

ANAYASAYI İHLAL SUÇU ÜZERİNE BİR İNCELEME

Ar. Gör. Faruk Turinay *

GİRİŞ

Suçlar ve cezalar insanların, toplumun, milletin veya devletin menfaatlerini ihlal ettiği ileri sürülen birtakım fiilleri konu alır. Bazı suçlar, sadece kişilere karşı işlenebilirken bazıları birden fazla kişiden oluşan topluluklara veya ‘millet’ ya da ‘toplum’ adı verilen örgütlenmiş insan gruplarına karşı işlenebilir. Teknik anlamda ‘cezalandırılmayı’ hak etme derecesinin üzerindeki bir kısım eylemlerin ise devlete, üstelik onun da üzerinde yükseldiği anayasal düzene karşı gerçekleştirildiği kanun koyucular tarafından varsayılabilir. İtalyan ceza hukukunda *attentato contro la Costituzione dello Stato* (devletin kuruluşuna/anayasasına karşı teşebbüs) olarak isimlendirilen¹ anayasayı ihlal suçu², gerek bir ‘teşebbüs suçu’ olması³ gerekse ‘anayasa’ gibi tanımı ceza kanunlarınca yapılmamış bir terimi içermesi sebebiyle incelenmeye değer bir konu olarak görünmektedir.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (f.turinay@gmail.com).

¹ Domenico Carcano, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale*, Milano, Giuffr  Editore, 2010, s.51 vd.; Ermelinda Biesuz / Giuseppe Buffone / Valentina Gemignani / Christina Ravera, *Processo Penale: le Impugnazioni Flussu Processuali*, Milano, Giuffr  Editore, 2007, s.147; Adelmo Mana / Alberto Cadoppi / Stefano Canestrari / Michele Papa, *I Delitti Contro la Personalit  dello Stato Parte Speciale*, Torino, Wolters Kluwer Italia, 2008, s.271 vd.

² Anayasayı ihlal suçu hakkında bkz: Hasan Halis Sungur, *Anayasayı İhlal Suçları ve TCK 146’ıncı Maddesi Hükümleri: S kut İktidarın Sorumluluđu*, İstanbul, İstanbul Matbaası, 1961, 390 s.; Nevzat Toroslu, “Anayasayı İhlal Suçu”, ABD, Yıl 42, Sayı 1985/4; Uğur Mumcu, “Türk Hukukunda İptal Kararlarının Yerine Getirilmesi ve Sorumluluk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXVII, Yıl: 1970, Sayı: 3-4, s.118-120

³ Hasan Hüseyin Bayraklı / Ahmet Bozdağ, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açışından Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, Sayı: 158, Ocak-Haziran 2010, s.25

1. SUÇUN ÖZGÜNLÜĞÜ VE ANAYASAYI İHLAL ETMENİN YOLLARI

Her hukuk düzeninin ardında devlet vardır. O yüzden hukuku devletten ayrı mütalaa etmek mümkün değildir. Nitekim Hans Kelsen, devleti insan davranışlarının düzeni olarak algılamanın en nesnel çıkar yol olduğunu, devletin siyasi örgütlenme oluşunun zorlayıcılığı beraberinde getirdiğini, dolayısıyla siyasi düzen olan devletin aynı zamanda hukuki düzen olduğunu ileri sürmüştür⁴. O halde, devlet tipi değiştiğinde, onun dayandığı hukuk tipi de başkalaşacaktır. Tam da bu yüzden, yeni bir devlet kurma girişimleri, hukuki nitelikten mahrumdur⁵. Yürürlükte olan hukuki bütünü bertaraf etme amacındaki böyle fiiller, ancak hukukun bittiği yerde başlayabilecek siyasi gelişmelerdir⁶. Burada bir nüansı vurgulamakta fayda vardır: Cem Eroğul’un deyimiyle, “Hukuki çerçeve içinde cereyan eden değiştirme ile *kısmi değiştirme*; öte yandan da, hukuk ötesi değiştirme ile *bütünüyle değiştirme*, özdeş terimler değildir.”⁷. Bir anayasanın küçük bir bölümü dahi değiştirilse, bu değişiklik hukukun dışına taşmış olabilir. Buna örnek olarak, Kubalı’ya atfen, anayasaya İslam’ı resmi din kabul eden bir maddenin eklenmesi gösterilebilir⁸. Buna mukabil, 1924 Anayasası, hukuka uygun bir surette, 1945 ve 1952 yıllarında olmak üzere tam iki kez tepeden tırnağa değiştirilmiştir⁹. Çizilen bu manzarada ilk gruptaki fiil ‘anayasayı ihlal’ olarak nitelendirilebilecekken, ikinci gruptaki, üstelik çok büyük çaptaki değişiklik hukuka uygun sayılabilecektir.

Anayasayı ihlal suçu dikotomiye bünyesinde barındıran, paradoksal bir suç olarak görünmektedir. Nitekim o, teşebbüs şeklinde işlenmeye mahkûm bir suçtur. Çünkü anayasayı ihlal suçu teşebbüs aşamasında kalmaz ve tamamlanırsa suç olmaktan çıkacaktır! Başarılı bir biçimde işlenmiş anayasayı ihlal suçunun yeni bir devlet kurmak olduğu dahi iddia edilebilecektir. Kanun koyucuların ‘anayasayı ihlal’ adı verilen bir suç yaratmalarının

⁴ 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

⁵ Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1974, s.2

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s.104

⁹ Cem Eroğul, *op.cit.*, s.2-3

sebebi, tamamen, yürürlükteki temel siyasi ve hukuki bütünü birtakım saldırı fiillerine karşı korumaktır. Bu saldırı fiilleri, ‘isyan’ olarak da nitelendirilebilir.

Yürürlükteki hukuk kurallarına sadık kalarak anayasayı değiştirmeye yetkili organların anayasayı değiştirmesinin ele alınan suç bakımından bir ‘ihlal’ yaratmayacağı açıktır. Pekâlâ, bu organların anayasayı değiştirmeye zorlanması hukuken nasıl vasıflandırılabilir? Manzini, bu soruyu şöyle cevaplamaktadır: “Anayasayı tadile salâhiyetli organların değişikliğe zorlanması veya buna teşebbüs edilmesi halinde anayasayı cebren değiştirmeye müteveccih bir fiil vardır.”¹⁰ Bu itibarla, tali kurucu iktidarı anayasayı değiştirmeye cebir kullanmak suretiyle zorlamak anayasayı ihlal suçu teşkil edebilecektir.

Kurucu iktidar ve hukukdışılık, anayasayı ihlal suçuyla beraber düşünülebilecek kavramlardır. Anayasa kuralı ihdas etme gücüne sahip iktidar türü olan kurucu iktidar bilindiği üzere asli ve tali kurucu iktidar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tali kurucu iktidar yürürlükteki hukuk düzeninin yarattığı çerçeveye uygun olarak anayasayı değiştiren bir güç iken; asli kurucu iktidar, yeni baştan anayasa yaratan bir kudrettir. Üstelik bu ikincisi, anayasayı ihlal suçunun kanunlarda yer alan tanımlarına uygun şekilde, ‘cebir ve şiddet’ olmaksızın faaliyet göstermesi zor görünen bir iktidardır. Mevcut anayasal yapıyı bertaraf etmeksizin yeni bir anayasa yapılması imkân dâhilinde değildir. Zaten, asli kurucu iktidarın ayırt edici özelliği esas kurallar koyma yetkisinin dayandığı daha eski, cari bir kuralın olmayışdır¹¹. Tam bu noktada hukukdışılık kavramı kendini gösterir. Eroğul’un tabiriyle, “Kamu gücünü fiilen elinde bulunduran kurucular –artık felsefî kanaatlerine göre- yetkilerini ya <<Allah>>tan, ya <<Tarih>>ten, ya <<Millet>>ten, ya bir <<Sınıf>>tan vs. aldıklarını ilan edebilirler. Ne var ki, iktidarlarının hukukunu kendileri yarattıklarına göre yaptıklarına <<hukukilik>> verecek daha eski bir hukuk yoktur. Dolayısıyla, bu tarz kuruculuk *hukuk dışı* bir olgudur.”¹² Hemen vurgulamak gerekir ki, burada ‘kurucu iktidar olmak’, anayasayı ihlal suçunu işlemenin tek yöntemi olarak yansıtılmamaktadır. Bir bölgeyle sınırlı kalmış veya her türlü otorite karşısı ya da ideolojisiz, fakat cebir ve şiddete müracaat eden bir fiilin de söz konusu suç kapsamına girebi-

¹⁰ M. Kemal Biber, *Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri*, Ankara, Demokratlar Kulübü Yayınları, 1996, s.95

¹¹ Cem Eroğul, *op.cit.*, s.23

¹² *Ibid.*

leceği açıktır.

2. ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN YÜRÜRLÜKTEKİ HUKUKTAKİ GÖRÜNÜMÜ

A. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu

Halen yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundan önce, 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilen ve uzun yollar boyunca uygulanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 13/11/2005 tarih ve 25642 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 04/11/2004 tarih ve 5252 sayılı kanunun 12. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla tüm ek değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Bu mülga kanunun 146. maddesi anayasayı ihlal suçunu düzenlemektedir. Hüküm şu şekildedir:

“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 onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur.”

Kanun genel sistematığı içerisinde hükmün işgal ettiği konuma bakıldığında şunlar görülecektir: Kanunun ikinci kitabı “Cürümler” başlığını taşımaktadır. Bu kitabın içinde, “Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler” birinci babı oluşturmakta olup bu babın kapsamında yer alan ve 146. maddeden 164. maddeye kadar süren “Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler” başlıklı ikinci fasıl altında söz konusu suçun tanzim edildiği görülecektir.

“Devletin şahsiyeti” ne demektir? Öncelikle altını çizmek lazımdır ki, bu kavram devletin kuruluşuna esas teşkil eden düşüncelerle yakından ilgili-

dir¹³. Kamu hukuku ve anayasa hukuku ilkelerinin anayasayı ihlalle bağlantısı pekâlâ kurulabilecektir. Devlet ile söz konusu suç iki şekilde birlikte düşünülebilir. Bir yaklaşıma göre, devlet kamu tüzel kişilerinin en önemlisidir. Bu yüzden hukuki korumayı hak etmektedir. Suçun konusunu oluşturan ‘menfaat’, suçtan doğan ‘zarar’ veya ‘tehlike’ ile ‘mağdur’ sıfatı devletin kişiliğinde birleşmektedir. Devlet tüzel kişiliğini özellikle koruyan kurallar, ‘devletin şahsiyetine karşı cürümler’ kavramını doğurmuştur¹⁴. Diğer yaklaşıma göre, devletin unsurları olan ülke, anayasa ve halk bu suçun konusunu teşkil etmektedir. Dolayısıyla, anayasayı ihlale yönelik fiillerin suç olarak tanımlanmasında ‘devletin şahsiyeti’ kavramını açıklamaya lüzum yoktur; devletin unsurları daha somut ve açıktır¹⁵.

İncelemeye konu suçun içinde yer aldığı alt başlıkta yer alan ‘devlet kuvvetleri’ terimini, Faruk Erem’e göre, devletin sahip olduğu cebri kuvvetler anlamında değerlendirmek gerekir¹⁶. Bunlar üç kuvvettir: yasama, yürütme ve yargılama. 765 sayılı kanununa mehz teşkil eden 1883 Zanardelli tasarısı *costituzione dello stato* (devletin kuruluşuna) karşı suçlar ibaresini içermektedir. Özgün adı *i delitti contro la sicurezza dello stato* olan devletin güvenliğine karşı suçların da Zanardelli kanununda kendine yer bulduğunu eklemekte fayda vardır¹⁷. Yine 1947 ve 1957 tarihli kanunlara bakıldığında *attentato contro la costituzione dello stato* (devletin kuruluşuna / anayasasına karşı teşebbüs) suçunun 283. maddede yer aldığı görülmektedir¹⁸.

Devlet kuvvetleri aleyhine işlenen suçlardan bir kısmı 15 sayılı kanun kapsamına giren suçlar arasında anayasayı ihlal suçu da yer almaktadır. Bu düzenleme, Türk Ceza Kanununun 146. Maddesine Fıkra Eklenmesi ve 56. Maddesinin Kaldırılması Hakkında Geçici Kanun’dur¹⁹. Erem, bahsi geçen kanunun bu suçların tasnifinde esas tutulması gerektiğinden bahsetmekte; fakat bunun sebebini açıklamamaktadır²⁰. Bu noktada hatırlatmak gerekir ki,

¹³ Faruk Erem / Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s.73

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, s.74

¹⁷ Rosario Minna, *Crimini Associati Norme Penali e Politica del Diritto. Aspetti Storici, Culturali, Evoluzione Normativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, s.29, 4 numaralı dipnot

¹⁸ *Ibid.*, s.59

¹⁹ Kabul Tarihi: 06.07.1960, Resmi Gazete, Sayı: 10548, Tarih: 11.07.1960

²⁰ Faruk Erem / Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *op.cit.*, s.76

kanun, 27 Mayıs askeri müdahalesinden birkaç ay sonra kabul edilmiştir.

15 sayılı kanunun birinci maddesi Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesine, anayasayı ihlal suçu bakımından fer'i iştiraki mümkün kılacak bir fıkranın eklenmesine ilişkindir. İkinci maddesi cezalarda indirim hükmünü içeren TCK m. 56'yı ilga etmektedir. Üçüncü maddesi, 15 sayılı kanun yürürlüğü girmeden önce işlenmiş ve anayasayı ihlal suçunu düzenleyen maddeyi de kapsayan 'vatana hıyanet suçları' hakkında 56. maddenin kaldırılmasına dair bir önceki maddedeki hükmün derhal uygulanacağını emretmektedir. Bu hükmü, ceza kanunlarının zaman bakımından fail lehine tatbik edilmesi ilkesinin bir ihlali olarak değerlendirmek mümkündür.

B. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Hâlihazırda yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu, pek çok suç ve müesese bakımından esaslı değişiklikler getirdiği gibi, anayasayı ihlal suçunu da yeniden şekillendirmiştir. Kanunun 309. maddesi "Anayasayı ihlâl" başlığını taşımakta olup hüküm şu şekildedir:

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

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

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

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun dördüncü kısmı "Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" adını taşımaktadır. Bu kısımda yer alan beşinci bölümün başlığı "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" olup anayasayı ihlal suçunu düzenleyen 309. madde bu bölümde yer almaktadır.

Hukuk normlarının yorumlanmasında kullanılan ilkelerden tarihi yorum yöntemini kullanabilmek açısından madde gerekçeleri asli bir kaynaktır. Bu itibarla 309. maddenin gerekçesine burada yer vermek gereklidir:

"Anayasanın Başlangıç Kısımında 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 çıkmayacağı; Hiç bir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerini, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;” şeklindeki ifade ile 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 ilkelere.

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

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

3. SUÇUN MAHİYETİ VE UNSURLARI

A. Korunan Hukuksal Yarar

Maddenin gerekçesinde de yer aldığı gibi korunmak istenen hukuksal yarar Anayasal düzene egemen olan ilkelere²¹. Bu ilkeler Anayasanın başlangıç kısmında yer almaktadır. Ayrıca ETCK ve YTCK’da korunan hukuksal yarar yer almaktadır. ETCK md. 146’da “*Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunu*” ibaresi yer almaktadır. Ancak bununla birlikte kastedilen sadece ve teknik anlamı ile Teşkilatı Esasiye Kanunu değildir²². Bu ifade YTCK md. 309’da “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen*” ibaresi kanımızca daha yerinde bir ifade olmuştur. Zaten YTCK mD. 309’un gerekçesinde *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 çıkmayacağı; 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 ibare ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunduğundan söze edilmektedir. Ayrıca gerekçede anayasal düzen, siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olan ilkeleri içeren kurallar bütünü, koruna hukuki yara olarak görülmektedir²³. Bundan dolayı ETCK’ da kullanılan “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye” ibaresi Anayasanın ihlali suçunun tanımında çok dar kapsamlı kalmaktaydı.

C. Fail

Herkes bu suçun faili olabilir. Ancak bu suçun failini, devletin cebri gücünü elinde bulunduranlar ve devletin gücünü bulundurmayanlar; bu suç

²¹ Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4.C., Ankara , Seçkin Yayınevi, 2008, s.4170

²² Şahin Kurt, Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara, Seçkin Yayınları, 1998, s. 96; Vural Savaş / Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1995, s. 1497.

²³ Haydar Erol, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle, Ankara, 2005, s. 1330.

vazifelerinden dolayı işleme kolaylığına ve imkânına sahip olanlar ve olmayanlar diye ayırarak incelemek daha doğru olacaktır.

Devletin cebri gücünü elinde bulundurmayanların veya bu suçu vazifelerinden dolayı işleme kolaylığına ve imkânına sahip olmayanların Anayasayı ihlal suçunun faili olmaları için fiziki cebre başvurmaları gerekir. Bu tür cebir silahlı veya silahsız olabilir. Ancak devletin cebri gücünü elinde bulunduranlar veya vazifelerinden dolayı bu suçu işleme kolaylığına ve imkânına sahip olanlar açısından durum değişir.

Bu durumu parlamenterler açısından inceleyelim. Parlamenterlerin statü ve görevleri gereği Anayasayı ihlal edebilmeleri normal vatandaşlardan daha kolaydır. Parlamenterlerin fiili onlara verilen hak ya da görevlerin dâhilinde olsa bile bu durum onların cezalandırmalarına engel olmayacaktır. Çünkü hak, hakkı tanıyan kanunun dışına çıkıldığında suç oluşturur. Görev ise, görevi veren kanun ve içtüzüğün dışına çıkıldığında hukuka aykırılık olur. Anayasayı ihlal suçu hak ve görevlerin altına sığınarak işlenemez. Devletin silahlı gücünü elinde bulunduranlar da Anayasayı ihlal suçunun faili olabilirler. Örneğin askerin elindeki güç askeri hizmeti düzenleyen hukuk kuralları dışında kullanıldığı zaman bu güç legal olmaktan çıkar²⁴. Aksi takdirde hak ve görev verilenlere Anayasanın üstünde yetki sağlanmış olur. Dolayısıyla hukuk düzeni de kendi kendini inkar etmiş olurdu²⁵.

Herhangi bir fert veya bir topluluk bu suçu işleyebileceği gibi parlamento veyahut Devlet Başkanı dahi bu suçun faili olabilir. Anayasayı ihlal suçu dokunulmazlık veya sorumsuzluğun kapsamı dışında kalır. Cumhurbaşkanlığı Anayasa m. 105'e göre TBMM'ye karşı vatana ihanetten dolayı sorumludur. Ancak Cumhurbaşkanı vatana ihanetten dolayı, TBMM üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır. Böyle bir suçlandırmanın yapılabilmesi için Cumhurbaşkanı'nın işlediği fiilin kanunlarda suç olarak belirtilmiş olması gerekir. Daha sonra bu suçun vatan hainliğinin kapsamına girip girmediğini TBMM değerlendirecektir. Vatana ihanet suçunun ne olduğu konusunda Terörle Mücadele Kanunu ile kaldırılan Hıyanet-i Vataniye Kanunu ve şu an yürürlükte olan Askeri Ceza Kanunu bir düzenleme getirmiştir. Onun dışında ne Anayasada ne Türk Ceza Kanunda ne de Terörle

²⁴ Vahit Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s. 141.

²⁵ Savaş, Mollamahmutoğlu, *a.g.e.*, Ankara 1995, s. 1493.

Mücadele Kanunda bu yönde bir düzenleme yoktur. Vatana hıyanet kavramını sadakat borcunun ihlali diye açıklayabiliriz²⁶. Vatan haini Hıyanet-i Vataniye Kanununun 1. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Makamı Muallayı Hilafet ve Saltanatı ve Memaliki Mahruseyi Şahaneyi yedi ecanipten tahlis ve taarruzatı defî maksadına matuf olarak teşekkül eden Büyük Millet Meclisinin meşruiyetine isyanı mutazammın kavlen veya fiilen veya tahriren muhalefet ve ifsadatta bulunan, haini vatan addolunur (Yüce hilafet makamı ve saltanatı ve Ülkeyi yedi yabancı devlet güçlerinden kurtarmak ve saldırıları önlemek amacıyla yönelik olarak kurulan Büyük millet meclisine karşı düşünce veya uygulamalarıyla veya yazdıkları yazılarla muhalefet ve bozgunculuk edenler vatan haini olarak addedilir).*” 26.6.1341 tarih ve 566 Sayılı Kanunla eklenen “*Dini veya mukaddesatı diniyeyi siyasi gayelere esas olan veya alet ittihaz maksadiyle cemiyetler teşkili memnudur. Bu kabil cemiyetleri teşkil edenler veya bu cemiyetlere dahil olanlar haini vatan addolunur.*” kısmı ile dinin politikaya alet edilmesinin vatan hıyaneti sayılacağı hükme bağlanmıştır. 566 sayılı Kanunla eklenen bu bölüm Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girince etkisini kaybetmiştir. Ancak buna yönelik düzenleme siyasi partiler açısından Anayasa m 68/4’e göre şu şekilde yapılmıştır: “*Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz...*” Cumhuriyet Başsavcısı’nın 16.11.2007 günü Demokratik Toplum Partisi’nin kapatılması yönündeki karar bu maddeye dayandırılarak verilmiştir²⁷.

²⁶ Veli Özer Özbek, , *Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 104.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın 16.11.2007günlü, SP.13S. Hz. 2007/2 sayılı İddianamesi ile Demokratik Toplum Partisi’nin kapatılması istenilmekle gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Demokratik Toplum Partisi’nin, eylemleri yanında terör örgütüyle olan bağlantıları da değerlendirildiğinde Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiği anlaşıldığından, Anayasa’nın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu’nun 101. ve 103. maddeleri gereğince KAPATILMASINA,

2- Beyan ve eylemleriyle Parti’nin kapatılmasına neden olan kurucuları dahil üyelerinden; Abdulkadir FIRAT, Abdullah İSNAÇ, Ahmet AY, Ahmet ERTAK, Ahmet TÜRK, Ali BOZAN, Ayhan AYAZ, Aydın BUDAK, Ayhan KARABULUT, Aysel TUĞLUK, Bedri FIRAT, Cemal KUHAK, Deniz YEŞİLYURT, Ferhan TÜRK, Fettah DADAŞ, Hacı ÜZEN, Halit KAHRAMAN, Hatice ADIBELLİ, Hilmi AYDOĞDU, Hüseyin BEKTAŞOĞLU, Hüseyin KALKAN, İbrahim SUNKUR, İzzet BELGE, Kemal AKTAŞ, Leyla

Bu suçun faili Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenlerdir. Suç herhangi bir kimse tarafından işlenebileceği için bu suçun failinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup olmaması yönünden bir ayırım yapılmamıştır.

Bu suçun failinin terör suçlusu sayılıp sayılmadığını anlamak için 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununa bakmamız gerekir. Adı geçen kanunun birinci maddesinde terörün tanımı şöyle yapılmaktadır: *“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin 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 bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”*

Bu maddeyle 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 309’da tanımlanan

ZANA, Mehmet Salih SAĞLAM, Mehmet Veysi DİLEKÇİ, Metin TEKÇE, Murat AVCI, Murat DAŞ, Musa FARİSOĞULLARI, Mustafa TUÇ, Necdet ATALAY, Nurettin DEMİRTAŞ, Orhan MİROĞLU, Sedat YURTTAŞ ve Selim SADAK’ın Anayasa’nın 69. maddesinin dokuzuncu fıkrası gereğince gerekçeli kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamayacaklarına,

3- Beyan ve eylemleriyle Parti’nin kapatılmasına neden olan Mardin Milletvekili Ahmet TÜRK ve Diyarbakır Milletvekili Aysel TUĞLUK’un milletvekilliklerinin, Anayasa’nın 84. maddesinin son fıkrası uyarınca gerekçeli kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihte sona ermesine,

4- Parti tüzel kişiliğinin kapatma kararının verildiği tarihte sona ermesine,

5- Davalı Parti’nin bütün mallarının 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu ’nun 107. maddesi gereğince Hazine’ye geçmesine,

6- Gereğinin yerine getirilmesi için karar örneğinin, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu ’nun 107. maddesi uyarınca Başbakanlığa ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilmesine,

11.12.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

(11.12.2009 tarih ve E.2007/1, K2009/4 sayılı karar, RG.14.12.2009, Sayı.27432, <http://www.resmi-gazete.org/reg/anayasa-mahkemesinin-e-2007-1-siyasi-parti-kapatma-k-2009-4-sayili-karari-5874.htm> Son Erişim tarihi:01.03.2012).

Anayasayı ihlal suçunu karşılaştırdığımızda Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye cebir ve şiddet kullanarak teşebbüs etmenin 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 1’de tanımlanan terör ile ne kadar benzediğini fark edebiliriz. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 2’ye göre ise terör suçlusu şöyle tanımlanmaktadır: *“Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur. Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar.”*

5532 Sayılı Kanunu’nun 2. maddesi ile değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 3. maddesindeki sayılan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun bir kısım suçları mutlak terör suçu olarak sayılmıştır. Ancak 5532 Sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 4. maddesindeki yazılı suçlar ancak terör amacı ile işlenirse terör suçu kabul edilir. Anayasayı ihlal suçu 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 3 kapsamında yer aldığı için bu suç mutlak terör suçudur. Ancak bu suçun terör suçu olması için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 220. maddesine uygun bir örgüt çerçevesinde işlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, bu suçun faili de terör suçlusudur²⁸.

Terör suçları gündeme gelince bu suçların siyasal bir suç mu, yoksa adi bir suç mu olduğu konusu da önem kazanmaktadır. Çünkü siyasal suçlu sığındığı ülkede iltica hakkına sahiptir. Bunun için eğer terörist yurt dışına kaçarsa ve kaçtığı devlet onu terörist olarak değil de siyasal suçlu olarak görürse herhangi bir yargılama yapılmamakta ve iade edilmemektedir. Terörün ortak bir tanımı yoktur. Bunun için bir devletin terörist saydığı kişi diğer devletin kahramanı olabilir. Siyasal suçlunun eylemi tüm toplumu büyük bir zarara uğratabileceği gibi toplumun gelişmesini de sağlayabilir. Sonuçta batı toplumunun bugünkü siyasal yapısının oluşmasının temeli ihtilallere, kanlı eylemlere dayanmaktadır. Bunun için siyasal suçlunun, adi suç faillerinden farklı bir ruh yapısına ve kişiliğine sahip olduğu kesin olarak doğrulanmış

²⁸ Mehmet Taştan, , Terör ve Terör Suçları, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/33say%C4%B11.pdf>, Son Erişim Tarihi: 01.03.2012.

değildir²⁹.

Ancak teröristin siyasi suç kavramına sığınarak cezalandırılmasının engellenmesi için suçların geri verilmesi bakımından “*Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Anlaşması*” tarafından bazı istisnalar getirilmiştir. Sözü geçen anlaşmanın birinci maddesinde yer alan suçların siyasi suç, siyasi suça murtabit suç veya siyasi nedenlerle işlenen suç niteliğinde olmadığı belirtilmiştir. Bu madde kapsamındaki suçlar şunlardır:

a. “16 Aralık 1970 tarihinde La Haye’de imzalanan “Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesine İlişkin Anlaşma”nın kapsamına giren suçlar;

b. 23 Eylül 1971 tarihinde Montreal’de imzalanan “Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Anlaşma”nın kapsamına giren suçlar;

c. Diplomatik ajanlar dahil olmak üzere uluslararası bir himayeye tabi olan şahısların hayat, fizik bütünlüğü veya hürriyetine bir saldırıyı kapsayan vahim suçlar;

d. Adam kaldırma, rehin alma veya kanundışı hürriyeti tahdit eden suçlar;

e. Şahısların hayatı için tehlike teşkil ettiği ölçüde bomba, el bombası, roket, otomatik ateşli silah veya bombalı mektup veya koli kullanmak suretiyle işlenen suçlar;

f. Yukarıda sayılan suçlardan birini işlemeye teşebbüs veya böyle bir suçu işleyen veya işlemeye teşebbüs eden bir şahsın fiiline suç ortağı olarak iştirake ilişkin suçlar”

Anlaşmanın bu maddesiyle iade talep edilecek devletin takdir yetkisi sınırlanmış. Hangi suçların siyasi suçluların iade edilmemesi kapsamında yer almadığı teker teker sayılarak ortadaki karmaşa giderilmeye çalışılmıştır. Anlaşmanın ikinci maddesinde ise birinci maddeden farklı olarak iade talep edilen devlete takdir yetkisi tanınmıştır. Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Anlaşması m. 2 ise şöyledir:

1. “Üye Devletleri arasında iadenin amaçları bakımından, bir Akit Devlet, bir şahsın hayatı, fiziki bütünlüğü veya hürriyeti aleyhine işlenip, 1

²⁹ Köksal Bayraktar, *Siyasal Suç*, İstanbul, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 183-184.

nci madde kapsamına giren herhangi bir suçtan başka bir şiddet eylemim içeren vahim bir suç, siyasi suç ile irtibatlı suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç saymamağa karar verebilir.

2. 1. madde zikredilenlerin dışında şahıslar için toplu bir tehlike teşkil ettiği takdirde mülkiyet aleyhine bir fiili içeren vahim bur suça da aynı kaide uygulanacaktır.

3. Yukarıda sayılan suçlardan birini işlemeye teşebbüs veya böyle bir suçu işleyen veya işleyeme teşebbüs eden bir şahsın fiiline suç ortağı sıfatıyla katılma halinde de aynı kaide uygulanacaktır.”

Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Anlaşmasının 5. maddesi bu anlaşmanın 1. ve 2. maddelerinin etkinliğini azaltabilecek bir düzenleme içermektedir. Bu maddeye göre; talep edilen devletler, 1. ve 2. maddelerde öngörülen suçlar için söz konusu geri verme talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet, siyasi kanaatleri dolayısıyla kovuşturma veya cezalandırma gayesi ile yapıldığına veya bu şahsın durumunun bu sebeplerden biri ile ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat oluştuğu takdirde suçlunun geri verilmesi konusunda bir yükümlülüğün olduğu söylene-meyecektir. Aynı zamanda söz konusunu anlaşmanın 13. maddesinde yer alan ihtirazi kayıt hakkı da 5. madde gibi 1. ve 2. maddelerin etkinliğini azaltmaktadır. Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Anlaşması m. 5 şöyledir:

1. “ Herhangi bir Devlet, imza sırasında veya tasdik, kabil veya tasvip belgesini tevdi ederken, aşağıda yazılı hususlar dahil suçun kendisine has vahim yönlerini suçun değerlendirilişinde göz önüne almayı taahhüt etmek kaydıyla, siyasi suç, siyasi suçla ilişkili suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç mahiyetinde telakki edeceği 1. maddede zikredilen herhangi bir suça ilişkin iade talebim reddetmek hakkını mahfuz tuttuğunu beyan edebilir:

a. Suçun; şahısların hayati, fiziki bütünlüğü veya özgürlükleri için toplu bir tehlike yaratması; veya

b. Suçun; işlendiği saikle ilişkisi bulunmayan şahısları etkilemesi; veya

c. Suçun; işlenmesinde zalimane veya hırçın usullerin kullanılmış olması,

2. Herhangi bir devlet, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yapacağı ve kabul tarihinde hüküm ifade edecek olan bir tebligat ile bundan

evvelki paragrafa uygun olarak beyan ettiği kaydı ihtiraziyi tamamen veya kısmen geri alabilecektir.

3. *Bu maddenin 1. paragrafına uygun olarak ihtirazi kayıt beyan eden bir Devlet 1. maddenin başka bir Devlet tarafından tatbik edilmesini isteyemez; bununla beraber kaydı ihtirazinin kısmi veya şartlı olduğu ahvalde sözü edilen maddenin kendisinin kabul ettiği ölçüde tatbik edilmesini isteyebilir.”*

Anayasayı ihlal suçunu işleyen failin, 3713 Sayılı “Terörle Mücadele Kanunu”na göre terör suçlusu olduğunu söylemiştik. Daha sonra ise terör suçlusunun siyasi suç mu yoksa adi suç mu işlediği üzerinde durduk. İade yönünden karışıklıkları gidermek için, “Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Anlaşmasıyla bazı hükümler getirildiğinden bahsetmiştik. Ancak bu hükümlerin siyasi suç mu yoksa adi suç mu karmaşasını giderdiği söylenemez. Çünkü Özek’in de dediği bir suçlunun siyasi suçlu olup olmadığını iade olasılığı belirlemez, suçun türünü eylemin niteliği belirler³⁰.

D. Maddi Unsur

Anayasayı ihlal suçunun oluşması için cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya, bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye, bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek gerekir³¹.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 146’nın metninden ise Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir, tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs etmenin bu suç oluşturacağı anlaşıyor. Sözlük anlamı ile tağyir, başkalaştırma, değiştirme, bozma anlamındadır. Tebdil, değiştirme, başka kılığa koyma demektir. İlga ise kaldırma, hükümsüz bırakmadır. Bu kavramlar, Anayasal düzene egemen olan ilkelerin kısmen veya tamamen ortadan zorla kaldırılması ya da değiştirilmesi anlamında kullanılmıştır. Ayarica ETCK md.146’da YTCK md.309’dan farklı olarak iki suç kapsamaktadır³². Bunlardan birincisi konumuz olan Anayasal düzeni ihlal iken, diğeri TBMM’nin düşürülmesi veya

³⁰ Köprülü, Timuçin, Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm, <http://www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/Siyasisuc.doc>, son erişim tarihi 01.03.2012.

³¹ Parlar, Hatipoğlu, *op.cit.*, s.4171.

³² Şahin Kurt, *Uygulamada Terör Suçları Ve İlgili Mevzuat*, Ankara, Seçkin Yayınları, s.96.

görevini yapmaktan yasaklanmasıdır.

E. Manevi Unsur

Anayasayı ihlal suçu, genel kastla işlenebilir. Kast, failin hareketi ve hareketin sonucunda doğacak neticeleri bilmesi veya istemesidir³³. Bu suçun oluşabilmesi için failin Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırma, bu düzen yerine başka bir düzen getirme ya da bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme irade ve isteğiyle hareket etmesi gerekir. Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırma, bu düzen yerine başka bir düzen getirme ya da bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme suçun tipiklik unsuruna girdiği için kastın isteme unsurunun bunları da kapsaması, burada özel kastın arandığı biçimde yorumlanmamalıdır.

Anayasayı ihlal suçu, amaç suçudur. Bunun için asıl neticeye bağlı olarak gerçekleşen diğer neticeler bu suçun işlenmesi araçtır. Bunun için, asıl neticeye bağlı olarak gerçekleşen diğer neticeler de istediği kabul edilmiştir. Bu durumda failin ne olursa olsun demesinin önemi bulunmaz. Bunun için anayasayı ihlal suçu, doğrudan kastla işlenebilen bir suçtur. Failin gerçekleştirmek istediği sonucun anayasaya aykırı olup olmadığını bilip bilmemesi de bu suçun oluşmasına etki etmez.

F. Suçun Nitelikli Halleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 309.maddesinin metninde anayasayı ihlal suçunun nitelikli haline yer verilmemiştir. Ancak Terörle Mücadele Kanununun 3.maddesi anayasayı ihlal suçunun terör suçu olduğunu ileri sürmüştür. Bu suretle Anayasayı ihlal suçunun TMK md.1de tanımladığı terör kavramına uygun bir terör suçu olarak işlenmesi halinde TMK md.5'te cezanın arttırılacağına yönelik bir hüküm bulunmaktadır. TMK md.5 şu şekildedir;

“ 3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanuna göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında hükmolunur. Bu suretle tayin edilecek cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezanın arttırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne

³³ Soyaslan, *op.cit.*, s.746.

göre cezada artırım yapılır. Ancak yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.”

Bu durumda TMK md.5, bu suçun nitelikli halidir.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1) Teşebbüs

Anayasayı ihlal suçu, suçun maddi unsurunu meydana getiren fiillerin işlenmeye başlanmasıyla oluşur. Yani anayasayı ihlal suçu bir teşebbüs suçudur. Ama bu suçun oluşması için kullanılan vasıtaların anayasal düzeni ihlal etmeye elverişli olması gerekir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Md.309 daki teşebbüs, MD.35 deki teşebbüsten farklıdır. TCK md.35/1 e göre ;

“Kişi, işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle dorudan doğruya icraya başlayıp ta elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

Anayasayı ihlal suçu için kastedilen neticenin gerçekleşebilmesi tehlikesinin varlığı suçun cezalandırılması için yeterli görülmüş. Bu durumda 35.madde de tanımlanan teşebbüsten daha önceki safhaların suçun olması için yeterli olması gerekir. Zaten failin elinde olmayan nedenlerden ötürü neticenin gerçekleşmemişinin teşebbüs olarak kabul edilmesi halinde neticenin gerçekleşmemesi ramak kala maksada ulaşılmamasına neden olur ve bu da anayasal düzeni korumak için yeterli değildir. Ayrıca kalkışma suçları cezalandırılmamış ancak bu suçu işleme için silahlı örgüt kurulduysa veya bu silahlı örgütü yönetiyorsa md.314 gereğince cezalandırılır.

Bu suçu işlemek amacıyla değil de ,genel anlamda suç işlemek amacıyla bir örgüt kurduysa md.220 gereğince cezalandırılır. Eğer kurulan veya adına çalışılan örgüt “terör örgütü” niteliğindeyse TMK md.7 de yapılan atıf üzerine TCK md.314 hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

TCK md.309’un uygulama alanı bulduğu durumlarda etkin pişmanlığı düzenleyen madde 221 uygulanmaz.

765 sayılı mülga TCK’nu madde 146da bu suçun oluşabilmesi için teşebbüs yeterli görülmüştür. Ayrıca mülga kanunun 61 ve 62 nci maddesinde tanımlanan teşebbüs kavramından farklıdır. Bu kanunun 61.maddesindeki teşebbüs kavramı,elverişli vasıtalarla fiilin icra hareketlerine başlanması anacak elde olmayan nedenlerle neticenin meydana gelmemesidir. Bu kanu-

nun 62. maddesindeki teşebbüs kavramı ise elverişli vasıtalarla icra hareketlerini başlanması ve icra hareketlerinin tamamlanması, ancak failin elinde olmayan sebeplerle neticenin meydana gelmemesidir. Yeni kanunun md.35 deki teşebbüs kavramındaki bu ayırım kadırlıdır. Anayasayı ihlal suçu bakımından da md.146 da yer alan eksik veya tam teşebbüs ayırımına yer verilmemiştir. Mülga kanunun 146.maddesindeki teşebbüs, neticeyi doğurmaya elverişli vasıtalarla failin icra hareketlerine başlamış olmasıdır .

2) İştirak

765 sayılı tck md.146’da genel iştirak hükümlerinden farklı bir düzenleme vardır. Ancak yeni kanunda md.309’da böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bunun için yeni TCK nın ilgili maddesine ilişkin iştirak hükümlerini genel hükümlerine bakarak belirlenir. ETCK md.146/2’ye göre;

“65.maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek birkaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı...” Yani suça yalnız veya birkaç kişiyle sözlü yada yazılı yada eylemli karışıklık çıkararak yada meydan ve sokaklarda ve halkın toplandığı yerlerde konuşma yaparak veya yazılı kağıt asarak ve yayın yaparak bu cürümleri işlemeye kışkırtmak suretiyle oluşan iştirak söz konusu olunca cezalandırma ETCK md.146/1’deki gibi yapılacaktır.

11.07.1960 gün ve 15 sayılı kanunla eklenen 146. maddenin 3 üncü fıkrasına göre (bu fıkrayla ise 2 inci fıkrada bahsi geçen fer’i katılımlar dışında kalanlardan bahsedilmiştir. Ancak bu fıkranın eklenmesi ceza sürelerinin rasgele koyulmayacağı, cezanın diğer cezalarla oranının bozulduğu açısından eleştirilmiştir.

YTCK md.309’da ise iştirake yönelik özel bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu madde genel iştirak hükümlerine bağlı kalmıştır. Anayasayı ihlal suçuna herhangi bir yolla iştirak mümkündür. Bu suçun örgüt bağlantısı ile işlenmesi halinde örgütün varlığını bilmeden yardım yapmışsa genel iştirak hükümleri uygulanacak, eyleme katılmamış ve örgüt hiyerarşisi içinde hareket ediyor ise örgüt üyeliğinden cezalandırılacak, hem eyleme katılmadan hem örgüt hiyerarşisi içinde olmadan yardım etmişse örgüte yardım yataklık suçundan cezalandırılacaktır.

3) İctima

Amaç suça yönelik fiillerin başka bir suç oluşturması halinde bu suçlardan dolayı da ilgili hükümlere göre cezalandırılır. Bu durumda gerçek

içtimadan bahsedilir.

Gerçek içtima birden fazla eyleme birden fazla hukuki yararın ihlali durumunda birden fazla suç bulunmasıdır. Bir suçu işlemek, başka bir suçu gizlemek için bir başka suçu işlemek, bir suç vesilesiyle bir başka suçu işlemek bileşik suç kapsamına girmeyip gerçek içtima hükümleri uygulanarak cezaları belirlenecektir³⁴.

Kısacası maddenin 2.fikrasında bu suça özgü olarak bir içtima kuralı getirilmiştir. Bu hükme göre bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçtan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmonulacaktır³⁵.

G) Kovuşturma, Görevli Mahkeme, Suçun Yaptırımı Ve Dava Zamanaşımı

1) Kovuşturma

Suçun Soruşturma ve kovuşturması re'sen yapılır.YTCK'nın 13³⁶.maddesi uyarınca bu suçun vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde; Türk Kanunları uygulanır. Bu suç dolayısıyla ya-

³⁴ Özbek, *Ibid.*, s.508

³⁵ Parlar, Hatipoğlu, *Ibid.*, s.4173.

³⁶ MADDE 13. - (1) Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde, Türk kanunları uygulanır:

a) İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar.

b) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar.

c) İşkence (madde 94, 95).

d) Çevrenin kasten kirletilmesi (madde 181).

e) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190).

f) Parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (madde 200), mühürde sahtecilik (madde 202).

g) Fuhuş (madde 227).

h) Rüşvet (madde 252).

i) Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçları.

(2) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır

bancı ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet bakanlığının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır³⁷.

2) Suçun Yaptırımı

Bu suçun yaptırımı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Maddenin 3.fıkrası hükmü uyarınca, bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında YTCK md.60’da öngörülen bunlara özgü iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerine hükmolunur³⁸.

3) Dava Zamanaşımı

YTCK md.66/1-a bendi uyarınca, bu suçun dava zamanaşımı süresi 30 yıldır. Aynı maddenin 7.fıkrası uyarınca, bu suçun yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz.

4. SUÇLA İLGİLİ TARTIŞMALAR

Ceza kanunlarında yer alan pek çok suçun birbiriyle ilişkisi olduğunu söylemek nasıl mümkünse, aynı durumun anayasayı ihlal için de geçerli olduğunu ileri sürmek aynı şekilde yanlış olmayacaktır. Nitekim Faruk Erem, işkence suçunu anayasayı ihlalle alakalandırmaktadır. Şöyle ki, ona göre, hukuk devletinde işkence yasağı vardır ki işkence suçu bu yüzden yaratılmıştır. Diktatörlükle idare edilen bir ülkede pekâlâ işkence meşru sayılabilir. Hukukun üstünlüğünün esas olduğu bir ülkede işkence yasağının çiğnenmesi ‘anayasayı ihlal suçu’nu işlemenin yollarından biridir³⁹. 1982 Anayasasının 17. maddesi “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.” hükmünü havidir. Dolayısıyla münferit olay olarak adlandırılmayacak bir ‘sistemli işkence’, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “243. maddesinden⁴⁰ taşar ve 146. maddeye⁴¹ yaklaşmış olur.”⁴².

Farklı ülkelerde hangi tür fiillerin anayasayı ihlal suçuna yol açtıkları başlı başına bir inceleme konusu olmakla birlikte, din ve vicdan özgürlüğü-

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Faruk Erem, “İşkence”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 1988, Sayı 2, s.197-198

⁴⁰ 5237 sayılı kanunun 94 ve 95. maddelerine tekabül etmektedir.

⁴¹ 5237 sayılı kanunun 109. maddesinin selefidir.

⁴² Faruk Erem, “İşkence”, *op.cit.*, s.198

le bağlantılı bir örnek İsviçre'deki muadil suçun nasıl bir yapıya sahip olduğu hakkında bir fikir vermektedir. Türkiye'de, üstelik anayasa uyarınca ilk ve orta dereceli eğitim kurumlarında din dersleri zorunlu kılınmış durumdayken, bu ülkede aynı derecedeki okullarda din eğitiminin zorunlu tutulması anayasayı ihlal suçuna neden olmaktadır⁴³. Zaten, İsviçre anayasasının m.15/4 hükmü, hiç kimsenin dini öğrenim görmeye zorlanamayacağını düzenlemektedir⁴⁴.

Cumhurbaşkanının gerek 1961 anayasası gerekse 1982 anayasasınca vatana ihanet suçundan sorumlu tutulması, anayasayı ihlalle beraber düşünülebilecek bir konudur. 1961 anayasasının hazırlanma aşamasında 'anayasa teklifi' Temsilciler Meclisi'nde görüşülürken cumhurbaşkanının vatana ihanet'in yanı sıra, anayasayı ihlal suçundan da sorumlu kılınmasına ilişkin önerge verilmiş; fakat reddedilmiştir⁴⁵.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Kadir, "Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 2009, Sayı 82

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, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982

BİBER, M. Kemal, *Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri*, Ankara, Demokratlar Kulübü Yayınları, 1996

BIESUZ, Ermelinda / BUFFONE, Giuseppe / GEMIGNANI, Valentina / RAVERA, Christina, *Processo Penale: le Impugnazioni Flussu Processuali*, Milano, Giuffré Editore, 2007

CARCANO, Domenico, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale*, Milano,

⁴³ Hüseyin Pekin, "İsviçre Hukukunda Din ve Vicdan Özgürlüğü Üzerine", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 2000, Sayı 2, s.454, 4 numaralı dipnot

⁴⁴ *Ibid.*, s.453-454

⁴⁵ Kadir Aktaş, "Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 2009, Sayı 82, s.269

Giuffré Editore, 2010

EREM, Faruk, “İşkence”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 1988, Sayı 2

EREM, Faruk / TOROSLU, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975

EROĞUL, Cem, *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1974

EROL, Haydar, *Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu En Son Değişiklikleriyle*, Ankara, 2005

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

KÖPRÜLÜ, Timuçin, Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm, <http://www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/dersnotlari/Siyasisuc.doc>

KUBALI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971

KURT, Şahin, *Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1998

MANA, Adelmo / CADOPPI, Alberto / CANESTRARI, Stefano / PAPA, Michele, *I Delitti Contro la Personalità dello Stato Parte Speciale*, Torino, Wolters Kluwer Italia, 2008

MINNA, Rosario, *Crimini Associati Norme Penali e Politica del Diritto. Aspetti Storici, Culturali, Evoluzione Normativa*, Milano, Giuffré Editore, 2007

ÖZBEK, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006

PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008

PEKİN, Hüseyin, “İsviçre Hukukunda Din ve Vicdan Özgürlüğü Üzerine”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 2000, Sayı 2

SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Ankara, 1995.