yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülecektir. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri, Adli Yargı Adalet Komisyonu’nca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde

¹⁰³ ÖZGENÇ, s. 226.

¹⁰⁴ “Yasal değişiklikler yakından irdelendiğinde; 1.maddenin 1.fıkrasındaki terör suçunun unsurlarının öncelikle belirli amaçlar olması, bu amaçlara ulaşmak için baskı ve tehdit yöntemlerinin benimsenmesinin de ötesinde cebir ve şiddet kullanılması ve belirtilen amaçlara ulaşmak için müstakil suç teşkil eden eylemlerde bulunulması şeklinde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak bir eylemin terör faaliyeti olarak kabul edilebilmesi ve bu eylemleri yapan organizasyonun terör örgütü sayılabilmesi için, en az iki kişinin öncelikle yasada belirtilen cebir ve şiddet yöntemlerini kullanması ve terör faaliyeti kapsamında işlenen eylemlerin müstakil suç teşkil etmesi gereklidir.”

veya işlerde görevlendirilemeyecektir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile Askeri Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklı kalacaktır. TMK kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, *Anayasayı ihlal* suçu buna dâhil, soruşturma, HSYK'ca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınınca bizzat yapılacaktır. Bu Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca başka mahkemelerde ve işlerde görevlendirilemeyecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun, "Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak", "**Anayasayı ihlal**", "Yasama organına karşı suç", "Hükümete karşı suç", "Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan" "Silahlı örgüt", "Silah sağlama" ve "Suç için anlaşma" maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlemiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınınca doğrudan soruşturma yapılabilir. Bu hükmün istisnası Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesi. Bu Kanunun 26. maddesi, "MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin (değişen haliyle TMK Bölge Terör Mahkemeleri) görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması, Başbakanın iznine bağlıdır" hükmünü içermektedir.

Bu suçla ilgili gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalamanın ardından itibaren 48 saat saati geçemez. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla 24 saat süreyle kısıtlanabilir. Bu zaman zarfında ifade alınmaz. Bu suçlarda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen tutuklama süresi 2 katı olacak şekilde uygulanır. *Anayasayı ihlal* suçunun soruşturma ve kovuşturmasında müdafii bulunmazsa bir müdafii görevlendirilir (CMK. m. 150/3). Bu suçta zaman aşımı 30 yıldır (CMK. m. 66). Bu suçların yurtdışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz. Bu suçu işleyenler hakkında tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranda arttırılarak uygulanır. Cezanın yukarı

sınırı aşılabılır ancak müebbet hapis cezası yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Bu suç için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı teorik olarak verilebilir. Bunu engelleyen TMK 13. madde mülga olmuştur. Bu suçla ilgili tanık olarak dinlenenler veya CMK 236. maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları hakkında 5726 Sayılı Kanun gereği tanık koruma tedbirleri uygulanır. Bu suç ile ilgili uygulanabilecek tutuklama süresi en çok 2 yıldır, zorunlu hallede bu süre uzatılabilir ancak uzatma süresi toplam 3 yılı geçemez. Eski CMK. m. 252/2 yeni TMK. m. 10 gereği bu suçlarla ilgili Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır hükmü mevcut idi ancak bu iki kat uygulanır hükmü *Anayasa Mahkemesinin 4/7/2013 tarihli ve E:2012/100, K:2013/84 sayılı kararıyla iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazetede yayımlandığı 2/8/2013 tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır*. Süresine bakılmaksızın bu suçtan mahkûm olanların cezaları 5275 sayılı yasanın m. 9-2 gereği yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilir. Bu suçla ilgili olarak alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, hükümlü veya tutuklular, rızaları alınmak koşuluyla, ilgili makamın ve Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine hâkim kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler (5275/92-2).

Son olarak *Anayasayı ihlal* suçunun “siyasi suç” olup olmadığı problemine cevap vermek gerekecektir. Zira “siyasi suç” sayılıp sayılmamasına göre “geri verme” müessesesi özellik arz edecektir. Hangi suçun siyasi hangi suçun siyasi olmayan suç olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşlere göre sınırlar çizilmektedir. Objektif görüşe göre, devletin belirli haklarını doğrudan doğruya ihlal eden eylemler, siyasi suçtur. Buna göre ihlal edilen çıkar, “devletin varlığına ve teşkilatına ilişkin ise” ortada siyasal suç var denilmektedir. Subjektif görüş, kişilerdeki suça neden olan Saikleri ve amacı göz önüne alarak; siyasi saikle işlenen suçu siyasi suç olarak saymaktadır¹⁰⁵. Devletin siyasi düzenini bozmak bu cihetten sayılabilir. Üstünlük görüşünde ise, suçu oluşturan unsurların mukayesesi önem arz etmektedir. Buna göre siyasi hak ve değer, diğer suça nazaran daha üstün ise

¹⁰⁵ Köksal BAYRAKTAR, *Siyasal Suç*, İstanbul, 1982, (Profesörlük Takdim Tezi), s. 60-66.

suç siyasi suç niteliğindedir. bu çerçevede *Anayasayı ihlal* suçu amaç manevi unsurunu içerdiği için subjektif ölçüte göre siyasi suç olarak nitelendirilebilir. Bunun sonucu olarak da “*geri verme*” müessesesi çalıştırılırken bu suçun siyasi suç olduğundan bahisle, geri vermeye engel durumların oluşabileceği söylenebilir.

SONUÇ

Günümüz ceza hukuku biliminin önemli iki meselesinden biri depenalizasyon yani ceza hukukunun uygulama alanından bazı fiilleri (özellikle ekonomik alanda gerçekleştirilen fiiller, kabahatler, düşünce özgürlüğü kapsamına girecek olan basın aracılığıyla islenen fiiller) çıkarma hareketi ve bir diğeri ise özgürlük/güvenlik dengesi söylencesi çerçevesinde ceza hukukunun ve doğal olarak da cezai sorumluluğun alanını genişleten harekettir. Bu genişletme özellikle teşebbüs suçlarının yaratılması ve cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinin kanunda suç olarak düzenlenmesi neticesinde gerçekleştirilmektedir. İncelediğimiz Anayasayı İhlal suçu ise, İkinci Dünya savaşı sonrasında artarak devam eden ve terörizmin yaygınlaşması ile 21. yüzyılda farklı bir noktaya gelen *kamu düzenin korunması* düşüncesi ile oluşturulmuş teşebbüs suçlarına nazaran çok daha önceleri ceza kanunlarında var olan ve mevcut sistemi korumayı amaçlayan bir ceza hukuku aracıdır. Özellikle 11 Eylül saldırıları sonrası güvenlik paranoyası sayılabilecek bir şekilde devlet güvenliğine ağırlık vererek ceza hukukunu güvenliğin sağlanması için bir araç olarak kullanmak suretiyle bazı özgürlükler alanında da teknik ceza hukukunun faaliyet göstermesi incelediğimiz suça benzer suçların ortaya çıkmasını hatta daha ileri gidilerek hazırlık hareketlerinin cezalandırılma alanını genişletmesi tespit edilebilmektedir.

Bu çerçevede çalışmamızda toplumun üst metni olarak meşruluğunu toplumdaki bireylerin kabulünden alan Anayasanın ve bunun öngördüğü düzenin cebir ve şiddet yoluyla ihlal edilmesini suç olarak düzenleyen TCK. m. 309’un tahlilini analitik suç inceleme yöntemiyle yaptık. Netice olarak TCK. m. 309’da düzenlenen Anayasayı İhlal suçunun maddi unsurları cebir ve şiddettir. Fiilin bu niteliğinden dolayı manevi cebir yani tehdit ile bu suçun oluştuğunu varsaymak kanunilik ilkesi ile çelişecektir. Suç cebri özellik taşıdığı için ihmali bir davranışla

gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Teşebbüs aşamasında kalması durumunda dahi cezalandırılması sebebiyle teşebbüs suçu olan bu suç şekli bir suç olup aynı zamanda somut tehlike suçudur. Bu suç her ne kadar açık bir terör suçu olarak düzenlense de bu suça teşebbüsün düşünülmesi cezalandırılma alanını genişletecektir ve kanunda suç olarak belirtilmeyen hazırlık hareketlerinin veya daha ileri gidilerek düşüncelerin dahi cezalandırılması tehlikesini doğuracaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk - Gökçen – Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2013.
- AYDIN, Devrim **Suçta Teşebbüs**, **Criminal Attemp in**: AÜHF c.55, sa.1.
- AVCI, Mustafa, **Örgütlü Suç Kavramı**, Kamu Hukuku Arşivi, y.6, s. 1-128, 2003.
- BALTACI, Vahit, **Yeni TCK. ve CMK.'da Terör Suçları ve Yargılaması**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; BOZDAĞ Ahmet, **“Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”**, *Maliye Dergisi*, Sayı: 158, Ocak-Haziran 2010.
- BAYRAKTAR, Köksal, **Siyasal Suç**, İstanbul, 1982, (Profesörlük Takdim Tezi).
- BOULENGER, Marcel, **L’attentat D’orsini**, Hachette, 1927.
- COLLET, André, **Complot**, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2001.
- Dalloz, **Code Penal**, 2013.
- DARANGELİ, Vesile Sonay **Tehlike Suçları**, (İ.Ü.Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1998.
- EREM Faruk; TOROSLU Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003.
- GARRAUD, René **LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT DE RÉBELLION** Extrait du « Traité du droit pénal français » (3e éd. par Pierre GARRAUD, T. IV, n°1604, Paris, 1922.
- GIUDICELLI-DELAGE, **Livre IV. Les crimes et délits contre la nation, l’État et la paix publique**, Rev. sc. crim. 1993.493. Gaz.Pal. 1982 I panor cass 110.

- HUSABO, Erling Johannes, **The regulation of Complicity, Attempts and Preparatory Acts in the New Norwegian Penal Code(2005), Seen in a Historical and European Perspective**, in: *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları*, Ed. Adem Sözüer, C.I., s.20, XII Levha, 2010.
- JACCARD, Pierre-Philippe **La mize en danger de l’ordre constitutionnel en droit pénal suisse**, Lausanne, 1983.
- KAPANİ, Munci, **Politika Bilimine Giriş, 14. Bası**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2002.
- KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ İlhan, **Ceza hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- KUNTER, Nurullah; YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri**, 13. Bası, Beta Yayınları, 2004.
- KUNTER, Nurullah; YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, Beta Yayınları İstanbul, 2010.
- MEMİŞ, Mehmet, **Anayasayı Yeniden Yapma ve Değişirme Üzerine Analizler**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIV, Y:2010, sa. 2.
- MUMCU, Uğur, “Türk Hukukunda İptal Kararlarının Yerine Getirilmesi ve Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXVII, Yıl: 1970, Sayı: 3-4, s.118-120.
- ÖZEK, Çetin, “Silahlı Çete – Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 49, Sayı 3, Ankara, 1994.
- ÖZEK, Çetin, **Organize suç, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, 1998.
- ÖZEK, Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler**, İstanbul, 1967.
- ÖZGENÇ, İzzet, **İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Suç Örgütleri**, 6. bs., Ankara Seçkin Yayınları, 2013.
- PARLAR, Ali, Muzaffer HATİPOĞLU, **Suçta Teşebbüs İştirak-İçtima ve Yaptırımlar**, 2. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- POULANTZAS, Nicos, **Nature des choses et Droit**, LGDJ, Paris 1965.
- PRADEL, Jean, **Droit Penal General**, 18.e, CUJAS, Paris, 2010.
- ROSENAU, Henning, **Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı**, Çev. Erhan TEMEL, AÜHFED, c.57 sa. 4, 2008.

- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, II, Ankara, 1995.
- SONAY, EVİK, Vesile, Suç işlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s.667-697, C.19, S.2, 2013.
- SOYASLAN, Doğan, **Özel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2012.
- SOYSAL, Mümtaz, **Anayasanın Anlamı- 100 soruda**, Gerçek Yayınevi, 10. Bası, İstanbul, 1993, s. 248-250.
- SÖZÜER, Adem: **Suçta Teşebbüs**; Kazancı Yay, İstanbul, 1994
- SÖZÜER, Adem: "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kavramı ve Batı Ülkelerinde ve Özel Yargılama Önlemlerinin Türkiye'deki Boyutları", **Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele: Panel 5 Ekim 2001: Bildiriler ve Tartışmalar**, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s.25-69.
- SÖZÜER, Adem Yuvarlak Masa, HPD.
- SÖZÜER, Adem, **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2013.
- SUNGUR, Hasan Halis, Anayasayı İhlal Suçları ve TCK. 146'ncı maddesi Hükümleri: Sâkıt İktidarın Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Matbaası, 1961.
- ŞEN, Ersan, Darbe Suçu İhmalî Davranışla İşlenir mi?, B.Ü.H.F.D., 2013, C. 8., Sa:107-108, s.217-222.
- TELLENBACH, Silvia, **Devlete Karşı İşlenen Suçlar**, in: İstanbul Goethe Enstitüsü, Heinrich Böll Vakfı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, University of Kansas School of Law, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu), 20-23 Ekim 1999, İstanbul, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001.
- VITU, Merle, **Réforme des dispositions législatives concernant la sûreté de l'État**, JCP 1960.
- YAŞAR, Osman; GÖKÇAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt VI, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Yüksek Adalet Divanı Kararları, Yassıada 1960 1961.
- Yenisey, Feridun; Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.