

ANAYASAYI İHLAL SUÇU

The Crime of Violation of Constitution

Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ*

Özet

“Anayasayı ihlal” suçu kalkışma suçlarının bir türüdür. Suç genel teorisinde kalkışma suçları temel olarak, kurucu iktidar olmaya yönelik hareket şeklinde tanımlanabilir. Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 309. maddesine göre; “*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. Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur*”. Bu çalışmada, “anayasayı ihlal” kavramı ayrıntılarıyla tartışılmış ve kalkışma suçları kapsamında kabul edilen bu suçun unsurları incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: ihlal, suç, anayasa, anayasayı ihlal, kalkışma suçları

Abstract

The crime of “Violation of Constitution” is the types of attempt crimes. In the general theory of crime, attempt crimes should defined basically by the the criminal act directed to the constituent power. According to Turkish Criminal Code (TCC), art. 309; “*anyone who attempts to destroy the order prevenient by the Constitution of the Republic of Turkey, or to replace it with*

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

another constitutional order, or to prevent the actual implementation of that order by the use of force or violence shall be sentenced to strict life imprisonment. Where other crimes are committed during the commission of this crime, relevant provisions shall also apply for the punishment of such offences". In this study discussed the term of "violation of constitution" in detailed and analyzed the elements of this crime admitted under the attempt crimes.

Keywords: violation, crime, constitution, violation of constitution, attempt crimes

Giriş

5237 sayılı TCK'nun 309. maddesinde düzenlenen "Anayasayı ihlal" suçu, suç genel teorisinde "kalkışma suçları" kapsamında değerlendirilen bir suç tipi olarak ortaya çıkmaktadır.

Kalkışma suçları, neticesiz suçlardan olup, doğrudan kastla işlenen amaç suçları arasında yer alırlar. Bu suçların tamamlanması mümkün değildir. Çünkü doğrudan suça yönelik olan hareketle hedeflenen başarıya ulaşılması halinde, onu cezalandırabilecek olan kurulu hukuk düzeni ortadan kalktığından, kalkışma hareketini cezalandırmak imkânı olmamaktadır¹.

Çalışmada bir kalkışma suçu türü olup TCK'nun "Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısım, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" beşinci bölüm başlığı altında düzenlenen "Anayasayı ihlal" suçunun Türk Ceza Kanunlarındaki gelişimi incelenmiş, suçun unsurları ve işleniş biçimleri üzerinde durulmuş, ceza ve ceza muhakemesi açısından önem arz eden noktalar ile yoruma muhtaç sahalara irdelenmiştir.

I. Türk Ceza Kanunlarında Anayasayı İhlal Suçu

Anayasayı ihlal suçu, 765 sayılı mülga Kanununun 146/1. fıkrasında; "*Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir² ve tebdil³ veya ilgaya⁴ ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan*

¹ Ayrıca bkz., TCK, md. 302, 311, 312.

² Tağyir: Başkalaştırma, değiştirme, bozma (Develioğlu, F.: Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 1970, s. 1214).

³ Tebdil: Değiştirme, değiştirilme, başka bir hale getirme (Develioğlu, s. 1252).

⁴ İlgâ: Lağvetme, kaldırma, bozma (Develioğlu, s. 512).

Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olur" ifadeleriyle düzenlemeye kavuşturulmuş, 5237 sayılı TCK'nun 309. maddesinde ise Anayasayı ihlal suçu "*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*" hükmüyle bugünkü şeklini almıştır.

Her ne kadar 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtayın süreklilik kazanmış içtihatları "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu'ndan" kastedilenin sadece şekli varlığıyla anayasa metni değil aynı zamanda "anayasal düzen" olduğu kanaatindeyse de 5237 sayılı TCK'nda bu ifadenin "anayasal düzen" ifadesiyle değiştirilmesi yerinde olmuştur⁵.

Öte yandan anlamı tam karşılamayan "Anayasayı ihlal" madde kenar başlığının madde metniyle uyumlu olacak şekilde "Anayasal düzeni ihlale kalkışma" ya da "Anayasal düzeni cebren değiştirmeye kalkışma" olarak değiştirilmesi kanımızca daha uygundur. Zira Anayasaya aykırı kanun çıkarmak da anayasayı ihlal eder, ancak TCK'nun 309. maddesinde ifade olunan suça vücut vermeyeceği açıktır⁶. Ayrıca açıktır ki Anayasanın ihlali halinde yeni bir kurucu iktidar düzeni söz konusu olacağından, adı geçen maddede cezalandırılan Anayasayı ihlal etmek değil Anayasal düzeni ihlale "kalkışmaktır".

5237 sayılı Kanunun 309. maddesinde ifadesini bulan "bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemek" tabiriyle, 765 sayılı Kanun'un 146. maddesindeki ifadesiyle "tağyir", "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak" tabiriyle "ilga", "bu düzen yerine başka bir düzen getirmek" tabiriyle ise "tebdil" kastedilmek istenmiştir. Dolayısıyla yönelik olduğu hareketler bakımından mülga Kanun ile 5237 sayılı TCK arasında esaslı bir farklılık yoktur.

Ancak 765 sayılı Kanunun 146/2. fıkrasında ifade olunan; "*...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*

⁵ Baltacı, V.: Terör Suçları ve Yargılaması, Ankara 2007, s. 142.

⁶ Hafizoğulları, Z.: Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu, BÜHFD, C. 1, S. 1, Y. 2015, s. 486.

edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur

Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur” hükmüne 5237 sayılı TCK’nun ilgili maddelerinde bizce haklı olarak yer verilmemiştir.

Zira bu hüküm, özel iştirak hükümleri koymasının yanı sıra maddenin ikinci fıkrası gereği, “yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur” ifadesiyle kalkışma suçunun “hazırlık hareketini” kalkışma suçunun cezasıyla cezalandırmaktadır.

Diğer taraftan 5237 sayılı TCK’nun 309. maddesinin ikinci fıkrası 765 sayılı Kanun’un tersine; söz konusu suçun işlenmesi sırasında başka suçların da işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunacağını amir olması nedeniyle eleştiriye açıktır⁷. Buna benzer bir hüküm İtalyan, Alman, Fransız, İspanyol, İsveç, İngiliz ve Amerikan ceza hukuku sistemlerinde bulunmamaktadır⁸.

Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, biz söz konusu hükmün, tek suça tek ceza prensibine aykırı olduğunu, bu bakımdan 765 sayılı Yasa dönemindeki uygulamanın daha yerinde olduğunu düşünüyoruz. Zira bu suçun işlenmesi sırasında işlenen diğer suçlar, Anayasayı ihlal suçunun hareketi niteliğindedir. Dolayısıyla ortada birden fazla suç yoktur. Her biri birlikte Anayasayı ihlal suçunun fiil unsuru niteliğinde olan ve bu niteliği itibarıyla tek bir kalkışma hareketi içinde eriyen tek bir hareket, tek bir fiil, dolayısıyla da tek bir suç vardır⁹.

⁷ Yargıtay 9. CD., 2007/2572 E., 2007/3890 K., 8.5.2007 T. sayılı kararında; “sanığın mensubu olduğu örgütün amacı doğrultusunda adam öldürme eylemine katıldığıının anlaşılması karşısında, 5237 sayılı Yasanın 309/1. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesi sırasında başka suçu da işlemesi nedeniyle, aynı Yasa maddesinin 2.fıkrası uyarınca yasanın amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alındığında, hakkında ayrıca bu suçtan dolayı da ilgili hükümlere göre ceza tayini gerektiği, bu durumda da 765 sayılı TCK.nun 146/1. maddesinin sanık lehine olduğu gözetilmeden değerlendirmede yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırıdır” şeklinde görüş bildirmiştir.

⁸ Bkz., ayrıntılı bilgi için, Aygün Eşitli, E.: Kalkışma Suçları, Ankara 2016, s. 33 vd.

⁹ Hafızoğulları, konuya ilişkin olarak “...Açıklamalar...bilinen hiçbir kanunda yeri olmayan bu garabetin hikmetini açıklamamaktadır. Tartışmalardan, tarihi kanun koyucunun, dün de bugün de, suç oluşturan tipik fiilin tanımına ilişkin olarak üzerinde çok tartışılan Kalkışma

765 sayılı Kanunla 5237 sayılı TCK arasındaki bir diğer farklılık da TCK'nun 309/3. maddesinde, söz konusu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı hükmüne yer verilmiş olmasıdır. Söz konusu hükme 765 sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Ancak 765 sayılı Kanunda böyle bir hükme yer verilmemiş olması, o dönemde tüzel kişilerin sorumluluğunun olmayacağı şeklinde yorumlanmamıştır. 5237 sayılı TCK döneminde de Kanunun 60. maddesi karşısında aksi yönde bir yorum yapmak mümkün değildir. Tüzel kişiler fail olamazlarsa da tüzel kişiler yararına suç işlenmesi imkânsız değildir.

II. Fail

Anayasayı ihlal suçunun faili Türk ya da yabancı, herkes olabilir¹⁰. Ancak tüzel kişiler statüleri ile kişilik kazandıklarından suçun faili olamazlar.

Öte yandan bu suçlarda, isnat yeteneğine sahip olmayan kimseler de fail olabilir¹¹.

suçlarına tümünden kayıtsız kaldığı sonucu çıkmaktadır” sözleriyle görüşünü bildirmiştir (Hafizoğulları, Anayasa, s. s. 487, dpn. 6).

¹⁰ Florian, E.: Trattato di diritto penale, V. II, Delitti contro la sicurezza dello stato, Milano 1915, p. 206, 314; Antolisei, F.: Manuale di diritto penale, Ps., II, Milano 1997, p. 544; Fiandaca, G./Musco, E.: Diritto penale, Ps., V. I, Bologna 1993, p. 8, 10, 12; Rossi, P.: Attentato contro la costituzione dello Stato, Enc. dir., V. III, Varese 1958, p. 978; Vannini, O.: Manuale di diritto penale italiano, Ps., Milano 1947, p. 1; Maggiore, G.: Diritto Penale, Ps., V. 2, T. 1, Bologna 1948, p. 32, 77; Manzini, V.: Trattato di diritto penale italiano, V. IV, Torino 1921, p. 13, 242; Pannain, R.: Personalità internazionale dello stato (delitti contro la), Novissimo dig. it., V. XII, Torino 1968, p. 1110; De Mauro, G. B.: Attentato contro gli organi costituzionali, Nuovo dig. it., V. I, Torino 1937, p. 1077. Ayrıca bkz., Yargıtay 9. CD., 1999/1296 E., 1999/3623 K., 22.11.1999 T.

¹¹ Isnat yeteneği cezayı ortadan kaldıran veya azaltan bir neden olarak TCK'nun 31 vd. maddelerinde “yaş küçüklüğü”, “akıl hastalığı”, “sağır ve dilsizlik”, “geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma” başlıkları altında düzenlenmektedir. Doktrinde bir kısım yazarlar, isnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı saymaktaysalar da (Bkz., benzer görüşler için, Özgenç, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 390 vd; Özbek, V. Ö./Kanbur, M. N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 373 vd.; Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 306 vd; Koca, M./Üzülmez, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 312 vd) biz, isnat yeteneğini, fiilin faili, faili olduğu fiilin unsuru olamayacağından (Hafizoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 247) ve isnat yeteneği olmayan kimselerin de kusurlu olabileceği düşüncesinden hareketle kusurluluğun ön şartı değil failin bir durumu, kişisel bir niteliği olarak görüyoruz. Dolayısıyla isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, kusurluluğu ne kaldıran ne de azaltan nedenlerdir. O halde isnat yeteneği olmayan kimseler de suçun faili olabilirler. Ancak isnat yeteneği olmayan kimselere isnat yeteneğinin

Anayasayı ihlal suçu tek faille işlenebilen bir suçtur. Ancak uygulamada çoğunlukla bu suçun, sağladığı kolaylıktan ötürü örgütlü olarak işlendiği¹² görülmektedir.

Ayrıca bu suç kamu gücünü, zor kullanma yetkisini elinde bulunduranlar, bir başka deyişle idare edenler tarafından işlenebileceği gibi idare edilen ve devletin cebir gücünü elinde bulundurmayanlar tarafından da işlenebilir.

Devletin cebri gücünü elinde bulundurmayan kimselerin Anayasayı ihlal suçunu işlemeleri bu suçun özelliği gereği elverişli hareket bakımından değerlendirildiğinde, çoğunlukla manevi cebirden ziyade maddi cebirle mümkün olmaktadır.

Diğer yandan görevleri gereği devletin kamu gücünü elinde bulunduran kimselerin, ör. Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulunun, milletvekillerinin, askerlerin ve güvenlik güçlerinin maddi ya da manevi cebirle söz konusu suçları işlemeleri halinde, sahip oldukları kamusal gücün suçların işlenmesinde kolaylık sağlayacağı aşikârdır¹³. Siyasi gücü elinde bulunduran kimselerin kalkışma suçlarını işlemeleri için çoğu kez manevi cebir yeterli olmaktadır¹⁴.

III. Hukuki Konu

Ceza normunun bir ceza tehdidiyle muhtemel saldırılara karşı koruduğu hukuki değer veya menfaate suçun hukuki konusu denir¹⁵.

Anayasayı ihlal suçunun hukuki konusu anayasal düzenin devamına ilişkin kamusal menfaattir.

Öte yandan bu suçta kalkışma hareketinin yönelik olduğu amacın meydana gelmesi halinde, bu kez ortada korunmaya muhtaç bir değer veya menfaat kalmayacaktır. Zira bu halde, önceki iktidar düzeninin yerini başarıya ulaşan kalkışma hareketiyle birlikte yeni kurucu iktidar düzeni almıştır.

ne kadar ortadan kalktığına bağlı olarak kanunen ya hiç ceza verilmez ya da bu kimseler, suçun kanunda öngörülen cezasından daha az bir ceza miktarıyla cezalandırılırlar. İsnat yeteneği olmayan kimseler hakkında şartları varsa güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

¹² Bkz., TCK., md. 220: Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, md. 314: Silâhli örgüt

¹³ Manzini, Trattato, p. 242, 247; Soyaslan, D.: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 749 vd.; Hafizoğulları, Anayasa, s. 490; Baltacı, s. 141.

¹⁴ Florian, p. 320.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Gregori, G.: Saggio sull'oggetto giuridico del reato, V. XVIII, Padova 1978.

Meşruiyetini kendinden alan bu iktidar düzeninin ise herhangi bir hukuki değer veya menfaati ihlal edilmemiştir. Kaldı ki önceki iktidar düzeninde himaye gören somut ihlali cezalandırabilecek olan hukuk düzeni ortadan kalktığından, söz konusu değer veya menfaatin ihlalini ceza ile cezalandırmak imkânı da olmayacaktır.

IV. Mağdur

Suçun mağdurundan söz edebilmek için bu mağdurun ya kişi statüsünde kabul edilebilmesi ya da hukukça tanınan bazı hak veya menfaatlerin hamili olabilen bir topluluk olması gerekmektedir.

Biz, Anayasayla varlık kazanan, Anayasayı yürütme yetkisine sahip olan, Anayasa ve Kanunlarla tanınan belirli hak ve yetkilerin hamili olarak bir hukuki varlığa sahip olan ve dahası kanunla muayyen bazı kamusal menfaatlerin sahibi görülen TBMM'nin, Devletten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmamakla birlikte organ vasfıyla suçun mağduru olabileceğini düşünüyoruz.

Bu nedenle “Anayasayı ihlal” suçunda mağdur, Anayasayı Türk milleti adına yürütme yetkisine sahip olan yasama organı, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'dir¹⁶.

V. Fiil

TCK'nun 309. maddesinde ifade olunan “Anayasayı ihlal” suçunda fiil; “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 etmektir”.

Anayasayı ihlal suçunda fiil hareketin kendisidir. Zira bu suçta hareketten meydana gelen, yani onunla nedensel bir neticenin gerçekleşmesi hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla Anayasayı ihlal suçunda hareketin maksadına ulaşması hareketin neticesi değildir. Anayasayı ihlal suçu da dâhil olmak üzere kalkışma suçlarında, hareket, yani kalkışma, karşı güçle dengelenmediği takdirde, kurucu iktidara evrilmekte, açıkçası, eskisini ortadan kaldıran yeni bir iktidar oluşmaktadır.

Bu suçlarda, ilgili madde metinlerinde ifade olunan amaçlar, kalkışma suçunun fiil unsuru içinde erimekte ve hareketin elverişliliğini

¹⁶ Hafizoğulları, Anayasa, s. 491.

değerlendirirken göz önünde bulundurulmaktadır. Dolayısıyla Anayasayı ihlal suçu, doğrudan kastla işlenen “amaç suçu” özelliği gösterir¹⁷.

Öte yandan amaca yönelik hareketi cezalandırmak suretiyle yönelik olduğu amaca ilişkin olarak doğmuş bulunan tehlikenin kendisi bertaraf edilmek istendiğinden bu suçlar tehlike suçu özelliği gösterirler. Burada tehlikeden kastedilen, makul, gerçekleşmesi olası ve güncel olan bir tehliktir. Dolayısıyla basit bir ihtimal Anayasayı ihlal suçuna vücut vermeye elverişli değildir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu suçlarda cezalandırılanın, hukuken mümkün olmadığından zararın tehlikesi olmadığı, ama yöneldiği amacı açıkça belli eden tehlikenin kendisi olduğudur¹⁸.

Amaca yönelik bu hareket kendisi ayrıca bir suç teşkil etsin ya da etmesin, her türlü hareket olabilir. Bu sebeple Anayasayı ihlal suçu serbest hareketli bir suçtur. Suçu, amaca yönelik tek bir hareketle işlemek mümkün olduğu gibi aralarında amaçsal ve zamansal birlik bulunan birden fazla hareketle de işlemek mümkündür. Ancak bu suçta hareketin veya hareketlerin ya da bunların etkilerinin az çok devamlılık arzetmesi, suçu kesintisiz bir suç yapmaz. Dolayısıyla bu suç hareketin yapılmasıyla tüketilen ani suçlardandır.

Şu kadar ki; tıpkı diğer suçlarda ve bu suçlara teşebbüste olduğu gibi, Anayasayı ihlal suçunda da suçun icrasına elverişli hareketlerle başlamak gerekir ki bu suçta hareketin elverişli kabul edilebilmesi için, her şeyden önce cebri olması aranmaktadır. Cebirden kastedilen, maddi ve manevi cebirdir. Bu da suçu aynı zamanda icra suçu yapar.

Doktrinde, ilgili maddede ifade olunan cebrin yalnızca maddi cebir olduğunu ileri sürenler olmuşsa da kıta Avrupası hukuk sistemlerinde terimin anlam ve kapsamı¹⁹, kanunun gerekçesi²⁰, TCK’nun ilgili diğer maddeleri ve

¹⁷ Gallo, E.: Il delitto di attentato nella teoria generale del reato, Milano 1966, p. 319 ecc.

¹⁸ Tehlike suçlarına ilişkin olarak bkz., Alacakaptan, U.: Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 49; Hafizoğulları/Özen, GH., s. 204 vd.

¹⁹ Bkz., İtalyan Ceza Kanunu, md. 283 (İCK’ nun 2006/85 sayılı Kanunla değişik 283. maddesi “Anayasayı ihlale kalkışma” madde kenar başlığı altında tipik fiili, “Devletin anayasasını cebri davranışlarla doğrudan ve elverişli bir fiille değiştirmek” olarak tanımlamaktadır). Ayrıca bkz., Alman Ceza Kanunu, md. 81.

²⁰ TCK., 309. madde gerekçesi: “...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

Yargıtay kararları²¹ birlikte değerlendirildiğinde kanımızca Anayasayı ihlal suçunda “cebir ve şiddet” ifadesiyle kastedilen maddi ve manevi cebirdir. Ancak amaç yorumunda farklılıklara, değişik yargı kararlarına yol açmak değilse, ilgili maddenin yeniden gözden geçirilmesi ve Kanunda terim birliğinin sağlanması gerekmektedir.

Suçta elverişli hareketin yapılmasıyla birlikte Anayasayı ihlal suçu tamamlanmış olur. Bu sebeple Anayasayı ihlal suçu aynı zamanda neticesiz suç özelliği gösterirler.

Bu suç neticesiz suç özelliği gösterdiğinden ve TCK'nun 309. maddesinde ifade olunan amaçlara yönelik hareketin parçalara bölünmesi olasılığı da olmadığından Anayasayı ihlal suçuna teşebbüs mümkün değildir²².

Anayasayı ihlal suçu kural olarak siyasi suç kapsamında değerlendirilen suçlardan olmaktadır. Zira devletin temel siyasi yapısına ve hukuk düzenine yönelik olan hareketler, tabiatıyla siyasidir. Öte yandan terör örgütü kapsamında işlenen Anayasayı ihlal suçu, Terörle Mücadele Kanunu (TMK, md. 3) gereği terör suçu kabul edilmektedir.

Doktrinde genellikle tam siyasi suç, nisbi siyasi suç ayrımı yapılmakta, nisbi siyasi suçların ve uluslararası sözleşmelerce terör kapsamında değerlendirilen eylemlerin, siyasi suç olduğu gerekçesiyle suçlunun iadesine engel olmayacağı düşünülmektedir²³.

Anayasayı ihlal suçunun bir diğer özelliği de genellikle vatana ihanet teşkil eden suçlar arasında kabul edilmesidir. Aslında vatana ihanetin uluslararası hukuk bakımından kabul görmüş tek bir tanımı bulunmayıp, her

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...” (Özgenç, İ.: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, GH., Ankara 2005, s. 1098.).

²¹ Cebrin kapsamına ilişkin olarak yapılan değerlendirme açısından bkz., Yargıtay 9. CD., 2013/9110 E., 2013/12351 K., 9.10.2013 T.

²² Kalkışma suçlarında suça teşebbüsün mümkün olmaması hususuna ilişkin olarak bkz., Ranieri, S.: Manuale di diritto penale, Ps., V. 2, Padova 1962, p. 9, 117; Manzini, Trattato, p. 21; Maggiore, p. 78; Pannain, R.: Diritto penale, V. II, Ps., Torino 1957, p. 22 ecc., 225; Vannini, Ps., p. 25.

²³ Bkz., Dönmezer, S./Erman, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II/2, İstanbul 1961, s. 1203 vd.; Demirbaş, s. 171 vd.; Özgenç, s. 986, 991; Koca/Üzülmez, s. 110.

ülkenin kanun koyucusu kendi siyasi etik değerlendirmesine göre kavramı somutlaştırmaktadır. Bugün, Türk hukuk düzeninde vatana ihanet kavramı, bir tanım hükmüyle belirli kılınmış değildir. Ancak temel olarak vatandaşın ülkesine karşı olan sadakat borcunun ihlali kapsamında, devletin ve mevcut hukuki düzenin bekasını tehlikeye düşüren fiillerin vatana ihanet kabul edildiği göze çarpmaktadır²⁴.

a) Anayasal Düzen

TCK'nun 309. madde kenar başlığını oluşturan ancak anılan maddenin metninde adı zikredilmeyen "Anayasayı ihlal" terimiyle kastedilenin, suç fiilinin madde metnindeki ifadesinden hareketle "Anayasal düzeni ihlal" olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²⁵.

Dolayısıyla Anayasayı ihlal suçunun fiil unsurunu açıklığa kavuşturmak öncelikle "Anayasal düzen" in kapsamını belirli kılmayı, sonrasında da söz konusu düzenin ihlalinin ne anlama geldiğini açıklamayı gerektirmektedir.

Her tüzel kişilik gibi Devlet tüzel kişiliğinin de hukuki varlığı, onun bir "statüye" sahip olmasına bağlıdır²⁶. Devletin statüsü, ona meşruiyetini veren kuruluş kanunu, bir başka deyişle mevcut siyasi düzenin üzerinde somutlaştığı metin, Anayasadır.

Kalkışma suçlarında Anayasa ile anlaşılması gereken, devletin temel düzeni, anayasal yapının temel normlarıdır²⁷.

Başlangıç kısmında yaptığı gönderme gereği Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunmuş olan Anayasa, Türk milletini temsile yetkili erk olan yasama organı tarafından, yine Anayasa'da belirtilen usul ve esaslar ile geçerliliğini aldığı temel norma uygun olarak değiştirilebilir.

Hatta toplumların temel yasaları olan Anayasaların zaman içinde değiştirilmesinin, belirtilen sınırlar dahilinde kalmak kaydıyla, o toplumun dinamik yapısının gereği olduğu da kabul edilebilir.

²⁴ Özek, Ç.: Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967, s. 85; Erem, F: Türk Ceza Kanunu Şerhi, ÖH, Ankara 1993, s. 984. Ayrıca bkz., "cumhuriyete sadakat" kavramı ve açıklaması için; Ragno, G.: I delitti di alto tradimento ed attentato alla costituzione, Milano 1974, p. 52 vd.

²⁵ Antolisei, Ps., p. 589; Delpino, L.: Diritto Penale, Ps., Napoli 2006, p. 51; Ragno, p. 120 ecc.; Florian, p. 315 ecc.

²⁶ Teziç, E.: Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2015, s. 159.

²⁷ Florian, p. 316. Ayrıca bkz., Gözler, K.: Kurucu İktidar, Bursa 1998, s. 152 vd.

T.C. Anayasası, hangi koşul ve şartlar altında değiştirilebileceğini, 4. ve 175. maddelerinde²⁸ ifade etmiştir.

Anayasa'nın 4. maddesi uyarınca; Anayasanın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez. Bu yasağa aykırı olarak Anayasayı değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya kalkışmak cebir kabul edileceğinden Anayasayı ihlal suçuna vücut verir²⁹.

Burada hemen belirtmek gerekir ki bir devletin temel yapısının değiştirilmesi konusunda bir karar, Anayasasında açık bir yasak olmasa bile hiçbir zaman meşru olarak verilemez³⁰. O halde T.C. Anayasasının 4. maddesi, yenilik doğurucu değil, bildirici bir maddedir. Adı geçen madde olmasaydı dahi T.C. Anayasasının, geçerliliğini aldığı temel normun üzerinde

²⁸ Anayasa'nın 175. maddesi uyarınca; “Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanı'nın iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.

Halkoylamasına iştiraki temin için, kanunla para cezası dâhil gerekli her türlü tedbir alınır”.

²⁹ Hafizoğulları, Anayasa, s. 492 vd. bu konuda ayrıca bkz., Acar, B.: Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkan ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Ankara 2014, s. 225.

³⁰ Doehring, K.: Genel Devlet Kuramı, Çev. Prof. Dr. Ahmet Mumcu, İstanbul 2002, s. 122.

somutlaştığı ilk üç maddesini değiştirmeye kalkışmak, Anayasayı ihlal suçuna vücut verirdi³¹.

O halde Anayasa'yı geçerliliğini aldığı ve ifadesini ilk üç maddesinde bulunduğu temel norma³² aykırı olarak değiştirmeye, ilk üç maddeye aykırı olacak şekilde kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ya da söz konusu ilkelerin fiilen uygulanmasına engel olmaya kalkışmak hukuka aykırı olup hiçbir toplumsal gereklilik böyle bir fiili, son tahlilde o ülkede geçerli iktidar düzeni ve mevcut hukuk sistemi ortadan kalkacağından, meşru hale getirmez. Ancak kalkışma hareketi başarıya ulaşırsa, bu kez meşruiyetini kendinden alan yeni bir kurucu iktidar düzeni söz konusu olacağından yapılan ihtilal ya da darbe gayrimeşru olarak nitelendirilemeyecektir³³.

TCK'nun 309. maddesinde cezalandırılan gayrimeşru fiil, Anayasal düzenin, cebren, tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasına, değiştirilmesine ya da fiilen uygulanmasına engel olmaya kalkışmaktır.

TCK'nun 309. maddesinin gerekçesinde; siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni oluşturduğu ifade edilmektedir. Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan ilkeler, Anayasanın ilk üç maddesinde ve ilk üç maddeye ilişkin diğer anayasal normlarda (ör. Anayasa, md. 6, 14³⁴) ifade edilmektedir.

Bu nedenle Anayasa'nın 4. maddesinde değiştirilemeyeceği ifade olunan ilk üç maddenin değiştirilmesine kalkışılması ve ilk üç maddeyle doğrudan bağlantılı olan, bu nedenle değiştirilmeleri halinde ilk üç maddede yer alan temel ilkeleri işlevsiz kılacak olan diğer maddelerin, Anayasada öngörülen usulü kullanarak dahi olsa değiştirilmesine kalkışılması cebir kabul edilecek ve Anayasal düzeni ihlal edecektir.

Öte yandan toplu organ niteliğinde olan Anayasa Mahkemesinin ve Cumhurbaşkanının işlevi bakımından TCK'nda ayrı bir suç ihdas edilmek suretiyle korunmadığı ve kalkışma suçları altında da söz konusu organlardan açıkça söz edilmediği göze çarpmakta, bu da Cumhurbaşkanının ve yargı

³¹ Benzer düşünce için bkz., Gören, Z.: Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları, İTÜSBD, S. 16, Y. 2009, s. 10 vd.

³² Hafizoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar, Ankara 2012, s. 277.

³³ Doehring, s. 123.

³⁴ Anayasanın 14. maddesi hükmü, bu anayasaya göre bugün mevcut olan kurulmuş iktidarı bağlamaktadır (Hafizoğulları/Özen, Toplum Karşı Suçlar, s. 277).

erkinin mevcut kalkışma suçu tipleri kapsamında korunup korunamayacağı meselesini açıklığa kavuşturmayı gerektirmektedir.

Kanımızca, mevcut düzenlemeler kapsamında gerek Cumhurbaşkanının gerekse Anayasa Mahkemesinin korunması mümkündür. Zira bu organlar, anayasal organlar olmaları nedeniyle anayasal düzene dâhildirler.

Anayasanın 2. maddesi gereği Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olarak yürütülmesini gerektirir. Bu organların görevlerinin ifasına kısmen veya tamamen engel olmaya yönelik cebri hareketler; devletin, erkler ayrılığı ilkesinden hareketle, Anayasa Mahkemesinde ve Cumhurbaşkanlığı makamında somutlaşan eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olarak yürütülmesine kısmen veya tamamen engel olmaya kalkışma niteliğinde olacağından hukuk devletinin, dolayısıyla da Anayasal düzenin ihlali olacaktır.

O halde bu organların görevlerinin icrasına kısmen veya tamamen engel olmaya kalkışmak Anayasayı ihlal suçuna vücut verir³⁵.

Diğer yandan ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğini amir olan 4. maddeyi değiştirmeye kalkışmak da ilk üç maddeyi değiştirmeye kalkışmak niteliğinde olacağından Anayasayı ihlal suçuna vücut verecektir.

Açıktır ki, bu tipik bir “hile-i şer’iyye”dir. Burada Anayasanın yasakladığı bir sonuca Anayasanın diğer bir maddesinden yararlanarak ulaşılmaktadır. Bilindiği gibi, hile-i şer’iyye hukukun genel ilkeleri gereğince himaye edilmez³⁶. Kaldı ki Anayasanın 4. maddesi, yenilik doğurucu değil bildirici bir madde niteliğinde olduğundan kendisi ortadan kaldırılrsa dahi, bu işlem Anayasanın anayasal düzene hâkim olan ilkeleri düzenleyen ilk üç maddesinin değiştirilmesi teklifine meşruiyet kazandırmaz.

³⁵ Bu kabul, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve ilk üç maddede ifade olunan diğer temel ilkelere aykırılık teşkil etmemek ve bu bakımdan değişiklik teklifinin kendisi cebir kabul edilmemek kaydıyla, Anayasanın öngördüğü usullere bağlı kalınarak, yürütme ya da yargı erkinde gerçekleştirilecek yapısal değişikliklere engel değildir. Zira Anayasayı İhlal suçuyla, Cumhurbaşkanlığı makamının ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa ve kanunlarla muayyen görevlerinin hukuk kurallarına bağlı olarak yürütülmesine engel olmaya kalkışmak cezalandırılmaktadır. Bu makamlara ilişkin hukuk kurallarının meşru yollarla değiştirilmesi halinde ise, artık bu yeni hukuk kuralları yürürlük kazanacak ve bu kurullarla muayyen görevlerin ifasına engel olmaya kalkışmak şartları varsa Anayasayı İhlal suçu kapsamında cezalandırılacaktır.

³⁶ Gözler, Kurucu İktidar, s. 142.

Şu kadar ki 4. madde olmasaydı, kanımızca Türkiye Cumhuriyetinin temel anayasal düzenine hâkim olan ilkelerinin özlerine dokunmaksızın ve bu ilkelerin uygulanma alanını da daraltmaksızın, ilk üç maddede maddi değil ama bazı şekli değişikliklere gitmek mümkün olabilirdi. Ancak mevcut haliyle Anayasanın 4. maddesi böyle bir şekli değişikliği dahi açıkça yasaklamaktadır.

Pek tabii Anayasanın tamamını değiştirmeye kalkışmak, söz konusu maddeleri ortadan kaldırmaya kalkışmak anlamına geleceğinden, bu halde de anayasal düzen ihlal edilmiş olacaktır.

İfade olunan tüm bu hallerde, başkaca bir maddi veya manevi cebir içerip içermediğine bakılmaksızın, Anayasanın koyduğu usul ve esaslara aykırı olması nedeniyle, kalkışma hareketinin kendisinin cebri olduğu varsayılır. Yeterli sayıda meclis üyesinin Anayasanın değiştirilemez maddelerini değiştirmeyi, Anayasal düzeni ihlal etmek kastıyla teklif etmeleri buna örnektir. Bu halde başkaca bir cebri hareket içermese dahi, Anayasanın açık kuralına aykırı davranmanın kendisi manevi cebir kabul edilir³⁷. Kalkışma hareketinin icrasına bu maddelerin, yerine yenisi konularak ya da konulmaksızın, değiştirilmesinin veya Anayasanın tamamının ortadan kaldırılmasının teklif edilmesi ile başlanmış olur. Bu yönde bir teklifte bulunan vekiller, iştirake ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla fail olarak sorumlu tutulurlar. Anayasayı yürüten Meclis ise organ sıfatıyla suçun mağduru konumundadır.

Elverişli olmak kaydıyla Anayasanın şekli varlığını, ilk üç maddeyi ya da bu maddelerle doğrudan bağlantılı olan diğer anayasal normları değiştirmeye, ortadan kaldırmaya yönelik diğer cebri hareketlerle de söz konusu suçun işlenmesi mümkündür. Elverişli sayıda Meclis üyesini, ilk üç maddeye yönelik bir Anayasa değişikliği teklifi yapmaya cebren zorlamak bu son hale örnek verilebilir³⁸. Böyle bir durumda cebri kullananlar suçun faili olarak

³⁷ Cebir veya şiddet maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Failin amaçlarına ulaşmak için kullandığı hukuk dışı meşru olmayan vasıtaların tamamı cebir veya şiddetin içerisindedir (Baltacı, s. 142).

³⁸ Söz konusu halde yasama organına karşı suçun oluşmamasının ancak Anayasayı İhlal suçunun oluşmasının nedeni, suç fiilinin ve kastın Anayasal düzenin işleyişi noktasında TBMM'ne değil, Anayasal düzenin kendisine, Anayasanın şekli varlığına yönelmiş olmasıdır. Öte yandan cebren bazı meclis üyelerini, anayasanın ilk üç maddesini ihlal eden kanun teklifinde bulunmaya da meclisi bu kanunu kabule zorlamak, kanunların anayasal norm niteliği taşıması nedeniyle Anayasayı ihlale elverişli olmamalarının sonucu olarak, Anayasayı İhlal suçuna vücut vermezse de şartları varsa yasama organına karşı suç kapsamında değerlendirilebilir.

cezalandırılırken, araç olarak kullanılmaları dolayısıyla vekillerin kusurluluğu ortadan kalkar.

Anayasanın ilk üç maddesine aykırı bir devlet şekli kurulmasını sağlamak adına toplumsal karışıklığa sebebiyet veren cebri hareketlerde bulunmak da elverişli olmaları halinde anayasal düzeni ihlal kabul edilebilir.

Anayasal düzene hâkim olan bu ilkelerin, yazılı oldukları anayasal normu korumak ancak fiilen uygulanmasına engel olmaya kalkışmak yoluyla işlevsiz kılınmasını hukukun dolanılması olarak gören kanun koyucu, bu durumu, TCK.'nun 309. maddesinde, yerinde olarak anayasal düzeni ihlal kabul etmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ve Kanunun gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, her ne kadar madde metninde bir açıklık olmasa da Anayasayı ihlal'den kastedilenin Anayasal düzeni ihlal³⁹, Anayasal düzeni ihlal'den kastedilenin ise;

- Hukuki varlığıyla Anayasanın tamamının, ilk dört maddesinin ya da bu maddelerin ifade ettikleri Anayasal ilkelere aykırı olacak şekilde diğer maddelerinin ortadan kaldırılmasına veya değiştirilmesine⁴⁰,
- Başlangıç kısmında yorumlanan⁴¹, Anayasanın değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez ilk üç maddesinde ifade olunan ilkelerin fiilen uygulanmasına engel olmaya kalkışılması olduğunu düşünüyoruz.

Öte yandan aşağıda kapsam ve sınırlarına değinileceği üzere her normun ihlali değil, sadece Anayasal düzeni ihlal teşkil etmesi kaydıyla anayasal normun cebren ihlali Anayasayı ihlal suçuna vücut verebilecektir. Hukukun izin verdiği ölçüde kanunların Anayasaya aykırılığını, diğer düzenlemelerin de kanuna aykırılığını ileri sürmek ise her zaman mümkündür.

³⁹ Bkz., Erem, ÖH, s. 1063 vd.

⁴⁰ Doktrinde bir görüş, değiştirmenin (mutare) uyarlamak olmadığı, değişikliğin, eskisinin yerine yenisini koymak anlamına geldiğini ifade etmektedir (De Mauro, p. 1085). Bizce bu husus, anayasanın ilk üç maddesine aykırı olduğu iddia edilen diğer maddelerde yapılan değişikliklerin anayasayı ihlal teşkil edip etmediğini tespit bakımından bir ölçü olarak kabul edilebilirse de anayasanın ilk üç maddesi bakımından, anayasanın dördüncü maddesindeki açık yasağın uygulama alanını amaca aykırı olacak şekilde daraltmak ve Anayasal düzenin devamını subjektif yorumlara bağlı kılmak tehlikesini taşımaktadır.

⁴¹ Bkz., Anayasa, Başlangıç Hükümleri.

Anayasal düzeni teşkil etmeyen, dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde ifade olunan temel ilkelere ilişkin olmayan diğer anayasal değişiklikleri Anayasada öngörülen usulle gerçekleştirmek mümkündür. Örneğin, yasama, yürütme ya da yargı erklerinde gerçekleştirilecek yapısal değişiklikler, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve ilk üç maddede ifade olunan diğer temel ilkelere aykırılık teklif etmemek kaydıyla Anayasayı ihlal etmez. Bu anlamda, örneğin, Anayasada öngörülen usulü izleyerek parlamenter sistemin başkanlık sistemine dönüştürülmesi de tek başına hukuk devleti ilkesine aykırılık olmaz ve buna yönelik hareketler kural olarak Anayasayı ihlal suçuna vücut vermez. Şu kadar ki bu değişiklikleri Anayasada öngörülmemiş gayrimeşru yollarla yapmaya kalkışmak, son tahlilde hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden şartları varsa Anayasayı ihlal suçuna vücut verecektir.

Öte yandan ilk üç maddeye ilişkin olmayan diğer anayasal normlarda yapılacak değişiklikler, Anayasada öngörülen usule aykırı olarak gerçekleştirilseler dahi Anayasal düzenin ihlali niteliğinde olmadığından Anayasayı ihlal suçuna vücut vermezler. Bu değişikliklerin Anayasa Mahkemesince iptali mümkündür.

b) Anayasanın Öngördüğü Düzeni Ortadan Kaldırmaya Kalkışmak

Anayasal düzeni oluşturan ve Anayasada teminat altına alınmış temel ilkeler, ifadesini, değiştirilemeyen, değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen ilk üç maddede bulmaktadırlar.

Anayasa'nın başlangıç kısmında ifade edildiği üzere, hiçbir kişi ve kuruluş Anayasa'da gösterilen hukuk düzeni dışına çıkamaz.

Hukuksal bakımdan sınırlı olan türev kurucu iktidar, ancak "Ülkenin Anayasasının, o Anayasada belirlenmiş kurallara göre değiştirilmesi iktidarına" sahiptir. Başka bir deyişle türev kurucu iktidar, yürürlükteki Anayasa kurallarını değiştirirken bu Anayasanın öngördüğü kurallara uygun hareket etmek zorundadır⁴².

Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak ifadesiyle kastedilen; Anayasanın tamamının, değiştirilemeyecek maddelerinin ya da Anayasanın değiştirilemeyen ilk üç maddesine aykırı olacak şekilde diğer maddelerinin, yerine yenisi konulmaksızın ortadan kaldırılmasına kalkışılmasıdır.

⁴² Gören, Z.: Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1999, s. 343.

Kalkışma hareketinin icrasına; söz konusu maddelerin ya da Anayasanın tamamının ortadan kaldırılmasına yönelik elverişli ve cebri hareketlerle, örneğin, Anayasanın ilk üç maddesinin ortadan kaldırılmasının teklif edilmesiyle başlanmış olur.

c) Anayasanın Öngördüğü Düzen Yerine Başka Bir Düzen Getirmeye Kalkışmak

Anayasanın öngördüğü düzen yerine başka bir düzen getirmeye kalkışmak ifadesiyle anlatılmak istenen Anayasanın tamamının, değiştirilemeyecek maddelerinin ya da Anayasanın değiştirilemeyen ilk üç maddesine aykırı olacak şekilde diğer maddelerinin, yerine yenisini koymak suretiyle değiştirilmesine kalkışılmasıdır.

Kalkışma hareketinin icrasına, tıpkı “Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya kalkışmak” hareketinde olduğu gibi, bu maddeleri ya da Anayasanın tamamını değiştirmeye yönelik elverişli ve cebri hareketlerle, örneğin, Anayasanın ilk üç maddesine ilişkin değişiklik teklifi yapılmasıyla başlanmış olur.

Anayasa, dördüncü maddesiyle, ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Benzer hükümleri farklı ülke Anayasalarında da görmek mümkündür⁴³.

Son tahlilde ilk üç madde değiştirilmiş olacağından Anayasanın tamamını değiştirmeye kalkışmak ya da Anayasanın ilk üç maddesini değiştirmeye kalkışmak, Anayasa'nın, dolayısıyla da kurucu iktidarın koyduğu esaslara aykırılık teşkil edeceğinden “cebir” kabul edilir⁴⁴.

Anayasanın değiştirilemeyecek maddelerinin değiştirilmesinin teklif edilmesi fiziki, maddi bir zorlama söz konusu olmadığından manevi cebir kabul edilir.

⁴³ 1787 ABD anayasasına göre (md. V), federe devletlerin rızası olmadan, Senato'da eşit olarak temsil edilmelerine ilişkin değişikliğin yapılamaması; 1999 İsviçre Anayasasına göre, federal yapının kaldırılması ile ilgili değişiklik yapılamaması; 1949 Federal Alman Anayasasına göre (md. 79), devletin federal yapısının değiştirilememesi, 1 ve 20. maddelerde yazılı ilkelere ilişkin anayasa değişikliklerinin kabul edilmemesi; İtalyan (md. 139), 1958 Fransız (md. 89) Anayasalarına göre, hükümet biçiminin Cumhuriyet oluşunun değiştirilememesi buna örnek gösterilebilir (Teziç, s. 201).

⁴⁴ Tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamayacağına ilişkin olarak bkz., Gözler, s. 449 vd.

Geçerliliklerini yürürlükteki Anayasa'dan alan yasama ve yürütme organı yerindeki kimseler de dâhil olmak üzere her kim bu fiili işlerse Anayasayı İhlal suçundan ötürü sorumlu olacaktır⁴⁵.

Doktrinde bazı yazarlar, Anayasa değişikliklerinin denetimi sadece şekli denetimle sınırlı tutulduğundan (Anayasa, md. 148/2), Anayasa kuralının esas açısından denetime tabi tutulabilmesi için ya Anayasa üstü bazı ilkelerin varlığını kabul etmek ya da Anayasa'nın kimi kurallarının hiyerarşik bakımdan diğerlerine göre daha üst düzeyde yer almış olduklarını kabul etmek gerektiği düşüncesindedir⁴⁶.

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise; Anayasa da şekli olarak bir kanundur ve bu sebeple Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbidir. Ancak bu kanunlar aynı zamanda Anayasal norm niteliğinde olduğundan bunların esas bakımından denetlenmesi mantıken mümkün değildir. Zira bunlar da Anayasal norm olduklarına göre bunların içerik olarak denetlenmesinde kıstas oluşturacak ölçü normlar yoktur⁴⁷. Ancak Anayasa değişikliği kanunlarının geçerli olarak oluşabilmeleri için uymaları gerekli olan şekil ve usul kuralları Anayasada (m.175) mevcut olduğuna göre bunların şekil olarak denetlenmesi mümkündür. Bu nedenle Anayasamızın Anayasa Mahkemesinin, Anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetleyebileceğini belirtmesi yerindedir⁴⁸.

Öte yandan Anayasanın değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez ilk üç maddesini ve ilk üç maddeye aykırı olacak şekilde diğer

⁴⁵ Acar, yeni bir Anayasa teklifi veya tasarısının veya Anayasanın 1-3+4 maddeleri hükümlerinde tasarrufa yönelik bir teklif veya tasarının TBMM Başkanlığına verilmesi ve işleme konulmasıyla birlikte TCK, md. 309/1'de yer alan Anayasayı İhlal Suçunun oluşacağı, bundan önceki hareketlerin ise hazırlık hareketi niteliğinde olduğu ve cezalandırılmayacağı kanısındadır (Acar, s. 186 vd.).

⁴⁶ Onar, E.: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s. 133; Şen, M.: 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, C. 2, S. 1, Y. 1998, s. 91; Kulak, S. C.: Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, TBB, S. 87, Y. 2010, s. 229.

⁴⁷ Biz, Anayasanın ilk üç maddesinin ve değiştirilemez ikinci maddesinin yaptığı yollamayla AİHS'nin üst norm olduğu görüşündeyiz (Bu hususun eleştirisi için bkz., Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N.: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 8. Bası, Ankara 2006, s. 479 vd; Turhan, M.: Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, AÜHFD, C. 33, S. 1-4, Y. 1976, ss. 98 vd).

⁴⁸ Gözler, s. 471 vd. Ayrıca bkz., benzer görüşler için, Turhan, s. 63 vd.; Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2014, s. 420.

anayasal normları değiştirmeye kalkışmak fiili bakımından değişiklik teklifinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır.

Bu hususa ilişkin olarak bir görüş; “oybirliğiyle bile teklif ve kabul edilemeyecek bir değişiklik metninin şekil yönünden evleviyetle sakat hatta ölü doğmuş sayılmasının zorunlu olduğu, Anayasa’nın öngördüğü şartların değişikliğin mümkün olmayacağı bir konuda söz konusu edilemeyeceği, başka bir ifadeyle, teklif ve kabul edilemez değişikliklerin, böyle olduğu Anayasa Mahkemesi’nce belirlendiği anda “varlık şartını” taşımadıklarından, baştan beri geçersiz kabul edilecekleri ve artık bu metinler için öteki şartların varlığı ya da yokluğunun herhangi bir anlam ifade etmeyeceği” düşüncesiyle Anayasanın ilk üç maddesinde ifade olunan temel prensiplere aykırı değişikliklerin yok hükmünde olacağı⁴⁹ fikrindeyken⁵⁰ diğer bir kısım yazar, “teklif çoğunluğunu” denetleme yetkisi içine “teklif dahi edilememenin” de girdiği, dolayısıyla bu değişikliklerin biçim sakatlığıyla iptal edilebileceği görüşündedir^{51 52}.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki bizce, Anayasanın tamamının, ilk üç maddesinin ya da ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğini, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini ifade eden dördüncü maddesinin değiştirilmesinin

⁴⁹ Yokluğa ilişkin genel bilgi için bkz., Özgen, E.: İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar, AÜHFĐ, C. XVII, S. 1-4, Y. 1960, s. 255-289. Yazara göre; “esaslı bir unsurun ademi mevcudiyeti sebebi ile tasarrufun hukuken mevcut olmaması halidir. Bu durumda ortada sadece fiilî bir vaziyet vardır, idarî bir tasarruf yoktur. Zira tasarruf doğmamış, meydana gelmemiştir” (Özgen, s. 271). Ayrıca bkz., Aliefendioğlu, Y.: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında ‘Yokluk’ Ya da ‘Yok İşlem’, TBBD, S. 81, Y. 2009, s. 211 vd; Okuyucu Ergün, G.: Ceza Muhakemesi İşlemleri, Ankara 2015, s. 127 vd.; Günday, M.: İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 165 vd. Günday, yok hükmünde olan, hiç doğmamış sayılan bir kararın yargı merciince iptal edilmesinin düşünölemeyeceği, bu nedenle, yargı yerlerinin yok hükmündeki bir idari karara karşı açılmış bulunan iptal davalarında söz konusu kararın yokluğunu saptadığı ve daha sonra yok hükmünde olan bir kararın iptali istenemeyeceği gerekçesi ile davayı iptidaen reddettiklerini ifade etmektedir (Günday, s. 165 vd.). Bu konuda ayrıca bkz., Danıştay 6. D., 22.11.1973 T., 1973/736 E., 1973/4313 K. sayılı karar. Yok hükmünde sayılan işlemin iptali yoluna gidilen aksi yönde karar için bkz., Danıştay 11. D., 22.6.1973 T., 1972/3387 E., 1973/1621 K. sayılı karar.

⁵⁰ Yayla, Y.: 1982 Anayasasına Göre Devletin Özü, İHİD, C. 4, S. 1-3, Y. 1983, s. 145.

⁵¹ Soysal, M.: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1990, s. 397. Aynı yönde görüş için bkz Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 504.

⁵² Özbudun, Anayasada yapılabilecek değişikliklerin hemen hemen tümünü Anayasanın değiştirilemez hükümleriyle bir şekilde ilişkilendirmek mümkün olduğuna göre, Anayasa Mahkemesinin onaylamadığı hiçbir anayasal değişikliğin yapılamayacağı, milletin ve onun seçilmiş temsilcilerinin tali kurucu iktidarını fiilen ortadan kaldıran böyle bir anlayışın hiçbir demokraside kabul görmesinin mümkün olmadığı görüşündedir (Özbudun, s. 188).

teklif edilmesi ile birlikte, dördüncü maddedeki açık hüküm gereği Anayasayı İhlal suçu işlenmiş olur. Bu durumda soruşturmaya başlamak yükümlülüğü Cumhuriyet savcısında ve kamu davasının açılması halinde kovuşturmayı yürütmek görevi de bağımsız ve tarafsız mahkemelerdedir. Suçun unsurlarının oluşup oluşmadığını münhasır yetkiye sahip olan Mahkeme takdir edecektir. Özel yargılama usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Böyle bir durumda, bir zorunluluk olmamakla birlikte, delil değeri bakımından, Anayasa Mahkemesinin yokluğu tespit etmesi yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesinin tespit hükmü, yenilik doğurucu değil, bildirici mahiyettedir.

Şu kadar ki; Anayasayı ihlal eden Anayasal değişikliğin teklif edilmesiyle birlikte, suç şüphesi de doğmuş olacağından, Anayasa Mahkemesinin kararını beklemezsizin, suç haberini alan Cumhuriyet savcısının, CMK'nun 160 vd. maddeleri gereği işin gerçeğini soruşturmaya başlaması mümkündür.

Anayasanın tamamının veya ilk dört maddesinin değiştirilmesinin teklif edilmesinin öncesindeki hareketler hazırlık hareketi niteliğindedir. Bu nedenle hareketin kendisi ayrı bir suç teşkil etmediği müddetçe herhangi bir cezai sorumluluk doğurmaz.

Anayasanın ilk üç maddesinin, dördüncü maddesinin ya da tamamının değiştirilmesi halinde ise bu işlemin hukuki güçle etkisizleştirilememesi koşuluna bağlı olarak meşruiyetini kendinden alan yeni bir kurucu iktidar doğmuş, sivil darbe yapılmış olur.

Öte yandan doğrudan Anayasanın ilk üç maddesinin, dördüncü maddesinin ya da tamamının değiştirilmediği ancak ilk üç maddeye aykırı olacak şekilde diğer Anayasal normlarda değişikliğe gidildiği takdirde anayasayı ihlal suçunun oluşup oluşmayacağına ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, "9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı saviyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemli açılan" bir davada doğrudan ilk üç maddede değişikliğe gidilmemesine karşın bu maddelere aykırı olacak şekilde diğer bazı maddelerde değişiklik yapılması iddiası dolayısıyla yaptığı değerlendirmede özetle:

“Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne ait olup, Meclis bu yetkisini üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabilmektedir. TBMM üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5735 sayılı ‘Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ TBMM’nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu Yasa Cumhurbaşkanı’nca 23.2.2008 günlü Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa’nın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir” diyerek yokluğun söz konusu olmadığına hükmetmiştir.

Öte yandan Mahkeme iptal istemine ilişkin olarak özetle; “...teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü Anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır. Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin ‘teklif...şartına uyulup uyulmadığı’ hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, ‘geçerli teklif’ koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir... Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa’nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa’nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez” ifadelerine yer vermiştir⁵³.

Mahkeme bu kararında, Anayasa’nın 4. maddesinin farklı bir şekil kuralı getirdiği, bu kapsamda, yapılacak Anayasa değişikliğinin ilk üç madde ve dördüncü maddenin değiştirilmesi anlamına gelip gelmediğini inceleme konusunda yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre Mahkeme artık tüm Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak, ilgili kanunun denetimini yaparken, bu değişikliklerin Anayasa’nın ilk dört maddesinin değiştirilmesi anlamını

⁵³ Anayasa Mahkemesi’nin 5.6.2008 gün ve E: 2008/16 K: 2008/116 sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı :22.10.2008-27032, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi: 15.01.2015.

taşıyıp taşımadığını da araştırarak ve değiştirdiği sonucuna varırsa teklif yasağına uyulmadığı gerekçesiyle iptaline karar verebilecektir^{54 55}.

Biz, Anayasa Mahkemesinin kararına, Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılmasının mümkün olmadığı, ilk üç maddeye aykırı anayasa değişikliklerinin de anayasal düzeni ihlal ettiği, dolayısıyla bu değişikliklere, teklif sayısal yönden anayasaya uygun olsa dahi hukuksal geçerlilik tanınmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle katılıyoruz. Şu kadar ki; Anayasanın ilk üç maddesinde bir değişikliğe gidilmemekle birlikte bu maddelerde ifade olunan temel ilkelere aykırılık teşkil eden Anayasa değişiklikleri kanımızca iptale tabi değildir; "yok hükmündedir". Zira anayasal değişikliğin, anayasal düzene hâkim olan temel ilkeleri ihlal ettiği sürece, ilk üç maddede olması ile ilk üç maddenin somutlaştığı diğer anayasal normlarda olması arasında esasa ilişkin bir fark yoktur. Baştan beri geçersiz olan, bir başka deyişle ölü doğmuş bulunan bir işlemin diğer şekil şartlarına uygunluğunu, varlık ön şartı olmadığından değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin yapması gereken anayasal normu iptal etmek değil, yokluğunu tespit etmektir. Her mahkeme

⁵⁴ Kulak s. 260.

⁵⁵ Özbudun, Anayasanın nasıl ve hangi sınırlar içinde değiştirilebileceğine ilişkin eleştirisinde; "...değiştirilmezliği sadece cumhuriyetçi hükümet şekline hasretmiş olan 1924 ve 1961 Anayasalarının aksine, 1982 Anayasası, ilk üç maddeyi değiştirilemez ilan etmiştir. Üstelik Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında Anayasanın 10 ve 42. maddelerine ilişkin anayasa değişikliğini iptal ederken, daha önce yetkisiz olduğunu ifade ettiği, değiştirilemez maddelere uygunluk denetimi yapmış, hatta bu maddeleri doğrudan doğruya değiştiren değil, onları dolaylı yoldan zayıflatan anayasa değişikliklerini dahi denetleyebileceğini ileri sürmüştür. Jüristokrasi ya da hâkimler hükümetin doruk noktasını oluşturan bu karar, yeni bir anayasa yapacak veya onu radikal bir biçimde değiştirecek olağan bir yasama meclisi açısından ciddi sorunlar yaratmaktadır" şeklinde farklı görüşünü ifade etmiştir (Özbudun, E.: Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Sempozyumu, TBB, Ankara 2010, s. 163 vd. (155-175)). Biz, yazara, Anayasada açık olarak yazmasa dahi temel normun değiştirilemeyeceği, ilk üç maddenin de TC.'nin temel normu olarak değerlendirildiği, öte yandan Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 4. maddesinin açık hükmü gereği, varlık ön şartı bakımından, temel normu ve temel norma aykırı olan normları, son tahlilde bu aykırılık temel normda aykırılık sayılacağından denetlemesinin, bu hususta bir zorunluluk olamamakla birlikte mümkün olduğu gerekçesiyle katılmıyoruz.

gibi Anayasa Mahkemesinin de, bu konuda mevzuatta açık bir hüküm olmamakla birlikte⁵⁶, yokluğu tespit etmek yetkisi vardır⁵⁷.

Bir hukuki işlemin yokluğu iddiası her mahkemede öne sürülebilir ve yokluğun tespiti, her mahkeme tarafından yapılabilir. Bu yetki, mahkemelerin genel yetki ve görevleri arasında kabul edildiğinden mevzuatta açık olarak yazması da gerekmemektedir⁵⁸. Ancak mahkemeler Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla kanunları, buna karşın Anayasa Mahkemesi doğrudan

⁵⁶ Anayasa'nın 148. maddesinde ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un, Mahkemenin görev ve yetkilerini düzenleyen 3. maddesinde bu hususta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Onar, konuya ilişkin görüşünde, Anayasa Mahkemesini yokluğa karar veremeyeceğini ifade etmiş; "yok olarak görülen Anayasa değişiklikleri için de aynı şey söylenebilir mi? Kanunlar, kanun hükmünde kararname ve T.B.M.M. içtüzüğünün esas açısından Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilecek olan iktidar partisi meclis grubu ile anamuhalefet partisi meclis grubu, yokluk derecesinde ağır sakatlığın söz konusu olduğu bir Anayasa değişikliği için dava açamayacaklar mıdır? Yokluk iddiası, Anayasa Mahkemesinin önüne itiraz yoluyla getirilebilecek midir? Nihayet, Anayasa değişikliklerinin şekil açısından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle vereceği iptal kararında her konudaki kararını salt çoğunlukla verebilen Anayasa Mahkemesi için, yokluk kadar ağır bir sakatlığa karar verirken de bu çoğunluk yeterli olacak mıdır, yoksa, bu yönde bir karar verirken yine üçte iki çoğunluk mu gerekecektir? Bütün bu sorulara Anayasanın mevcut düzenlemesi ışığında kolaylıkla cevap verilebileceğini sanmıyoruz" eleştirisinde bulunmuştur (Onar, s. 159, 161).

⁵⁷ Yine de bu hususun, uygulamada ve teoride varolan farklı görüşleri bertaraf etmek adına, bir anayasal normla açıklığa kavuşturulması yerinde olur görüşündeyiz.

⁵⁸ Gözler, Kanunların geçerliliği noktasında münhasıran karar verme yetkisinin Anayasa Mahkemesinde olduğu, diğer mahkemelerin bir kanunun geçerliliği noktasında karar veremeyeceği, diğer yandan Anayasa Mahkemesinin de yokluk kararı veremeyeceği, çünkü Anayasada Anayasa Mahkemesinin sadece iptal kararı verebileceğinin belirtildiği görüşündedir (Gözler, s. 442) Ancak yazar, istisnai hallerde Anayasa Mahkemesinin yokluk yaptırımını uygulayabileceğini de kabul etmektedir (Gözler, s. 443). Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, 5 Temmuz 2007 T., 2007/72 E., 2007/68 K. sayılı kararında özetle; "...Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmi Gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece 'var'lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler...Anayasada denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesi olanaksızdır" görüşüne varmıştır. Anayasa da bir kanundur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararını Anayasa Kanunları bakımından da temel özellikleri itibariyle dikkate almak gerekir. Kanımızca karar yokluğun Anayasa Mahkemesince tespitinin hiçbir zaman mümkün olmadığını ifade etmemekte, yalnızca hukuka aykırılığın giderilmesi yolunun gösterilmiş olduğu hallerde yokluğun söz konusu olmadığı, iptale tabi olan bir sakatlığın ise yokluğun tespiti yoluyla giderilemeyeceğine işaret etmektedir.

Anayasayı uygulamakta olduğundan, yokluğu Anayasa Mahkemesi' nin tespit etmesi daha doğrudur.

Öte yandan bu hususa ilişkin bir özel düzenlemenin yokluğu karşısında tespit davasının hangi usulle Anayasa Mahkemesinin önüne götürüleceği açık değildir. Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan “davasız yargılama olmaz” kuralı gereği biz öyle sanıyoruz ki bu konuda açık bir düzenleme yapılana değin Anayasa Mahkemesinin hiçbir şart ve süreye bağlı olmaksızın yokluğu re'sen tespit etmek yetkisi de yoktur. O halde yapılması gereken, mevcut koşullar altında, mevzuatta öngörülen usule uygun olarak Anayasa Mahkemesine iptal davası açmaya ilişkin süreci işletmektir.

Böyle bir durumda iki olasılık söz konusu olabilir... Birinci olasılıkta Anayasa Mahkemesi yokluğu tespit eder ve Anayasa değişikliği gerçekleşmez. Dolayısıyla fiili güç hukuki güçle dengelenmiş, etkisizleştirilmiş olur. Bu halde eğer Anayasayı İhlal kastı varsa kalkışma suçu işlenmiş kabul edilir. Suçu soruşturmak ve kovuşturmak adli mercilerin sorumluluğundadır.

İkinci olasılıkta, ör. yüksek üye çoğunluğuna sahip koalisyon hükümetinin ya da Meclisin büyük bir çoğunluğunu ele geçirmiş olan iktidar partisinin varlığı dolayısıyla bu denetim yapılamamış olabilir.

Böyle bir durumda, Anayasayı ihlal eden Anayasal değişikliğin teklif edilmesiyle birlikte, suç şüphesi de doğmuş olacağından, Anayasa Mahkemesinin kararını beklemezsizin, suç haberini alan Cumhuriyet savcısının, CMK'nun 160 vd. maddeleri gereği işin gerçeğini soruşturmaya başlaması mümkündür.

Hemen belirtelim ki Anayasanın ilk üç maddesine aykırı değişiklikler üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği tespit kararı yenilik doğurucu değil bildirici nitelikte bir karardır. Zira yokluğun tespit edilmemiş olması, yok hükmünde olan bir işlemi var etmez. Dolayısıyla yokluğun tespiti, delil değeri bakımından önemli olsa da anayasal düzeni ihlal bakımından esasa ilişkin bir fark olmadığından, tıpkı ilk dört maddeye ilişkin değişiklik teklifinde olduğu gibi, zorunlu değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin önüne yokluğun tespiti ya da normun iptali yönünde herhangi bir talep gitmemiş olsa dahi, ihbar, şikâyet üzerine veya re'sen suç haberini alan Cumhuriyet savcılarının işi soruşturmak ve yeterli şüphenin varlığı halinde kamu davasını açmak yetkileri vardır. Kamu davasının açılmasıyla birlikte mahkeme suçun unsurlarının somut uyuşmazlıkta mevcut olup olmadığını delillere dayanarak vicdani kanaatine göre değerlendirecektir. Bu durumda yargılamayı yapan

mahkemenin suç fiilinin normatif unsuruna ilişkin hukuki bir mesele olduğundan, kanımızca değişikliğin anayasal düzeni ihlal edip etmediğini değerlendirmek, dolayısıyla yok hükmünde olan işlemi önüne gelen davada tespit etmek yetkisi vardır. Mahkeme, suçun olduğu kanaatine varırsa fiili güç hukuki güçle etkisizleştirilmiş olacağından yeni bir kurucu iktidar düzeninden de bahsedilemez. Bu durumda kalkışma suçunu işleyen failler, genel iştirak hükümlerine göre belirlenir ve Kanunda öngörülmüş olan suçun cezasıyla cezalandırılırlar.

Ancak bu yol, demokrasi kültürü yerleşmiş bir siyaset ve hukuk düzeninde, kuvvetler ayrılığı ilkesini bertaraf etmek amacıyla kullanılmamalı, yasamanın konusu suç teşkil etmeyen ve görev kapsamında mütalaa edilen tasarruflarına yargı organlarının müdahalesi niteliği taşımamalıdır. Dolayısıyla bu sonuncu usul, ancak, özellikle Anayasa Mahkemesince denetlenmemesine karşın açıkça Anayasanın ilk üç maddesine aykırılık teşkil eden değişiklik tekliflerinin söz konusu olduğu çok istisnai hallerde uygulanmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin suç soruşturmasına/kovuşturmasına başlandıktan önce ya da sonra yasama tasarrufunun yok hükmünde olmadığı/geçerli olduğu yönünde bir karar vermesi ya da iptal istemini reddetmesi halinde ise adli mercilerin bu karara delil niteliği tanınmaları, ayrıca suçun sübutuna ilişkin olarak yaptıkları değerlendirmede üst dereceli mahkeme olan Anayasa Mahkemesi kararının verilmekle kesinleştiğini (Anayasa, md. 153/1) ve aksi ispat edilemeyen bir belge niteliğinde olduğunu göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

İfade olunan şekillerle fiili gücün hukuki güçle etkisizleştirilemediği hallerde ise kalkışma hareketi başarıya ulaşmış, yeni bir kurucu iktidar doğmuş, bir başka deyişle “sivil darbe” yapılmış olur. Eğer söz konusu değişiklik halkoyuna sunulmuş anayasal norm niteliği kazanmışsa, darbenin oy kullanan halkın en azından yarısından çoğunun desteğini de alarak gerçekleştirildiğini kabul etmek gerekecektir. Başarılı olmuş bir darbe girişiminin soruşturulması ve kovuşturulması, meşruiyetini kendinden aldığından, hukuken ve fiilen mümkün değildir.

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında özetleyecek olursak:

- Anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilmesi teklif dahi edilemeyeceğinden, bu yöndeki bir teklif Anayasanın 4. maddesi gereği yok hükmünde olacak ve teklifte bulunan ilgililer de fiili gücün hukuki güçle etkisizleştirilmesi koşuluna bağlı olarak anayasayı ihlal suçunu işlemiş olacaklardır.

- Anayasanın ilk üç maddesindeki ilkeleri ihlal eden diğer anayasal normların değiştirilmesi halinde de anayasal düzen ihlal edilmiş olacağından işlem yok hükmündedir. Fiili gücün hukuki güçle etkisizleştirilmesi koşuluna bağlı olarak anayasayı ihlal suçu işlenmiş olacaktır.
- Diğer yandan Anayasanın diğer maddelerindeki değişikliklerin denetimi, Anayasanın 148. maddesi gereği değişikliğin esas bakımından denetlenmesi mümkün olmadığından, şekli denetimle sınırlı olarak yapılacak, söz konusu maddelerin, Anayasanın öngördüğü şekle aykırı olarak değiştirildiğinin tespit edilmesi halinde ise hukuken varlık kazanmış olan bu değişiklik iptal edilebilecektir. Söz konusu değişiklikler iptale tabi oldukları ve anayasal düzene ilişkin ilkeleri ihlal etmedikleri için anayasayı ihlale elverişli hareket niteliği taşımayacak ve anayasayı ihlal suçuna vücut vermeyeceklerdir.

Öte yandan yasama organının Anayasaya aykırı kanun çıkarması, hükümetin kanuna aykırı yönetmelik çıkarması, idarenin kanuna ve Anayasaya aykırı genelge yayımlaması vb. tasarruflarda bulunulması bu organlar aleyhine Anayasayı ihlal suçuna vücut vermez. Çünkü bu normlar, anayasal norm nitelikleri bulunmadığından ve mevcut hukuk düzeni içerisinde iptalleri de mümkün olduğundan anayasaya aykırı olsalar dahi anayasayı ihlal suçunu işlemekte elverişli vasıta teşkil etmezler.

Öte yandan Anayasada değişiklik yapan anayasal düzene ilişkin kanunlar, Anayasanın 2 ve 90. maddeleri gereği insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin onaylanmasının uygun bulunduğu kanunlar (bu kapsamda AIHS) ve Anayasanın 174. maddesi gereği İnkılâp Kanunları bakımından incelendiğinde, söz konusu “anayasal normların/kanunların” ihlali, şartları varsa anayasayı ihlal suçuna vücut verebilir. Çünkü anayasal kanunlar doktrinde baskın görüşe göre “anayasa” kapsamında değerlendirilirler⁵⁹. Dolayısıyla anayasal düzeni oluşturan ilkelerin ihlali niteliğinde olduğu ölçüde bu kanunları cebren ihlale kalkışmak anayasal düzeni ihlale kalkışmaya elverişli hareket teşkil edebilecektir.

d) Anayasal Düzenin Fiilen Uygulanmasını Önlemeye Kalkışmak

Anayasal düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye kalkışmak ifadesiyle kastedilen; Anayasada teminat altına alınmış olan temel ilkeleri içeren

⁵⁹ Ayrıca bkz., Fiandaca/Musco, p. 11.

maddelerin şeklen korunması, ancak uygulanmasına cebren engel olmaya kalkışılmasıdır.

Bu ilkeler, Türkiye Devleti'nin bir Cumhuriyet olduğunu, Türkiye Cumhuriyeti'nin, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğunu, Türkiye Devleti'nin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğunu, resmi dilinin Türkçe, bayrağının, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayrak, millî marşının "İstiklal Marşı" ve başkentinin Ankara olduğunu ifade etmektedir⁶⁰.

Suç fiili, söz konusu ilkelerin uygulanmasını önlemeye kalkışma niteliğinde olan elverişli her türlü cebri hareketle işlenebilir. Bu hareketlere; Anayasal düzeni ihlal etmeye elverişli olması kaydıyla bu düzeni oluşturan ilkelere fiilen uymamaya zorlamak, Anayasal normun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla kendisine yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesinin, normun Anayasal düzeni ihlal edip etmediğine ilişkin olarak yaptığı değerlendirmeye engel olmaya kalkışmak, Anayasayı uygulayan makam olan Anayasa Mahkemesinin Anayasal düzene ilişkin olarak vermiş olduğu kararın uygulanmasına cebren engel olmaya kalkışmak örnek gösterilebilir.

Anayasal düzeni oluşturan temel ilkelerin ve bu ilkelerle bağlantılı olan diğer maddelerin dışında kalan Anayasal normların fiilen uygulanmasına engel olunması hali ise son tahlilde kuralın üzerinde somutlaşmış olduğu, o konuda Anayasaya uygun olarak çıkarılmış olan kanunlara uymamayı gerektireceğinden, ihlal edilen kanun maddesi uyarınca sorumluluğu gerektirirse de doğrudan anayasal düzeni ihlal etmediğinden anayasayı ihlal suçuna vücut vermeyecektir.

Bu noktada kanunun yürütülmesi ve kanunun uygulanması arasındaki farka da değinmek yerinde olacaktır. Zira kanunu uygulayan mahkeme, buna karşın kanunu yürüten hükümettir.

O halde hükümetin Kanunu yürütmesine engel olunması hali Anayasayı ihlal suçuna vücut vermez, şartları varsa "hükümete karşı suç" oluşur. Kaldı ki yukarıda izah edildiği üzere kanunlar, anayasal norm olmadıklarından kanunun yürütülmesine engel olunması anayasayı ihlal etmeye elverişli hareket teşkil etmez.

⁶⁰ Adı geçen temel ilkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Aygün Eşitli, s. 139-151.

Hükümetin memurunun kanunun yürütülmesine engel olması ya da şahsen yürütmemesi halinde ise görevi kötüye kullanma suçu oluşabilir.

Aynı memur Anayasa Mahkemesi kararını uygulamazsa, Mahkeme, ilk üç maddede yer alan ve anayasal düzeni oluşturan esaslardan hareketle doğrudan Anayasayı uyguladığından, bu kez şartları varsa Anayasayı İhlal suçu oluşacaktır.

Mahkeme kararları bağlayıcıdır. Buna kesin hüküm otoritesi de denmektedir. Ancak Anayasa, bağımsız mahkemelerce verilen kararların bağlayıcılığı ile Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını, kapsamları yönünden farklı düzenlemiş ve Anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını, diğer mahkemelere göre kapsam bakımından daha geniş tutmuştur⁶¹. Anayasa mahkemesi doğrudan anayasal normu uyguladığından, Mahkemenin kararlarını uygulamamak, şartları varsa anayasayı ihlal suçuna vücut verebilir.

Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkeme kararlarının uygulanmasına engel olunmaya kalkışılması halinde ise, söz konusu mahkemeler kanunları uyguladıklarından ama doğrudan anayasal normu uygulamadıklarından anayasal düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye kalkışmak fiili gerçekleşmeyecek ve bu suç vücut bulmayacaktır. Yasama ve yürütme organlarıyla idarenin, kanunları uygulayan merci olan mahkeme kararlarına uymaması eğer şartları mevcutsa görevi kötüye kullanma suçunu (TCK, md. 257) oluşturabilir. Ancak doğrudan Anayasayı uygulayan merci olan Anayasa Mahkemesinin kararlarına yasama, yürütme ve yargı organı yerindeki kimselerin, idari makamlardaki kamu görevlilerinin, gerçek kişilerin ve tüzelkişileri temsile yetkili kimselerin uymaması, uygulamaması ya da uygulamaması diğer şartları da mevcutsa manevi cebir kabul edilir ve Anayasal düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesine kalkışıldığından Anayasayı ihlal suçuna vücut verir⁶².

⁶¹ Anayasa'nın 138. maddesine göre; *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez"*.

Anayasa'nın 153. maddesine göre; *"Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar"*.

⁶² Acar, Anayasa Mahkemesinin yükseköğretimde dinsel giyimin kamasallaştırılmayacağına ilişkin 07.03.1989 T., 1989/1-12; 09.04.1991 T., 1990/36-1991/8 ve 22.10.2008 T., 2008/16-116 sayılı kararları karşısında Yükseköğretim Kurulunun, bu kararların hukuka uygun usullerle değiştirilmesini beklemek yerine, kararları yok sayarak, fiili uygulamayla,

VI. Hukuka Aykırılık

TCK'nun 309. maddesindeki normla ve normda ifadesini bulan hukuki değerle çatışma içerisinde olan fiil; “cebren, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye kalkışmaktır”.

Fiili örten bir hukuka uygunluk nedeninin olması halinde suç vücut bulmaz. Ancak Anayasayı İhlal suçunda hiçbir hukuka uygunluk nedeni uygulanma kabiliyetini haiz değildir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyeti değerlendirilirken, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin, bu kapsamda hukuka uygunluk nedenlerinin, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı gözden uzak tutulmalıdır⁶³.

Diğer taraftan hiçbir norm, kendisine meşruiyet kazandıran hukuk düzenini Anayasayı İhlal suçunu işlemek suretiyle ortadan kaldırmaya kalkışmanın hukuka uygunluk nedeni olamaz. Kanuna dayanan böyle bir yetki yoktur. Oysa hukuka uygunluk nedenleri hukuka, dolayısıyla da Kanuna dayanırlar, hukuki ve kanunidirler. Bu nedenle Anayasayı İhlal suçu da dâhil olmak üzere kalkışma suçlarında hiçbir hukuka uygunluk nedeni ve bu kapsamda “direnme hakkı”^{64 65} uygulanma kabiliyetini haiz değildir.

Anayasa'nın 153. maddesi hükmünün uygulanmasını önlemeye kalkışmasının Anayasayı İhlal Suçu olduğu görüşündedir (Bkz., Acar, s. 174 vd.).

⁶³ Anayasa, md. 14; AİHS, md. 17.

⁶⁴ Bkz., direnme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için; Thoreau, H. D.: Sivil İtaatsizlik, Çev. Caner Turan, İstanbul 2015; Taşkın, A.: Baskıya Karşı Direnme Hakkı, TBBD, S. 52, Y. 2004, s. 37-65; Ömeroğlu, Ö.: Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 103-115; Gören, Anayasa Hukuku, s. 83; Raz, J.: Kelsen'in Temel Norm Kuramı (Çev. Dr. Şule Şahin Ceylan), AÜHFD, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1173 vd; Özek, Siyasi İktidar Düzeni, s. 216, Maura, Attentato Contro gli Organi Costituzionali, s. 1077; Güriz, A.: Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Ankara 2003, s. 151 vd.

⁶⁵ Şu kadar ki Anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği Anayasanın dördüncü maddesinde açık olarak düzenlenmekte olduğundan ve söz konusu hukuka aykırılığın hukuk düzeni içinde giderilmesi yolu da gösterilmemiş olduğundan, değişiklik teklifinde bulunmak yoluyla Anayasal düzeni ihlal eden kimselerin doğrudan bu fiiline karşı ve etki alanı bakımından bu fiiliyle sınırlı olmak kaydıyla gerçekleştirilen direnme hareketi, cebri olsa dahi, meclisin Anayasanın ilk üç maddesinde ifade olunup anayasal düzeni teşkil eden ilkeleri değiştirmek görevi olmadığından yasama organına karşı suça vücut vermez. Zira meclisin gayrimeşru faaliyeti görev değildir (Manzini, Trattato, p. 243). Ancak bu kabul direnme hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olmasından değil,

VII. Kusurluluk

Anayasayı İhlal suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kast, doğrudan kasttır⁶⁶. Anayasayı ihlal suçunda kanun koyucu failin amacını, kusurluluğun varlık şartı olarak aramadığından bu suç özel kastla işlenen suçlar arasında yer almaz.

Anayasayı İhlal suçu, kanuni tanımda adı geçen ve fiilin içinde eriyen amaçlara yönelik, doğrudan ve elverişli hareketlerle işlenen neticesiz bir suç olması nedeniyle olası kasta uygun değildir.

Anayasayı ihlal suçunda kusurluluğu kaldıran nedenler kural olarak uygulanma kabiliyetini haiz olmayıp ancak çok istisnai hallerde söz konusu olabilmektedir.

Bu kapsamda mücbir sebebin ve kendinde olmamanın somut uyuşmazlıkta kusurluluğu kaldıran bir neden olarak ortaya çıkması beklenmezse de maddi cebir, şartları varsa Anayasayı İhlal suçunda kusurluluğu kaldırabilir.

Öte yandan Anayasal düzenin ihlal edildiğini bilmemek şeklinde düşülen bir fiili hata, son tahlilde Anayasanın ilk üç maddesini bilmemek kabul edileceğinden hukuki hataya dönüşür. Hukuki hata, kural olarak mazeret sayılmaz.

Manevi cebrin ve istenemezlik ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bazı zorlayıcı nedenlerin ise çok istisnai hallerde, kusurluluğu ortadan kaldırmaları mümkündür. Ancak ifade etmek gerekir ki hukuka uygunluk nedeni kabul etmediğimiz direnme hakkının benzer gerekçelerle kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabulüne de imkân yoktur.

VIII. Suçun İşleniş Biçimleri

Anayasayı ihlal suçunun suça kalkışmakla tüketilen neticesiz bir suç olması ve kalkışma hareketinin parçalara bölünme imkânının da bulunmaması nedeniyle, bu suça teşebbüs mümkün değildir.

kalkışma suçunun fiil unsurunun vücut bulmamasından kaynaklanır. Öte yandan cebri hareketin kendisi hangi suça vücut veriyorsa, ör. yaralama suçu, fail ya da fillerin bu suçtan/suçlardan sorumluluğu doğacaktır. Ancak bu halde dahi cebri hareket TBMM'nin ortadan kaldırılmasına, meşru görevlerini icrasına ya da görevlerini yapmasına tamamen engel olmaya yönelik olursa bu da yasama organına karşı suç teşkil edecektir.

⁶⁶ Bettiol, G.: Diritto penale, Pg., Padova 1969, p. 397 ecc; Hafizoğulları, Anayasa, s. 497.

Öte yandan Anayasayı İhlal suçuna ilişkin olarak 5237 sayılı TCK’nda getirilmiş özel iştirak hükümleri yoktur. Bu sebeple TCK’ndaki genel iştirak hükümleri Anayasayı İhlal suçunda da uygulanma kabiliyetini haizdir.

Eğer bu suç işlemek amacıyla örgüt kurulduysa silahlı ya da silahsız olmasına göre TCK’nun 220 veya 314. maddeleri gereği hem adı geçen maddelerde sevk edilmiş olan özel iştirak hükümlerine göre bu suçtan hem de örgüt kapsamında işlenen Anayasayı İhlal suçundan sorumluluk doğar.

Anayasayı İhlal suçunda ne bir fiille kanunun birden fazla maddesi ihlal edildiği gerekçesiyle fikri içtima hükümleri uygulanabilir, ne de bu suçların işlenmesi sırasında işlenen ve ayrıca cezalandırılması gereken başka suçların mevcudiyeti söz konusu olabilir.

Aksi yönde bir kabul fiil ve ihlal tek olmasına karşın failin iki defa cezalandırılması anlamına geleceğinden hukuka aykırı olacaktır⁶⁷.

Bu sebeple biz, TCK’nun 309/2. maddesinin de Anayasaya uygun olarak değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kanımızca olması gereken adı geçen fıkranın yürürlükten kaldırılması, suçun cezasının siyasi suç olma özelliği de göz önünde bulundurularak düşürülmesi, ancak adaletsiz uygulamalara yol açmamak adına ilgili maddelere “fiil daha ağır bir suçta vücut vermedikçe” ibaresinin eklenmesidir. Bu yolla, Anayasayı İhlal suçunu işlerken, örneğin adam öldüren failin cezai sorumluluğu ile suçun basit şeklini işleyen failin sorumluluğu arasında fark yaratılmış ve suç genel teorisine aykırı davranmaksızın adaletin tecellisi sağlanmış olur.

Anayasayı İhlal suçu maddi veya manevi cebirle işlenebilen bir suç olduğundan TCK’nun “cebir” suçunu düzenleyen 108. maddesi, “tehdit” suçunu düzenleyen 106. maddesi ve tehdit suçunun özel bir şekli olan “şantaj” suçuna ilişkin 107. maddesi bu suç bakımından bileşik suç özelliği göstermektedir. Cebir, şantaj ve tehdit, bu suçun zorunlu unsuru niteliğinde olduklarından bağımsızlıklarını kaybederler ve faile ayrıca cebir veya tehdit/şantaj suçundan değil, tek bir Anayasayı İhlal suçundan ötürü ceza verilir.

Öte yandan Anayasayı İhlal suçu her ne kadar zincirleme suç şeklinde işlenebilirse de bu suçta pratikte cezanın ağırlaştırılması mümkün değildir. Zira bu suçun cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Ancak yardım eden sıfatıyla suça iştirakin söz konusu olduğu durumlarda cezada indirim yapılacağından zincirleme suç hükümlerini uygulama imkânı olabilecektir.

⁶⁷ Hafizoğulları, Anayasa, s. 489.

IX. Ceza ve Ceza Muhakemesi

Anayasayı İhlal suçunun cezası, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. İştirake ilişkin hükümler saklıdır.

Bu suçların yargılanmasında yetki, genel görevli Ağır Ceza Mahkemelerindedir. Özel yargılama usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ancak kural olarak özel bir yargılama usulünün söz konusu olabilmesi için, failin suçu, görevine ilişkin olarak işlemesi gerekmektedir.

Öte yandan bu suçta, koruma tedbirleri başta olmak üzere muhakeme usulünde bazı farklılıklar yaratıldığı göze çarpmaktadır. Ancak koruma tedbirleri bakımından sıklıkla karşılaşılan ve suçlar ile suç failleri arasında henüz suçluluk ve o suçtan suçluluk sabit olmamışken “katalog suç” uygulamasıyla yaratılan, bir soyut varsayıma dayanan farklılık, AİHS ve TC. Anayasasında ifadesini bulan adil yargılanma hakkı ile yine TC. Anayasasının değiştirilemez 2. maddesinde ifade edilen “insan haklarına dayalı hukuk devleti” ilkesine uygun değildir.

Ayrıca Anayasayı İhlal suçu söz konusu olduğunda, adli bir işlem olan gözaltı işlemini istisnai hallerle sınırlı dahi olsa mülki amirin takdirine bırakmak (CMK, md. 91/4), bizce telafisi güç bireysel ve toplumsal zararlara yol açabileceği gibi Anayasanın değiştirilemez 2. maddesiyle teminat altına alınan hukuk devleti ilkesine, kuvvetler ayrılığına ve AİHS'nin 5. maddesi ile Anayasanın 19. maddesinde ifade olunan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasayı İhlal suçunda fail mahkûmiyeti süresince fer'i ceza niteliğinde olarak belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu hak yoksunlukları TCK'nun 53. maddesindeki yoksunluk ve sürelerle sınırlı olarak uygulanır. Dolayısıyla süresiz değildir. Ancak idari bakımdan sürekli hak yoksunluğu doğuran bazı Anayasal ve ceza kanunu dışındaki kanunlarla getirilen kanuni hükümlerin varlığı dolayısıyla, en azından arşiv bilgileri silinmedikçe, bu suçtan mahkûm olanların, yasaklanmış hakları geri verilse dahi belirli meslekleri yapmaları, mevcut düzenlemeler ışığında idarenin takdirine bırakılmıştır⁶⁸.

Anayasayı İhlal suçunda kanunla muayyen bazı hallerde koşullu salıverilme hükümleri uygulanmamaktadır. Kanımızca insan hakkı temelinde failin, gerekli kanuni değişiklikler yapılmak kaydıyla belirli aralıklarla iyi hal

⁶⁸ Hakeri, H.: Ceza Hukuku, GH., 14. Baskı, Ankara 2012, s. 640. Ayrıca bkz., 9. HD., 02.12.1996, 22203; Danıştay 1. D., 13.03.2006, 298.

değerlendirmesine tabi tutulmasına devam edilmelidir. Bu yönde bir uygulama AİHM içtihatlarına da uygun olacaktır. Böylece failin bir gün ıslah olabilme ihtimali elinden alınmamış ve ceza failin şahsına uydurulmuş olur⁶⁹.

Sonuç

İhtilaller/darbeler, demokratik bir toplumda hiçbir zaman çare olamaz, mazur görülemezler.

Buna karşın ihtilale/darbeye kalkışmanın cezası uygar bir toplumda suçla orantılı olmalı, daha ağır cezayı gerektiren bir suç işlenmemişse, kalkışma suçlarının siyasi suç özelliği gereği makul sınırlarda tutulmalıdır.

Diğer yandan Anayasayı İhlal suçunun ne zaman terör suçu sayılacağı konusundaki belirsizlik, çağdaş hukuklardaki örneklerine ve taraf olunan uluslararası sözleşmelere uygun olarak TMK'nun 3. maddesi kapsamında yeniden gözden geçirilerek giderilmelidir.

Tarih göstermiştir ki cezaların ağırlığından ziyade etkin uygulanması insanları suç işlemekten caydırmaktadır ki bu da etkin bir adalet mekanizmasını, tam bağımsız ve tarafsız mahkemeleri, soruşturmayı etkin yürüten savcılarının varlığını gerektirir.

Uygulamada, suçun icrasına başlamadan önceki safhanın suçun hazırlık safhası olduğu, hazırlık hareketlerinin ise kalkışma suçlarından sorumluluğa yol açmayacağı, bu suçlarda hazırlık hareketlerini cezalandırmanın, hareket başka bir suç da teşkil etmiyorsa, düşüncüyü cezalandırmak olacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Öte yandan suçun silahlı ya da silahsız bir örgüt kapsamında işlendiği hallerde, işlenen Anayasayı İhlal suçunun yanı sıra TCK'nun 220 ve 314. maddeleri uyarınca, ilgili maddelerdeki özel iştirak hükümleri gereği sorumluluğun doğacağı; bu durumda biri Anayasayı İhlal suçunun kanunen cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğinde olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya silahlı örgüt, biri de kalkışma suçunun kendisi olmak üzere iki ayrı fiilin, iki ayrı suçun söz konusu olduğu hususuna dikkat edilmelidir.

Ayrıca yine uygulamada, Anayasayı İhlal suçuna katılan herkesin asli fail olmayabileceği, sorumluluğun, TCK'nın 220/5. maddesi hükmü saklı olmak kaydıyla genel iştirak hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği kuralına özen gösterilmelidir.

⁶⁹ Bkz., aynı yönde, Demirbaş, T.: İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 485.

TCK’nda gerçekleştirilen tüm iyi niyetli çabalara rağmen, yukarıda açıklanan bazı eksikliklerin göze çarptığı Anayasayı İhlal suçu, AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun olarak yeniden düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Acar, Bülent: Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkan ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Ankara 2014.
- Alacakaptan, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1975.
- Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında ‘Yokluk’ Ya da ‘Yok İşlem’, TBBD, S. 81, Y. 2009, s. 211-224.
- Antolisei, Francesco: Manuale di diritto penale, Ps., II, Milano 1997.
- Aygün Eşitli, Ezgi: Kalkışma Suçları, Ankara 2016.
- Baltacı, Vahit: Terör Suçları ve Yargılaması, Ankara 2007.
- Bettioli, Giuseppe: Diritto penale, Pg., Padova 1969.
- De Mauro, Giovanni Battista: Attentato contro gli organi costituzionali, Nuovo dig. it., V. I, Torino 1937, p. 1077-1079.
- Delpino, Luigi: Diritto Penale, Ps., Napoli 2006.
- Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2009.
- Demirbaş, Timur: İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Develioğlu, Ferit: Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 1970.
- Doehring, Karl: Genel Devlet Kuramı, Çev. Prof. Dr. Ahmet Mumcu, İstanbul 2002.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım, C. II/2, İstanbul 1961.
- Erem, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi, ÖH, Ankara 1993.
- Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo: Diritto penale, Ps., V. I, Bologna 1993.
- Florian, Eugenio: Trattato di diritto penale, V. II, Delitti contro la sicurezza dello stato, Milano 1915.

- Gallo, Ettore: *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano 1966.
- Gören, Zafer: *Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları*, İTÜSBD, S. 16, Y. 2009, s. 1-15.
- Gören, Zafer: *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir 1999.
- Gözler, Kemal: *Kurucu İktidar*, Bursa 1998.
- Gregori, Giorgio: *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, V. XVIII, Padova 1978.
- Günday, Metin: *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Güriz, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, 6. Baskı, Ankara 2003.
- Hafizoğulları, Zeki: *Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu*, BÜHFD, C. 1, S. 1, Y. 2015, s. 483-502.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2015.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar*, Ankara 2012.
- Hakeri, Hakan: *Ceza Hukuku*, GH., 14. Baskı, Ankara 2012.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Kulak, Sercan Coşkun: *Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi*, TBBD, S. 87, Y. 2010, s. 228-261.
- Maggiore, Giuseppe: *Diritto Penale*, Ps., V. 2, T. 1, Bologna 1948.
- Manzini, Vincenzo: *Trattato di diritto penale italiano*, V. IV, Torino 1921.
- Okuyucu Ergün, Güneş: *Ceza Muhakemesi İşlemleri*, Ankara 2015.
- Onar, Erdal: *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara 1993.
- Ömeroğlu, Ömer: *Direnme Hakkı, Meşruluğu ve Pratik Değeri*, EÜHFD, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 103-115.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Özbudun, Ergun: *Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Sempozyumu*, TBB, Ankara 2010, 155-175.
- Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Ankara 2014.

- Özek, Çetin: Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967.
- Özgen, Eralp: İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar, AÜHFD, C. XVII, S. 1-4, Y. 1960, s. 255-289.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, GH., Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2015.
- Pannain, Remo: Personalità internazionale dello stato (delitti contro la), Novissimo dig. it., V. XII, Torino 1968, p. 1109-1132.
- Pannain, Remo: Diritto penale, V. II, Ps., Torino 1957.
- Ragno, Giuseppe: I delitti di alto tradimento ed attentato alla costituzione, Milano 1974.
- Ranieri, Silvio: Manuale di diritto penale, Ps., V. 2, Padova 1962.
- Raz, Joseph: Kelsen'in Temel Norm Kuramı (Çev. Dr. Şule Şahin Ceylan), AÜHFD, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1169-1193.
- Rossi, Paolo: Attentato contro la costituzione dello Stato, Enc. Dir., V. III, Varese 1958, p. 976-980.
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, 8. Baskı, Ankara 2010.
- Soysal, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1990.
- Şen, Murat: 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, EHFD, C. 2, S. 1, Y. 1998, s. 88-119.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 8. Bası, Ankara 2006.
- Taşkın, Ahmet: Baskıya Karşı Direnme Hakkı, TBBD, S. 52, Y. 2004, s. 37-65.
- Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2015.
- Thoreau, Henry David: Sivil İtaatsizlik, Çev. Caner Turan, İstanbul 2015.
- Turhan, Mehmet: Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, AÜHFD, C. 33, S. 1-4, Y. 1976, s. 63-104.
- Vannini, Ottorino: Manuale di diritto penale italiano, Ps., Milano 1947.
- Yayla, Yıldızhan: 1982 Anayasasına Göre Devletin Özü, İHİD, C. 4, S. 1-3, Y. 1983, s. 133-149.