

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA
ANAYASAYI İHLAL SUÇU

Nuray Beyza YANIKOĞLU
119614031

Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN

İSTANBUL
2021

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Anayasayı İhlal Suçu
The Crime of Violation of Consitution Regulated Under the 5237 no. Turkish
Criminal Code

Nuray Beyza Yanıkoğlu
119614031

Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN** (İmza)

.....

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN** (İmza)

.....

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Doç. Dr. Hasan SINAR (İmza)

.....

Altınbaş Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı :

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

1) anayasayı ihlal

2) anayasal düzen

3) cebir

4) teşebbüs

5) siyasi suç

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

1) violation of constitution

2) constitutional order

3) force

4) attempt

5) political crime

ÖNSÖZ

Anayasayı ihlal suçu, Türkiye'nin son yıllarında yargılamalarına üzülererek daha fazla şahit olduğumuz suç tiplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. “Siyasi Suçlar ve Düşman Ceza Hukuku” dersini alırken değindiğimiz konulardan biri olarak Türkiye’de belki de en hassas uygulama zamanlarından birini daha yaşarken, geçmişte yaşanan yargılamaların toplum ve hukuk üzerinde bıraktığı etkilerin günümüzde ders alınması gerekirken; uygulamanın, “devlete karşı suçlar” başlığı adı altında kazanmış olduğu hassasiyetin ve bağışıklığın pek de değişmediğini fark ettim. Dolayısıyla bu konu üzerine inceleme yapmak, suçun gerçekte kendisinin ne olduğunu ve toplumda nasıl yansıtıldığını görmek adına önemli bir kazanımdı.

Öncelikle bu araştırma ve yazma sürecim boyunca desteğini, yardımlarını ve fikirlerini benden esirgemeyen, çalışmamın olgunlaşması ve içe sinmesi adına çözüm önerileri sunan, tez danışmanım sayın Dr. Öğr. Üyesi Öznur SEVDİREN hocama teşekkürü bir borç bilirim. Yine tez jürisinde yer alan ve bana sabırla yol göstermeyi, tezimin yapısına ve içeriğine ilişkin yol gösterici fikirleriyle bana yardım etmeyi esirgemeyen sayın Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN ve sayın Doç. Dr. Hasan SINAR hocalarıma da teşekkürlerimi sunarım.

Tez yazım aşamamın pandemiye denk gelmesi sebebiyle kaynak erişiminde zaman zaman sıkıntı yaşamış olsam da üniversitemin dışında kaldığım bu süreçte bulunduğum memleketim Erzurum’da yardımlarından ötürü Atatürk Üniversitesi Kütüphanesi çalışanlarına da ayrıca teşekkür etmek isterim.

Tezimle ilgili bazı hususları benimle tartışmaktan zevk alan ve bana farklı bakış açıları kazandıran aynı zamanda yanında avukatlık stajımı tamamlamış olduğum sevgili Av. Sahir BAFRA’ya da teşekkür ederim.

Bu süreç boyunca zaman zaman nefes almak istediğim her anımda yanımda olan, beni dinleyen, destekleyen, hislerimi paylaşan başta Anıl Sena BAYINDIR, Mualla Betül ÖZKAN ve Ersagun Berkay KİLTAN olmak üzere tüm arkadaşlarıma da teşekkür etmek isterim. Ayrıca tezimi ikinci bir göz olarak okuyarak eleştirilerini ve yorumlarını benden esirgemeyen sevgili Hande BİNGÖL'e de teşekkür etmek isterim.

Son olarak bu sürecin aslında hep içinde olan, maddi manevi her zorlandığımda elini sırtımda hissettiğim, kolay olmayan günler geçirseler de beni hep motive etmek için çabalayan, her sorunum için çözümler üreten, öneriler sunan, kendimi yetersiz hissettiğimde bana her türlü desteği veren ve benim için her türlü fedakârlığı yapan ve daima yapacaklarını bildiğim canım babam Lütfü İhsan YANIKOĞLU ve canım annem Nuran YANIKOĞLU, tezimi hazırlama esnasında rahat etmem ve rahat hissetmem için bana kolaylıklar sunan ve yaptığım işle benden daha fazla gurur duyduğunu bildiğim canım kardeşim Beril YANIKOĞLU başta olmak üzere tüm aileme de ne kadar teşekkür etsem azdır, hepsini en içten sevgilerimle kucaklıyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ABSTRACT	ix
ÖZET	x
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: ANAYASAYI İHLAL SUÇU VE SUÇUN ÖZELLİKLERİ 4	
1.1. ANAYASAYI İHLAL SUÇU	4
1.1.1. TCK m. 309.....	4
1.1.2. 765 Sayılı TCK m. 146	6
1.1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Anayasayı İhlal Suçuna Karşılık Gelen İlgili Ceza Hükümleri.....	8
1.2. ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN ÖZELLİKLERİ.....	16
1.2.1. Vatana İhanet Kavramı Üzerinden Değerlendirilmesi	16
1.2.1.1. Vatana İhanet Kavramı	16
1.2.1.2. Anayasayı İhlal Suçunun Vatana İhanet Suçu Niteliği	18
1.2.2. Siyasi (Siyasal) Suç Kavramı Üzerinden Değerlendirilmesi	19
1.2.2.1. Siyasi (Siyasal) Suç Kavramı.....	19
1.2.2.2. Anayasayı İhlal Suçunun Siyasi Suç Niteliği	23
1.2.3. Terör Suçu Kavramı Üzerinden Değerlendirilmesi	25
1.2.3.1. Terör ve Terör Suçu Kavramı	25
1.2.3.2. Anayasayı İhlal Suçunun Terör Suçu Niteliği	30
İKİNCİ BÖLÜM: ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN UNSURLARI.....	32
2.1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI.....	32
2.1.1. Suçun Konusu	32
2.1.1.1. Suçun Maddi Konusu.....	32
2.1.1.1.1. Anayasal Düzen (Anayasanın öngördüğü düzen)	35

2.1.1.2. Suçun Hukuki Konusu (Korunan Hukuki Değer/Menfaat)	45
2.1.2. Suçun Süjeleri	49
2.1.2.1. Suçun Aktif Süjesi (Fail)	49
2.1.2.2. Suçun Pasif Süjesi (Mağdur)	57
2.1.3. Fiil	59
2.1.3.1. Hareket (Davranış).....	60
2.1.3.1.1. Cebir ve şiddet kullanımı	77
2.1.3.1.2. Anayasayı ihlal suçu kapsamında öngörülen hareketler	97
2.1.3.1.2.1. Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek	97
2.1.3.1.2.2. Anayasanın öngördüğü düzen yerine başka bir düzen getirmeye teşebbüs etmek	98
2.1.3.1.2.3. Anayasanın öngördüğü düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek.....	101
2.1.3.3. Netice (Sonuç)	104
2.1.3.4. Suç Fiilinin Özelliğine Göre Değerlendirilmesi	108
2.1.3.4.1. Teşebbüs (Kalkışma) Suçu Olması	108
2.1.3.4.2. Seçimlik Hareketli ve Tek Hareketli Suç Olması.....	110
2.1.3.4.3. Zarar Suçu Olması.....	112
2.1.3.4.4. Mütemadi veya Ani Suç Olması	114
2.2. SUÇUN MANEVİ UNSURU	116
2.2.1. Suça İlişkin Kast	116
2.2.1.1. Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Hata.....	122
2.2.1.2. Kastı Kaldıran Hata	123
2.3. HUKUKA AYKIRILIK TARTIŞMASI.....	126
2.3.1. Hukuka Uygunluk Nedenleri	128
2.3.2. Sivil İtaatsizlik	136
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ ve DİĞER HUSUSLAR.....	139
3.1. SUÇUN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ.....	139
3.1.1. Teşebbüs Hali.....	139
3.1.2. İştirak Hali.....	140

3.1.3. İçtima Halleri	142
3.2. SUÇTA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIM	145
3.3. SUÇTA ZAMANAŞIMI.....	155
3.3.1. Dava Zamanaşımı.....	155
3.3.2. Ceza Zamanaşımı	157
SONUÇ	158
KAYNAKÇA.....	163
KİTAPLAR VE MAKALELER.....	163
ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR	177

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ACK	: Askeri Ceza Kanunu
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BaÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
BD	: Büyük Daire
bkz.	: bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: çeviren
E.	: Esas sayısı
edit.	: editörler
EU	: European Union

EuGRZ	: Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift (Avrupa Temel Haklar Dergisi)
FCK	: Fransız Ceza Kanunu
GK	: Genel Kurul
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar sayısı
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NEÜHFD	: Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No.	: Numara
R. G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SİDAS	: Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi
T.	: Tarih
T. C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
TÖDAS	: Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
v.	: versus
vd.	: ve devamı

YeÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

YÜHFD : Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ABSTRACT

The crime of “violation of constitution” is regulated as an attempt crime in the Turkish Criminal Code and in terms of the criminal policy, the version of attempt crime is punished as if the crime is completed. The crime regulated in Art. 309 of the Criminal Code emerges if the use of force and violence and sufficient execution acts are observed. However, the practical reflections of the evaluation of these legal components may cause serious problems. The discussions regarding the scope of the term “constitutional order”, the hesitations about the inclusion of “threat” in the element of “force and violence” and the distinction between preparatory acts and executions acts within the frame of sufficiency bench mark still continue to exist in the doctrine as well. With this study, it has been aimed to examine how the past and present practices of the crime of violation of constitution, which remains on a fine line between protecting the state’s values and interests and not violating the fundamental human rights and freedoms, have been evaluated and whether any changed or being changed criminal law policy is observed or not during this process.

Key words: violation of constitution, constitutional order, force, attempt, political crime.

ÖZET

“Anayasayı İhlal” suçu, Türk Ceza Kanununda bir teşebbüs suçu olarak düzenlenmiş olup ceza politikası bakımından suçun teşebbüs hali, tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır. TCK m. 309 uyarınca bu suçun ortaya çıkması, T.C. Anayasasının öngördüğü düzenin ortadan kaldırılması, yerine yeni bir düzen getirilmesi veya düzenin fiilen uygulanmasının önlenmeye kalkışılması cebir ve şiddet kullanılması ve elverişli icra hareketlerinin varlığı haline bağlanmıştır. Ancak kanuni tanımda aranan bu unsurların değerlendirilmesinin, uygulamadaki yansımada ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Söz konusu düzenlenmedeki “anayasal düzen” kavramının kapsamının çizilmesinde, “tehdidin” “cebir ve şiddet” unsurunun içeriğine dahil edilip edilmemesinde ve hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımının elverişlilik ölçütü çerçevesinde yapılmasında uygulamada olduğu kadar doktrinde de tartışmalar devam etmektedir. Yapılan bu çalışma ile de devletin değerlerini korurken bireylerin temel hak ve özgürlüklerine halel getirmemeye çalışmak arasında ince bir çizgide kalan anayasayı ihlal suçunun geçmişteki ve günümüzdeki uygulama pratiğinin nasıl değerlendirildiği ve bu süreçte değişen veya değiştirilen ceza hukuku politikası veya anlayışının gözlemlenip gözlemlenmediği irdelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: anayasayı ihlal, anayasal düzen, cebir, teşebbüs, siyasi suç.

GİRİŞ

Anayasayı ihlal suçu, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlığı altında Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen ve devlete karşı işlenen suç tanımlarından biridir. Başka bir deyişle devletin varlığına yönelik, onun anayasal düzenine yönelik bir tehdidin üstelik oldukça ağır bir yaptırımla cezalandırılması söz konusudur. Devlet, varlığını sürdürmesi adına kendisine yönelen eylemleri böyle ağır bir yaptırıma bağlayarak caydırıcı kılmayı hedeflemektedir.

Devletin “mutlak” varlığının korunması ve kurduğu düzenin bozulmasının önüne geçilmesi maksadıyla ceza normunun koruması altına alınan devletin varlığına ilişkin değerlerin, “Anayasayı ihlalin” de suç tipi olarak yer aldığı kanuni düzenlemelerde belirtilen olası ihlallerle karşılaşması halinde; faillerin toplumdan tamamen dışlanarak ve temel insan hak ve özgürlüklerinin devletin mutlak ve dokunulmaz varlığı uğruna ihlal edilmesinde bir beis görülmeyerek muamele edilmesi sıklıkla rastlanılan bir uygulamadır. Nitekim Türkiye uygulaması, ceza hukukunun son çare olarak (*ultima ratio*) uygulanması ilkesini bu tür siyasi boyutu olan suçlara ilişkin yargılamalarda kolaylıkla göz ardı edebilmektedir. Burada haklar arasındaki menfaat çatışmasında devletin menfaatinin ağır bastığı görülse de “hukuk devleti” ilkesiyle bağdaşmayacak yargılamaların yapılması, düşman ceza hukukunun devrede olduğunu göstermiş olacak hatta belki korunan menfaatin meşruluğunu da sorgulatacaktır.

Düşman ceza hukuku özellikle siyasi suçların veya terör suçlarının bahsinde karşımıza sıklıkla çıkan bir kavramdır. Düşman ceza hukukunda fail, haklara ve yetkilere sahip olan bir vatandaş veya birey olarak düşünülmekten ziyade bir daha zarar vermeye kalkışmaması için etkisiz hale getirilmesi gereken bir düşman olarak algılanır. Siyasi suçlular, devletin siyasi iktidar otoritesine yönelen ve onu rahatsız eden bir tehditten dolayı terör suçluları ise aktif bir şekilde hukuk düzenine ve meşru yönetime karşı yönelttikleri fiili tehditlerden ötürü devletin, “cezalandırmak” için aradığı faillerden sayılmaktadır.

Anayasanın ihlali suçu da hem siyasi suç hem de bir terör suçu olarak değerlendirilmekte olup farklı davalardaki yargılama örneklerinde düşman ceza hukuku etkileri görülmektedir. Öyle ki bu etkiler, kimi zaman suçun tipik fiilinin olduğu noktasında ciddi tartışmaların olabileceği hareketlerin kapsama dahil edilmesiyle kendini göstermeye başlamaktadır. Anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya, değiştirmeye veya fiilen uygulanmasını engellemeye çalışan faillerin, düşman ceza hukuku bağlamında toplum karşısında “düşman” ilan edilerek yargılanmaları son yıllarda Türkiye’nin ve kamuoyunun gündemini oldukça meşgul eden hususlardan biridir. Bu çalışmada da 15 Temmuz olayları itibarıyla yeniden gündemi daha sık meşgul eden anayasayı ihlal suçuna ilişkin 5237 sayılı TCK kapsamında bir inceleme yapılacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle anayasayı ihlal suçunun halen yürürlükte olan mevcut 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki kanuni tanımları üzerinden karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine de yer verilerek genel bir sunuş yapılacak olup ardından anayasayı ihlal suçunun niteliklerinden bahsedilecektir. Nitelik sınıflandırması; vatana ihanet, siyasi suç ve terör suçu olarak değerlendirilmesine göre yapılacaktır. Son anayasa değişiklikleri ile birlikte cumhurbaşkanının ancak vatana ihanet suçundan ötürü yargılanması her suç bakımından mümkün kılınmışsa da suçun bu niteliği hala devam ettiği için çalışmanın kapsamına dahil edilmesi daha isabetli bulunmuştur. Ayrıca aynı anda hem siyasi suç hem de terör suçu olma ikilemine ve siyasi suç kavramının varlığına ve yorumlanmasına ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise ayrıntılı olarak suçun unsurlarından bahsedilecektir. Öncelikle suçun maddi unsurları ele alınarak suçun hem maddi hem de hukuki konusuna ilişkin doktrinde yapılan tartışmalar ile giriş yapılacaktır. Ayrıca suç tanımında ifade edilen “anayasal düzen” kavramının kapsamına dair bir inceleme yapılacaktır. Ardından suçun süjeleri incelenerek suçun failine ilişkin başlık altında devlet yönetiminde kamu gücünü elinde bulundurulana ilişkin bir tartışmaya da yer verilecektir. Suçun maddi unsurlarına devam edildiğinde fiil kavramına ve ona ilişkin kanunda ifade edilen

“cebir ve şiddet” kavramı ile ilgili 765 sayılı TCK döneminden de süregelen tartışma irdelenecek, kanuni tanımda sayılan suç fiilleri örneklendirilecek, AİHM ve AYM kararları çerçevesinde kanundaki fiili unsurların uygulamada isnatlarla örtüşmemesi sorununa değinilecektir. Ardından suçun manevi unsurları açıklanacak ve “kast”, “amaç” ve “saik” kavramları arasındaki ilişkiden bahsedilecektir. Son olarak ise “hukuka aykırılık” hususu tartışılacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise en son kısımda ise suçun teşebbüs, iştirak ve içtima hallerine ilişkin özel görünümüleri ele alınacaktır. Sonrasında ise anayasayı ihlal suçuna ilişkin öngörülen ceza yaptırımını AİHM içtihatları çerçevesinde irdelenecek ve suça ilişkin dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı durumları değerlendirilecektir.

Mevcut çalışmada kamuoyunda da yer alan güncel davalardan, yargılama süreçlerinden bahsedildiği kadar geçmiş kanun dönemimdeki karar örneklerine de değinilmeye çalışılmıştır. Ayrıca temel eleştiri, anayasayı ihlal suçunun uygulanmasına ilişkin geçmişte ağır tecrübeler yaşamış olan Türkiye’nin, bu tecrübeleri bir daha yaşamaması adına yapılan 2004 kanun değişikliğine rağmen hala kanunun aradığı standardı, uygulamada karşılayamamasına yöneltmiştir. Bunun yanı sıra geçmişte yaşadığı askeri darbelerin haklı etkisinin hala devam etmesi sebebinin anlaşılmasının makul olmasının yanında yeni kanuni tanımda aranan cebir unsurunun uygulamadaki esnek yorumunun, bu etkinin bir çeşit önyargıya dönüşme tehlikesiyle karşı karşıya kaldığını gösterdiğinin de altı çizilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM: ANAYASAYI İHLAL SUÇU VE SUÇUN ÖZELLİKLERİ

1.1. ANAYASAYI İHLAL SUÇU

1.1.1. TCK m. 309

Anayasayı ihlal suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun dördüncü kısmı olan “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” altında yer alan beşinci bölümünde “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen bir suç tipidir. Kanun maddesinde bu suçun ortaya çıkış ve cezalandırılma şekli şöyle ifade edilmiştir:

“Anayasayı ihlal

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

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

(3) *Bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”*¹

Maddenin düzenleniş şekli ve cezasının kanundaki en ağır ceza olan “ağırlaştırılmış müebbet hapis” ile yaptırıma bağlanmasından da anlaşılacağı üzere “devlete karşı suçlar”ın hukuki konusuna büyük bir önem atfedilmektedir. Bunun nedeni ise devlete karşı suçların düzenlenmesi ile devletin menfaatlerinin hukuken koruma altına alınmış olmasıdır.² Aynı zamanda bu, anayasal düzenin de

¹ 5237 sayılı TCK m. 309

² Ç. ÖZEK, “Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler”, İstanbul, 1967, s. 24.

korunması anlamına gelmektedir.³ Verilen önem dolayısıyla bu başlık altında düzenlenen suç tiplerinde ceza hukukunun genel kurallarına istisna getirilerek özel kurallarla çözüm aranmaya çalışıldığı, bu çözümün uygulanma koşulları incelendiğinde izlenen yöntemin kişi haklarının sınırlandırılması, ceza sorumluluğunun demokratik kurallarla çelişmesi tehlikesine yol açabileceği kaydedilmektedir.⁴ “Devlete karşı suçlar” kategorisinde benimsenen anlayışın ülkemizde “çağdaş, evrensel ve demokratik anlayışla temelden ve tamamen çeliştiğinin” altı çizilmekte ve bu düzenlenmelerde öngörülen kuralların uygulanmasında ayrıca bir de olağanüstü hal yönetimi söz konusu ise geniş insan hakları ihlalleriyle –özellikle adil yargılanma hakkı- karşılaşıldığı ifade edilmektedir.⁵ Ancak hümanist ceza hukuku anlayışında, ceza hukukuna “ultima ratio” (*son çare*) olarak başvurulması gerekmektedir ve bu ilkenin uygulanması, özellikle anayasayı ihlal gibi “devlete karşı suçlar” başlığı altında düzenlenen ve siyasi bir boyutu olan suçlar bakımından oldukça önem arz etmektedir.⁶

Maddenin teknik kısmına dönülecek olursa, 2004 yılında Ceza Kanunu’nun değiştirilmesi ile birlikte anayasayı ihlal suçunu düzenleyen önceki kanun maddesinde yer alan (m. 146/1 ikinci kısmı) “TBMM’yi düşürmeye veya vazifesini yapmasını önlemeye teşebbüs etmenin” de cezalandırılması hususu 5237 sayılı TCK’da artık ayrı bir suç olarak m. 311’de “Yasama organına karşı suç” başlığı altında düzenlenerek ayrılmıştır.⁷ Ayrıca maddede “*anayasanın öngördüğü düzen*”, “*cebir ve şiddet kullanarak*” gibi ifadelerin kullanılması tercih edilerek önceki kanun döneminde ortaya çıkan belirsizlikler ve sorunlar

³ N. K. KARCILIOĞU, “*Anayasayı İhlal Suçu (TCK m.309)*”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016, s. 85.

⁴ Ç. ÖZEK, “*“Silahlı Çete - Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994 (49), s. 357; K. E. YAŞAR, “*Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2014, s. 192.

⁵ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, AÜSBFD, s. 357.

⁶ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 192-193.

⁷ **TCK m. 309 gerekçesi için bkz.:** “Anayasal düzeni ortadan kaldırma ve bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacına yönelik olarak Türkiye Büyük Millet Meclisine saldırı söz konusu olduğunda esasen bu madde uygulanacağından, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini engelleme niteliğindeki fiillerin ayrı bir maddede düzenlenmesi uygun olacağı düşüncesi ile yürürlükteki maddenin ikinci cümlesi maddeye alınmamıştır.” (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 180.)

giderilmeye çalışılmıştır.⁸ Hükme farklı olarak, gerçek içtima halini mümkün kılan ve tüzel kişilerin suçla bir münasebetinin olması halinde ayrı güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin yeni fıkralar da getirilmiştir. Bu hususlar ilerleyen başlıklarda daha detaylı ele alınacaktır. Suç başlığı olan seçilen “*anayasayı ihlal*” ifadesinin de bu noktada açıklanması ve irdelenmesi gerekmektedir. Doktrinde “*Anayasayı ihlal*” tanımının maddenin içeriğinden daha geniş anlamlara yol açabilecek nitelikte bir seçim olduğu belirtilmekle birlikte bu hususa dair detaylı açıklama ilerleyen bölümlerde yapılacaktır.

1.1.2. 765 Sayılı TCK m. 146

2004 değişikliği öncesinde 765 sayılı TCK’nın “Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler” başlığı altında “Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler” faslında düzenlenen anayasayı ihlal suçunun önceki kanundaki düzenlemesi ise şu şekildeydi:

“Madde 146 – (1) Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini ıskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, idam cezasına mahkum olur.

(2) 65 inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı mahallerde nutuk irat veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi idam cezası hükmolunur.

(3) (Ek fıkra: 06/07/1960 - 15/1 md.) Birinci fıkroda yazılı suça ikinci fıkroda gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında

⁸ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur.”⁹

2005 yılında hukukumuzdan “idam cezası”nın tümüyle kaldırılmasından önce bu suçun yaptırımını idam cezası olarak düzenlenmiştir ki bu da ceza hukukunun en ağır yaptırımıdır. Bu da kanun koyucunun, devletin şahsiyetine ilişkin menfaate verdiği önemi göstermektedir. Maddede görüleceği üzere m. 146/1, bünyesinde iki suç barındırmaktadır: anayasal düzeni ihlal ve yasama organının fonksiyonlarını engelleme suçu.¹⁰ Ayrıca ikinci ve üçüncü fıkrasında suça fer’i iştirak¹¹ halleri cezalandırılmış ancak fer’i ortaklığın neticeleri ve özellikleri bakımından farklı cezalar öngörülmüştür.¹² Son fıkra, 27 Mayıs 1960 ihtilalinden sonra kamu gücünü elinde bulunduranların bu suçu işlemesi durumunda¹³, yerine getirdikleri kamu hizmetinin niteliği ve bu bağlamda sahip oldukları hukuki ve fiili otoritenin dikkate alınarak bir derecelendirme yapılmasının zorunlu görülmüş olmasından ötürü maddeye eklenmiştir.¹⁴ Bu noktada 27 Mayıs ihtilalinin ardından eski iktidar ve meclis mensuplarına ilişkin yapılan Yassıada yargılamalarıyla birlikte 765 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden beri ilk defa uygulanan¹⁵ anayasayı ihlal suçuna ilişkin hükmün unsurlarına ilişkin Yüksek Adalet Divanı kararlarında yapılan değerlendirmelerin¹⁶, suçun yorumlanışının

⁹ 765 sayılı TCK m. 146.

¹⁰ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 64; A. P. GÖZÜBÜYÜK, “*Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*”, Cilt 2, İstanbul, 1989, 5. Bası, s. 168.

¹¹ Asli - fer’i iştirak ayrımı yeni TCK’da ortadan kaldırılmıştır.

¹² A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 173; N. TOROSLU, “*Anayasayı İhlal Suçu*”, Ankara Barosu Dergisi, 1985, s. 601.

¹³ Karşılaştırmalı hukukta Fransız Ceza Kanunu’nda suçu kamu gücünü elinde bulunduranların işlemesi halinde öngörülen hapis ve para cezası ağırlaştırılmıştır. (**Bkz.:** FCK m. 412-1/3. **Bu bilgi için bkz.:** K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 190, dipnot 2.)

¹⁴ 765 sayılı Türk Ceza Kanununda değişiklik yapan 11.07.1960 tarihli ve 10548 sayılı Resmi Gazete’de ilan edilen 15 sayılı kanun gerekçesine ilişkin Milli Birlik Komitesine verilen Bilim Kurulu raporu. (H. H. SUNGUR, “*Anayasayı İhlal Suçları ve TCK 146ncı Maddesi Hükümleri (Sakıt İktidarın Sorumluluğu)*”, İstanbul, 1961, s. 306.)

¹⁵ H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 173.

¹⁶ **Örnek için bkz.:** “Gerçekten Türk Anayasasını, tebdil, tağyir ve ilga etmek, hadisemizdeki hal bakımından ister yukarıdan ister aşağıdan gelsin, bazı fiil ve tasarruflarla, mevcut anayasanın fiilen tatbik edilmez hale getirilmesi, onun ana prensiplerinin kısmen ve tamamen fiili surette ortadan kaldırılması, kısaca hukuki rejim yanında ona ana çizgileri ve karakteri bakımından zıt bir fiili rejimin yaratılmasıdır. Demek oluyor ki, sistemli ve kasıtlı olarak Anayasadaki prensiplerin fiilen ortadan kaldırılması yani fiilen Anayasa dışı bir rejim yaratılması bahis konusu ise, bu takdirde 146 inci maddedeki suç işlenmiş demektir.” (Yüksek Adalet Divanı Kararları, TBMM Kütüphanesi, s. 19.)

şekillenmesi konusunda bir tesiri olduğu da yadsınamayacaktır. 765 sayılı TCK döneminde ilgili suçla ilgili doktrinde ve yargı kararlarında hâkim olan düşüncelerin ve bu düşüncelerin ışığında maddedeki unsurlara ilişkin yapılan değerlendirmelere aşağıda ilgili başlıklarda değinilecektir.

1.1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Anayasayı İhlal Suçuna Karşılık Gelen İlgili Ceza Hükümleri

Anayasayı ihlal suçu, **İtalyan hukukunda** 1889 tarihli ceza kanununda m. 118’de ve 1930 tarihli ceza kanununda m. 283’te düzenlenmiştir.¹⁷ 1889 tarihli kanunun ilgili maddesinde “cebren teşebbüs edenler” ifadesi yerine “gayeye matuf fiil” ifadesi kullanılsa da doktrinde bu ifade “teşebbüs” anlamına gelecek şekilde “elverişli vasıtalar” anlamıyla yorumlanmıştır.¹⁸ İki düzenleme arasındaki fark, yeni tarihli kanunda monarşinin kaldırılması ile birlikte 1947 tarihli 1317 sayılı kanun uyarınca “tahta geçiş sırası” ile ilgili hükmün kaldırılmasına¹⁹ ve anayasal düzene karşı suç ile yasama organına karşı suçun ayrı hükümlerde düzenlenmesine²⁰ yöneliktir. Faşizm etkisiyle kaleme alınan 1930 tarihli kanunda ilk başta suçun “cebir” unsurunu ifade eden “*violentemente*” kavramı, madde kapsamından çıkarılarak Norveç Ceza Kanunu’ndaki gibi “*Anayasaca kabul edilmemiş usullerle* anayasanın değiştirilmesi” dikkate alınmıştır.²¹ 1947 tarihli ve 1317 sayılı kanun ile birlikte cebir unsuru tekrardan dâhil edilmiş ve madde şu şekli almıştır: “*Chiunque, con atti violenti, commette un fatto diretto e idoneo a mutare la Costituzione dello Stato o la forma di Governo, è punito con la*

¹⁷ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 67; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 189.

¹⁸ F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1065.

¹⁹ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 67.

²⁰ Türk hukukunda da buna paralel olarak 5237 s. TCK’da yasama organına karşı suç m. 311’de ayrı olarak düzenlenmiştir. (O. YAŞAR, H. T. GÖKCAN ve M. ARTUÇ, “*Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*”, C. 6, Ankara, 2. Baskı, 2014, s. 8801.)

²¹ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 67-68, dipnot 25; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 187-188; İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, Ankara, 2020, 13. Bası, s. 280; O. YAŞAR, H. T. GÖKCAN ve M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8799.

reclusione non inferiore a cinque anni.”²² Böylece İtalyan Ceza Kanunu’nda “*violatamente*” kavramı ile “maddi cebrin yani şiddetin” karşılığı²³ ifade edilmiştir. Suçun maddi konusu ise 1930 tarihli yeni İtalyan Ceza Kanunu’nun ilgili maddesinde önceki ceza kanununa nazaran “bir bütün olarak anayasa sistemi ve düzeni” olarak daha açık bir şekilde ifade edilmiştir.²⁴

Fransız hukukunda ise 1810 tarihli ceza kanunun m. 87’de ve 1994 tarihli yeni ceza kanunun m. 412-1’de²⁵

“Cumhuriyetin kurumlarını tehlikeye düşürecek nitelikte bir ya da daha çok şiddet(zor) eylemi işlenmesiyle saldırı(attentat) suçu oluşur. Saldırı suçu 30 sene ağırlaştırılmış hapis ve 450 bin Avro para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun kamu gücünü kullananlar tarafından işlenmesi durumunda, verilecek ceza müebbet hapis cezası ve 750 bin Avro para cezasıdır.”

şeklindeki madde tanımı ile anayasa düzeninin ihlali yaptırıma bağlanmıştır. Ancak anayasal düzenin ihlaline ilişkin düzenlenen suç maddesi, ceza kanununda m. 411-1 ile m. 411-11 arasında “vatana ihanet” suçlarını düzenleyen hükümler arasında yer almamaktadır.²⁶ Mevcut madde, 1810 tarihli eski kanundaki ilgili maddeye ilişkin 1960 tarihinde bir değişiklik geçirerek m. 86’da anayasal rejim aleyhindeki fiilleri de kapsayacak şekilde bir teşebbüs suçu²⁷ olarak

²² **Bu bilgi için bkz.:** “https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-i/capo-ii/art283.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=n_av_art_prec_dispositivo” adresinden erişim sağlanmıştır. (Erişim tarihi: 10.07.20121)

²³ Tehdit kavramının manevi cebir olarak karşılığının ise “*minaccia*” terimi ile ifade edildiğine ilişkin **bkz.:** İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, s. 42.

²⁴ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 96.

²⁵ **Article 412-1**

Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national.

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

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

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue au présent article.

Bu bilgi için bkz.: “https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006418369/” adresinden erişim sağlanmıştır. (Erişim tarihi: 10.07.2021)

²⁶ U. ARSLAN, “*Vatana İhanet Kavramı ve Suçu*”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021 (4), s. 67.

²⁷ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 222.

düzenlenmiştir.²⁸ Fransız Ceza Kanunu ayrıca birçok diğer ceza kanunlarını da etkisi altında bırakmıştır. Örneğin **Belçika Ceza Kanunu** m. 137 vd. uyarınca anayasanın koruduğu hakların koruma altına alındığı ifade edilmiştir ve ayrıca m. 104'te de hükümet şeklinden anayasa düzeni ifadesinin anlaşılacağı kabul edilerek bu düzenin korunmasına ilişkin de güvence sağlanmıştır.²⁹ Bu kanunlarda ortak olan bir nokta ise monarşinin devam ettiği yıllarda bu suç maddesinde ayrıca tahta geçiş sırasıyla ilgili de hükme yer verilmiş olmasıdır. Fransız Ceza Kanunu'nda da “zor eylemler”in karşılığı olan “*acts de violence*” kavramları ile suç normu ifade edilmiştir. Fransız doktrini kanunda ifade edilen “zor eylem”in söz, yazı, tehdit gibi manevi bir yolla gerçekleştirilemeyeceğini, suçun oluşması için mutlaka maddi cebrin varlığının şart olduğunu kaydetmekte ve Fransız Yargıtay'ı da bu suçu “herhangi bir zor/şiddet içeren suç” olarak tanımlamaktadır.³⁰ İtalyan hukukunda olduğu gibi şiddet içerikli cebrin, Fransız hukukunda da suçun oluşması için arandığı görülmektedir.³¹ Suçun maddi konusuna ilişkin olarak ise 1810 tarihli kanunda yapılan 1960 değişikliği ile “anayasal rejim” aleyhindeki fiiller de suç kapsamına dahil edilip sonrasındaki 1994 değişikliklerinde “ulusun temel çıkarları”³² “Ulusa, Devlet ve Halkın barışına karşı işlenen suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlara ilişkin ortak bir maddi konu olarak kabul edilmiştir.³³

1871 tarihli **Alman Ceza Kanunu**³⁴ ise Fransız etkisinin aksine m. 80-87 uyarınca anayasa düzenini *bir bütün halinde* koruma altına almış ve devletin en

²⁸ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 189.

²⁹ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 66.

³⁰ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 206-207.

³¹ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 203.

³² Ulusun temel çıkarlarından ne anlaşılması gerektiğine dair FCK m. 410/1'de açıklık getirilerek “ulusun bağımsızlığı, toprak bütünlüğü, güvenliği, kurumların cumhuriyetçi şekli, savunma ve diplomasi usulleri, hem Fransa içinde hem de dışında Fransız halkın korunması, doğal ortamı, çevre dengesi, bilimsel ekonomik potansiyeli ve kültürel mirası” olarak sıralanmıştır. (K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 198.)

³³ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 197.

³⁴ Bu kanun - imparatorluk Ceza Kanunu-, “geçen zaman zarfında 70'ten fazla kanunla çerçevesinin esaslı bir şekilde değişmiş olmasına, hatta genel hükümlerinin 01.01.1975 tarihinden geçerli olmak üzere tamamen değiştirilmesine ve özel hükümler kısmında yer alan birçok suçun da esaslı bir değişikliğe tabi tutulmuş olmasına rağmen bugün hala yürürlüktedir.” (Bu bilgi için bkz.: A. ESER (çev.: F. YENİSEY), “Son Yüzyıl İçinde Almanya'daki Ceza Düzenlemeleri, Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler”, Yargıtay Dergisi, 1989 (15), s. 14.)

yüksek menfaatlerini korumayı amaçlamıştır.³⁵ Aynı kanunun m. 81, 82 ve 83'te de hukukumuzdaki anayasayı ihlal suçu, “cebren veya cebir kullanma tehdidi ile federal cumhuriyetin/ eyaletin anayasasına dayalı anayasal düzeni değiştirmeye girişmek” ve “federal devlete karşı belirli bir vatana ihanet girişiminin hazırlığının yapılması” suçu şeklinde “vatana ihanet” başlığı altında hükme bağlanmıştır.³⁶ Aslında Alman hukukunda ihanet suçları; anayasal düzene ve toprak bütünlüğüne karşı işlenenler ve dış güvenliğe karşı işlenenler olarak ikili bir ayrıma gitmektedir.³⁷ İlk grup suçlara genel olarak “vatana ihanet” suçları (m. 81-83) denilmekle birlikte diğer grup suçlar “devlet sırlarını açıklama ve casusluk” suçları (m. 94)³⁸ olarak tanımlanmaktadır. Vatana ihanet suçlarında suçun işlenmesinde kullanılan araç ya cebir kullanma ya da cebir kullanma tehdidi olarak görülmektedir.³⁹ Koruma altına alınan “anayasal düzen” kavramının kapsamı ise Alman Ceza Kanunu m. 92/2⁴⁰ uyarınca şu şekilde sıralanmıştır:

“Madde 92 – Tanımlar

...

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

1. halkın, seçim ile ve oy kullanarak ve yasama, yürütme ve yargının özel organları eliyle devlet kudretini kullanma hakkı ve milletvekillerini genel, doğrudan doğruya, serbestçe, eşitlik esasları uygulanarak ve gizli oy ile seçme hakkı,
2. yasamanın anayasal düzene bağlılığı ve yürütme ile yargının kanuna ve hukuka bağlılığı,
3. mecliste muhalefet teşkil etme ve muhalefet yapma hakkı,

³⁵ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 66-67.

³⁶ F. YENİSEY/ G. PLAGEMANN, “*Alman Ceza Kanunu*”, İstanbul, 2009, s. 138-139; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 201.

³⁷ L. PREUSS, “*International Law and German Legislation on Political Crime*”, Transactions of the Grotius Society (Problems of Peace and War, Papers Read before the Society in the year 1934), Cambridge University Press, 1934 (20), s. 90.

³⁸ “Alman Ceza Kanunu m. 94 uyarınca vatana ihanet, Alman Devleti’nin menfaatleri aleyhine devlet sırlarını açığa çıkarma şeklinde herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak” düzenlenmiştir. (V. DİNLER, *a.g.e.*, s. 1553.)

³⁹ H-H. JESCHECK, “*Alman Ceza Hukukuna Giriş*” (çev.: Feridun Yenisey), 2007, s. 136.

⁴⁰ **Bkz.:** F. YENİSEY/ G. PLAGEMANN, *a.g.e.*, 2009, s. 153-155.

4. hükümetin görevine son verilebilmesi ve hükümetin meclise karşı sorumluluğu,
5. mahkemelerin bağımsızlığı ve
6. her türlü istibdat rejiminin [cebiri ve keyfiliğe dayanan bir iktidarın] engellenmesi.
- ... ”

Dolayısıyla İtalyan, Fransız ve Alman hukukunda bu suça ilişkin anayasa kavramının, dar anlamda anayasa değil geniş anlamda anayasal düzenin ve onun koruduğu ilkelerin olduğu yönünde bir kanaatin mevcut olduğu söylenebilmektedir.⁴¹

İsviçre Ceza Kanunu da m. 275 uyarınca Alman etkisi altında kalarak anayasayı cebren değiştirmeye matuf fiilleri suç kapsamında kabul etmiştir.⁴² Bu fiiller, aynı zamanda ceza kanunun “Devlete ve Milli Güvenliğe Karşı Suçlar ve Kabahatler” başlığı altındaki 265. maddesinde⁴³ sayılan vatana ihanet suçlarından biri olarak da düzenlenmiştir. İsviçre Ceza Kanunu’nda suçtaki “cebrin”, “*kanuna aykırı şekilde*” (*manière illicite*) kalıbı ile ifade edildiği görülmektedir ancak doktrin ve içtihatlarda⁴⁴ bu husus, cebir içeren hareketler olarak algılanmaktadır.⁴⁵ İsviçre hukukunda “anayasal düzen” kavramına ilişkin ise İsviçre Federal

⁴¹ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 199.

⁴² **Art. 275: Anayasal Düzeni Tehlikeye Sokmak (Mise en danger de l’ordre constitutionnel)**
Anayasal Düzeni İhlaller (Atteintes à l’ordre constitutionnel):

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

Bu bilgi için bkz.: K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 190, dipnot 4.

⁴³ **Madde 265: Yüksek İhanet**

Şiddet kullanarak Konfederasyon anayasasının değiştirilmesi, anayasaya tayin edilmiş devlet yetkililerini görevden almak veya yetkilerini kullanamayacaklarını göstermek veya İsviçre topraklarının bir bölgesini Konfederasyon’dan veya kanton topraklarının bir bölümünü bir kantondan ayırmak amaçlarıyla eylem gerçekleştiren herhangi biri, bir yıldan az olmayan bir hapis cezasına çarptırılır.

Bu bilgi için bkz.: U. ARSLAN, *a.g.e.*, NEÜHFD, s. 66; İsviçre Federal Konseyi Hükümet Portalı, *İsviçre Ceza Kanunu*, “https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en” adresinden erişilmiştir. (Erişim tarihi: 20.07.2021)

⁴⁴ “İsviçre Federal Ceza Mahkemesi, 1971 tarihli “*Arret A.*” davasında “kanuna aykırı bir şekilde” ifadesinin düşünce özgürlüğünü, gösteri özgürlüğünü veya konseyin çalışmalarını kesintiye uğratan sosyal ve siyasal hayatın olağan hareketlerini suç kapsamına dahil etme amacının olmadığını kaydetmiştir.” (K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 207.)

⁴⁵ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 205.

Konseyi, anayasal düzene karşı işlenen suçlarda hukukumuzda da benzer olarak kullanılan “İsviçre’nin siyasi kurumlarını, liberal ve demokratik rejimini ve kurumların normal olarak çalışmasını sağlayan anayasal düzenin korunması”nın amaçlandığını belirten bir yorum getirmiştir. Buna ek olarak ise doktrinde “insan haklarına saygı, meclis içi ve dışında muhalefet etme hakkı, güçler ayrılığı, kanunilik ilkesi, yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olması, özgür, düzenli ve gizli olarak temsilci seçme hakkı”ndan oluşan demokratik liberal ilkelerin de kapsam dahilinde olduğu ifade edilmiştir.⁴⁶ Ayrıca hem Alman hem de İsviçre ceza kanunlarında bu suça ilişkin öngörülen ceza yaptırımının diğer karşılaştırmalı hukuk kanunlarına görece daha hafif olduğu da görülmektedir.

Anayasayı ihlal suçunun **Rusya Federasyonu Ceza Kanundaki** yansıması ise “Devlet Gücüne Karşı Suçlar” başlıklı 10. Bölüm altında “Devlet Güvenliğine ve Anayasal Sistemin Temellerine İlişkin Suçlar” bünyesinde “Gücü Zorla Ele Geçirme veya Elde Tutma” kenar başlığı ile m. 278’de somutlaşmıştır.⁴⁷ İlgili madde uyarınca “*Rusya Federasyonu’nun anayasasını ihlal etmek veya anayasal sistemini zorla değiştirmek amacıyla gücün zorla ele geçirilmesine veya elden tutulmasına yönelik eylemler 12 ile 20 yıl arasında hapis cezası*” ile cezalandırılmaktadır.⁴⁸ Maddenin “anayasal sistemi zorla değiştirmek” ifadesinden de anlaşılacağı üzere suçun gerçekleşmesi için zor kullanımı yani gücün, silahlı grup tarafından zor kullanılarak ele geçirilmesi⁴⁹ öngörülmüştür. Dolayısıyla ceza sorumluluğu ancak şiddet kullanan silahlı grubun varlığı halinde mümkün olmakta bunun haricinde politik aldatma gibi manevi cebrin kullanılması bu suça değil şartları varsa başka suçları meydana getirmektedir.⁵⁰ Ancak Türk hukukundan farklı olarak silahlı darbe yapacak olan örgütün kurulması da bu suç kapsamında değerlendirilecek olan fiillerden biri olarak ele alınmış, ayrıca başka

⁴⁶ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 200.

⁴⁷ K. İÇEL/ Y. ÜNVER/ H. HAKERİ, “*Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*”, İstanbul, 2011, 7. Bası, s. 2.

⁴⁸ “<http://russian-criminal-code.com/PartII/SectionX/Chapter29.html>” adlı adresten erişim sağlanmıştır. (Erişim tarihi: 20.07.2021)

⁴⁹ V. F. SHCHEPELKOV, “*Underestimation of Social Danger of Deception in the Russian Criminal Law*”, Journal of Siberian Federal University Humanities & Social Sciences, 2015 (8), s. 2109.

⁵⁰ V. F. SHCHEPELKOV, *a.g.e.*, s. 2109.

bir hükümde cezalandırılmamıştır. Ayrıca karşılaştırmalı hukuktaki diğer örneklerin aksine m. 278 yani anayasayı ihlal suçu, “vatana ihanet” başlıklı m. 275’te⁵¹ sayılan suçlarından biri olarak belirtilmemiştir.

Ortak hukuk ülkelerine bakıldığında ise **İngiliz hukukunda** devlet aleyhine suçlar, vatana ihanet suçları altında sayılmaktadır.⁵² Vatana ihanet suçları ilk defa 1351 tarihli Treason Act uyarınca düzenlenmiştir ve Taç’a (*Crown*) karşı işlenen suçlar, “*high treason*” (yüksek ihanet) olarak sınıflandırılırken Taç dışındaki kurumlara karşı işlenen suçlar ise (mesela kölenin Lorduna karşı işlediği ihanet suçu) “*petit*” veya “*petty treason*” olarak adlandırılmaktaydı.⁵³ Taç dışındaki kurumlara ve kişilere karşı işlenen suçlar sonrasında “*felony*” (ağır suç) olarak düzenlenmiştir. İngiltere’de yazılı bir anayasa bulunmadığından ötürü anayasal düzenin ihlaline ilişkin bir suç türü mevcut değildir ancak Taç’ın, anayasal düzeni temsil ettiği kabul edildiğinden ötürü Taç’a karşı işlenen fiiller; 1351, 1795, 1848 ve 1945 tarihli “*Treason Act*” kapsamında bir bütün halinde sınırları çizilerek genişletilmiştir.⁵⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki Taç’a karşı işlenen fiillerin vatana ihanet suçu kapsamında değerlendirilmesinden anlaşılabacağı gibi bu suçun faili, devlet başkanı statüsündeki monark olamamaktadır.⁵⁵ Aksine

⁵¹ **Madde 275: Yüksek İhanet, casusluk ve devlet sırlarının ifşa edilmesi**

Yabancı bir Devlete, yabancı bir kuruluşa veya bunların düşmanca faaliyetlerde bulunan temsilcilerine Rusya Federasyonu vatandaşı tarafından işlenen dış güvenliğinin zarara uğramasına sebebiyet veren kişi 12 ila 20 yıllık bir süre için özgürlüğünden yoksun bırakılarak veya 500 bin ruble ya da maaş ya da maaş tutarında bir para cezası ile cezalandırılacaktır.

Not: Bu maddede veya 276. maddelerde belirtilen suçları işleyen kişi kendi iradesi ile hükümeti bilgilendirmek suretiyle Rusya Federasyonu çıkarlarına daha fazla zarar verilmesini engellerse suç işlenmesini önlemeyi kolaylaştırmışsa, cezaî sorumluluktan kurtulur.

Bu bilgi için bkz.: U. ARSLAN, *a.g.e.*, NEÜHFD, s. 66.

⁵² Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 68.

⁵³ F. W. HARRIS, “*The Law and Economics of High Treason in England from its Feudal Origin to the Early Seventeenth Century*”, Valparaiso University Law Review, 1987 (22), s. 86, dipnot 25.

⁵⁴ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 68.

⁵⁵ Manzini, sadece monarşik sistemlerde kralın suç faili olamayacağını belirtmiştir. (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 69, dipnot 2.) İngiltere’de anayasal monarşiyi benimseyen bir sisteme sahip olduğu için Taç, –yani kral/kraliçe- mevcut yasalara göre vatana ihanet suçunu işleyemez. Anayasal monarşinin cumhuriyet yönetiminden daha az demokratik gözükmeye rağmen Richard Rose ve Dennis Kavanagh, hükümdar ailesinin siyasette aktif rolden çekilebilmesi halinde bu monarşilerin ayakta kaldığına değinmiştir. Ayrıca demokratik rejim açısından siyaset dışı ve tarafsız bir devlet başkanının olması bu sistemler için önemli bir avantaj teşkil etmektedir. (A. LIJPHART, “*Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*” (çev.: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Ankara, s. 77.)

fiiller, ona karşı işlenmektedir. **Amerikan hukukunda** ise devlete karşı suçlar başlığı altında “devletin varlığına aykırı davranışlar” altında tanımlanan “vatana ihanet” suçunun hükümeti devirmeye destek vermeye veya ihtilale⁵⁶ dönüşmesinden bahsedilmektedir.⁵⁷ “Vatana ihanet” suçu, aynı zamanda devlet başkanını karşı görevini kötüye kullanma suçlamasının (*impeachment*) yapılabilmesine olanak tanıyan ve anayasada tanımlanan bir suçtur. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasına göre⁵⁸ devlete karşı savaş çıkarma/ saldırma veya devletin düşmanlarına yardım ederek onlara katılma eylemleri vatana ihanet suçu kapsamında sayılmaktadır. Bu tanıma bakıldığında devlete karşı savaş çıkarma/ saldırma eylemlerinin “düşman” tarafından gerçekleştirilebileceği düşünülse bile hükümetin otoritesine karşı herhangi bir zor direnişin veya kanunların uygulanmasına yönelik şiddet içeren bir müdahalenin de bu ifade kapsamında olabileceği kaydedilmektedir.⁵⁹ Otoriteye karşı direnmenin bu kapsamda düşünülebilmesi için yeterli olmayacağı bu nedenle de hükümeti devirmeye veya hükümetin otoritesini kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik doğrudan bir çabanın⁶⁰ aranması gerektiği ifade edilmektedir.⁶¹ Ayrıca vatana ihanet, Amerika Birleşik Devletleri Federal Kanunlarında (*U.S. Code*) “Ceza ve Ceza Muhakemesi” adlı başlığı (*Title 18: Crimes and Criminal Procedure*) altında düzenlenen 15. Bölümde (*Chapter 15*) de yer almaktadır. İlgili bölümde m. 2381 uyarınca da ölüm cezası veya 5 yıldan az olmamak kaydıyla hapis cezası ve ek olarak 10 bin dolardan az olmamak kaydıyla para cezası ve kamu görevinden

⁵⁶ İhtilal kavramı ile zor ve şiddet içeren eylemlerle mevcut hükümeti devirmeden bahsedilmektedir. (H. L. PACKER, “*Offenses Against State*”, The Annals of the American Academy of Political and Social Science (Crime and the American Academy of Political and Social Science), Sage Publications, 1962 (339), s. 81.)

⁵⁷ H. L. PACKER, *a.g.e.*, s. 77.

⁵⁸ **Article III, Section 3, Clause 1: Treason**

Treason against the United States, shall consist only in levying War against them, or in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort. No Person shall be convicted of Treason unless on the testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.

Bu bilgi için bkz.: “https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII_S3_C1_1_2/” adresinden erişilmiştir. (Erişim tarihi: 17.07.2021)

⁵⁹ H. L. PACKER, *a.g.e.*, s. 80.

⁶⁰ “Amerika’da İç Savaş sonrası bir dönemde iç karışıklıkta zor kullanma tehdidine teşebbüs edilmesi, “devlete karşı savaş çıkarma/ saldırma” eylemi olarak hukukçular tarafından kınanmıştır.” (H. L. PACKER, *a.g.e.*, s. 80.)

⁶¹ H. L. PACKER, *a.g.e.*, s. 80.

yasaklılık ile yaptırıma bağlanmıştır.⁶² Aynı bölümde yer alan m. 2383 (İhtilal veya Kalkışma) uyarınca da devlet otoritesine veya yasalarına karşı herhangi bir ihtilale veya ayaklanmaya kalkışan, kışkırtan veya yardım edenlere de ya para cezasına ya da 10 yıldan fazla olmamak kaydıyla hapis cezasına ve kamu görevinden yasaklılığa hükmedilmiştir.⁶³

1.2. ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN ÖZELLİKLERİ

1.2.1. Vatana İhanet Kavramı Üzerinden Değerlendirilmesi

1.2.1.1. Vatana İhanet Kavramı

Vatana ihanet kavramı, karşılaştırmalı hukuklarda⁶⁴ “yüksek ihanet” kavramı ile ifade edilmektedir.⁶⁵ Duverger’e göre “muğlak ve belirsiz bir kavram olarak politika ile hukukun sınırları arasında kalan vatana ihanet, Cumhurbaşkanının görevini anayasaya ya da ülkenin yüksek çıkarlarına aykırı bir biçimde kötüye kullanmasından doğan siyasi bir suçtur”.⁶⁶ Vatana ihanet, aynı zamanda bir sadakat borcunun ihlali olarak değerlendirilmektedir.⁶⁷ Türk hukukunda vatana ihanet kavramı, ne Anayasada ne de ceza kanunlarında belli bir tanıma sahip olmakla birlikte anlamının ve içeriğinin açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç duyulmaktadır.^{68,69} Vatana ihanetin teknik olarak belli bir suç tipi olarak

⁶² Cornell Law School, “<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2381>” adresinden erişilmiştir. (Erişim tarihi: 17.07.2021.)

⁶³ Cornell Law School, “<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2381>” adresinden erişilmiştir. (Erişim tarihi: 17.07.2021.)

⁶⁴ **Daha detaylı bilgi için bkz.:** R. İTİŞGEN DÜLGER, “*Vatana İhanet Suçunun Kökenleri Üzerine Bir İnceleme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2017 (23).

⁶⁵ E. TEZİÇ, “*Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*”, İstanbul, 18. Bası, 2014s. 487.

⁶⁶ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 487.

⁶⁷ Z. GÖREN, “*Anayasa Hukuku*”, Ankara, 2011, s. 252.

⁶⁸ Türkiye’de vatana ihanet suçu; TBMM’ye karşı düşünce veya uygulamalarıyla veya yazdıkları yazılarla muhalefet ve bozgunculuk etmek veya dini politikaya alet etmek şeklinde vuku bularak ilk defa Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nda düzenlenmişti ancak söz konusu kanun 3713 s. Terörle Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. (E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 488; F. TURİNAY, “*Anayasayı İhlal Suçu Üzerine Bir İnceleme*”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s. 298.)

düzenlenmemesi nedeniyle hangi fiillerin vatana ihanet sayılacağı yönünde somut olarak bir vatana ihanet kapsamı değerlendirilmesi, ilgili fiil ve somut olay bazında gerçekleştirilecektir⁷⁰ ve devletin iç ve dış güvenliği ile bütünlüğünü tehlikeye atabilme ölçütü gözetilecektir.⁷¹ Söz konusu değerlendirmede vatana ihanet suçu belirlenmesinin nasıl yapılacağına dair ise “*vatana ihanetin ya kanunilik ilkesi dışında tutularak ilgili suçun niteliğinin önce TBMM sonra da AYM tarafından belirlenmesi ya da kanunilik ilkesi çerçevesinde ceza kanunlarında*⁷² *düzenlenen suçlara dayandırılarak belirlemeyi yine önce TBMM’nin sonra AYM’nin yapacağı*” şeklinde iki çözümün söz konusu olabileceği belirtilmektedir.⁷³ Öngörülen ilk çözümün siyasi yönünün ağır bastığı

1632 s. Askeri Ceza Kanunu m. 54-60 arası sayılan haller ise asker kişiler için “vatana ihanet” kavramına örnek teşkil edecek suç tiplerinden bahsetmektedir ancak bu suç tipleri genelde Türkiye’nin yabancı devletlerle bir silahlı çatışma olasılığı içinde olması halinde milli müdafaaya zarar verecek türden fiilleri cezalandırmakta olup vatana ihanetin devletin, ülkesi dışındaki çıkarlarının gözetilmemesi boyutunu ele aldığı söylenebilir. Ayrıca söz konusu suç tiplerinde yapılan atıflar 5237 s. TCK’ya henüz adapte edilmiş değildir. (V. DİNLER, “*Anayasal Suç Ne(değil)dir?*”, AÜHFD 65(4), 2016, s. 1553.)

⁶⁹ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, “1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku”, İstanbul, 15. Baskı, 2015, s. 336; Y. YAYLA, “*Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu*”, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara, 2001, s. 495; E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 488; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 983; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 305.

Özek, bu konuda vatana ihanet durumunu tespit eden bir metnin bulunmamasını eksiklik olarak görmemektedir. (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 84-85.) Bunun aksi olarak Erem, Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun yürürlükten kaldırılırken “vatana ihanet” kavramından anlaşılması gerekeni gösteren bir kanun yapılması gerektiğini, kanunun kaldırılmasının yeterli olmayıp sakınca doğurduğunu ifade etmektedir. (F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 996.) Bu konuda Alacakaptan, ise anayasa değişikliği öncesi cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı cezai sorumluluğu üzerinden vatana ihanet kavramının neyi kapsadığının bilinmesi gerektiğine şu şekilde değinmiştir:

“Bir kimsenin Cumhurbaşkanı seçilmiş olması, çok önemli bir mevkiye gelmiş olması, eşi ve paraleli bir başka makamın olmayan bir görev makamım işgal etmiş olması, Türkiye Cumhuriyetinin devleti ve milletiyle bütünlüğünü temsil eder olması; yasama organı dışında, yürütme organı içinde, fakat ondan farklı bir konumda bulunması, onun daha az hukuk garantisinden istifade etmesi gerektiği gibi saçma ve olumsuz bir sonuca bizi götürmemelidir. Görevde yücelme, haklarda bir kısıtlama, azalma sonucunu doğurmamalıdır. Dolayısıyla neyin vatana ihanet olduğunu herhalde bilmemiz lazımdır.” (U. ALACAKAPTAN, “*Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu*”, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara, 2001, s. 502.)

⁷⁰ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 84-85.

⁷¹ M. ÖZEN, “1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Terazi Hukuk Dergisi, 2008 (3), s. 30.

⁷² R. İTİŞGEN DÜLGER, “*Parlamente Sistemde Devlet Başkanının Cezai Mesuliyeti*”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2017, s. 153.

⁷³ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 336.

düşünülürse daha hukuki olan ikinci çözümün benimsenmesinin isabetli olmasına iştirak edilmektedir.⁷⁴

1.2.1.2. Anayasayı İhlal Suçunun Vatana İhanet Suçu Niteliği

Devlet başkanının en büyük sadakat borcu olarak “devletin ülkesi ve milletiyle olan bölünmezliği ve siyasi iktidarın demokratik rejimi”ni koruması ve devamlılığını sağlaması düşünüldüğünde bu yükümlülüğün ihlal edilmesi vatana ihanet boyutunda kabul edilebilecektir.⁷⁵ Aynı şekilde vatandaşın da ülkesine karşı sadakat borcu kapsamında devletin ve mevcut hukuki düzenin bekasını tehlikeye düşürmesi vatana ihanet kapsamında düşünülse⁷⁶ de karşılaştırmalı hukukta da genellikle bu suçun özelde devlet başkanlarına yönelik olarak düzenlendiği belirtilmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla da genel olarak benimsenen anlayışa göre “Türk vatanının bütünlüğüne ve devletin anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçların bütünü” vatana ihanet çatısı altında değerlendirilebilmektedir.⁷⁸ Anayasayı ihlal suçu da anayasal düzene ve onun işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenlendiği için vatana ihanet vasfını haiz olduğu kaydedilmektedir.⁷⁹

2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde Anayasa m. 105/3 uyarınca cumhurbaşkanının tek cezai sorumluluğunun, görevi sebebiyle işlediği vatana ihanet suçları olduğu bilinmektedir. Cumhurbaşkanının bu anlamda icra ettiği

⁷⁴ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 83; B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 336. Vatana ihanet suçunun siyasi/cezai bir kavram olup kanunilik ilkesi dışında kalarak yaptırımının ne olacağına dair belirlemeyi Yüce Divanın yapması gerektiğine dair **görüş için bkz.:** E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 487-488.

⁷⁵ Z. GÖREN, *a.g.e.*, s. 252.

⁷⁶ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1698.

⁷⁷ V. DİNLER, *a.g.e.*, s. 1551; M. ZENGİN, “1982 T.C. Anayasasına göre Cumhurbaşkanının Vatana İhaneti”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1996, s. 87.

Ancak örneğin İngiliz hukukunda “high treason” adıyla vücut bulan vatana ihanet suçları devlet başkanı tarafından işlenen değil bizzat devlet başkanını temsil eden Taç’a yönelik işlenen eylemleri cezalandırmaktadır. (F. W. HARRIS, *a.g.e.*, s. 86, dipnot 25.) Amerikan hukukunda ise uzun süre İngiliz Kralı’na bağlı koloni olarak bir tarihe sahip olduğu için İngiliz hukukunun vatana ihanet kurumunda da etkisi oldukça fazlaydı ve korunan değer, anayasa gibi sembolik bir kavramdan ziyade koloninin devamlılığı için gerekli olan toplum güvenliği ve barışı idi. (W. HURST, “Treason in the United States? I. Treason down to the Constitution”, Harvard Law Review, 1944 (58), s. 226 vd.)

⁷⁸ Y. YAYLA, *a.g.e.*, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, s. 495; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 85; Z. GÖREN, *a.g.e.*, s. 253.

⁷⁹ F. EREM, “Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler”, C. 2, s. 988.

fiillerin vatana ihanet suçu olarak sayılıp sayılmayacağı ise TBMM İç Tüzük m. 114/4 uyarınca somut gerekçelerle belirtilmeliydi.⁸⁰ Yapılan değişikliklerle cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun “vatana ihanet suçları” ile sınırlandırılmasından vazgeçilmiştir.⁸¹ Ancak bu durum, cumhurbaşkanının vatana ihanet kapsamında olan suçlardan yine de sorumlu olduğu hususunu değiştirmemiş sadece cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun kapsamını belirlerken vatana ihanet suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkin tartışmanın yapılmasına ihtiyaç bırakmamıştır. Bu bağlamda, söz konusu durumda her ne kadar vatana ihanet tartışmasının anlamsız kalacağı düşünülse de anayasayı ihlal suçunun vatana ihanet niteliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemesine binaen sırf bu özelliğinden ötürü yasa koyucuların veya uygulayıcıların yargılama usulü, ceza ve infaz takdirinde sınırlamalar getirebilme ihtimalinin⁸² önünde mevcut bir engel olmadığı için bu çalışmada yer verilmesi uygun görülmüştür.

1.2.2. Siyasi (Siyasal) Suç Kavramı Üzerinden Değerlendirilmesi

1.2.2.1. Siyasi (Siyasal) Suç Kavramı

Siyasi (siyasal) suç kavramının içeriği de vatana ihanet kavramı gibi tam olarak belirlenememiş, kanuni bir tanımı yapılmamış⁸³ ve siyasal suçun tam

⁸⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 308.

⁸¹ Benzer bir durum Fransız hukukunda da görülmüştür. 2007 Anayasa değişiklikleri ile Fransa’da da cumhurbaşkanının vatana ihanet nedeniyle sorumlu tutulmasına ilişkin ifade ilgili maddeden çıkarılmış ve cumhurbaşkanının sorumluluğu, “görevini sürdürmesiyle açıkça bağdaşmayacak şekilde görevlerini ihlal etmesi” ifadesi eklenerek genişletilmiştir. (Bu bilgi için bkz.: K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 198, dipnot 22.)

⁸² M. ZENGİN, *a.g.e.*, s. 101. Yazar bu hususta Hıyanet-i Vataniye Kanunu döneminde vatana ihanet suçlularının mutlaka tutuklu yargılanacağı, davanın azami yirmi günde bitirileceği, mahkeme kararının kesin olduğu veya infazda öncelik tanınacağı gibi durumlara maruz kaldığını ifade etmiştir.

⁸³ H. SINAR, “*Siyasal Suç Üzerine bir İnceleme*”, İÜHFM, 2000 (58), s. 58. Yazar karşılaştırmalı hukukta genellikle benimsenen ceza yasalarında siyasal suçun tanımlanmaması yaklaşımına katılmaktadır. Siyasal suçların, faillerin amaçları ve fiillerin niteliği yönünden farklı özellikler taşıdığını ve ihlal edilen hukuksal menfaatin niteliğinin de bu bağlamda her somut olayda farklı bir şekilde ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla göreceli ve değişken özellikleri dikkate alındığında siyasi suçların kanunda tanımlanmamasının ve böylece hâkimlerin önceden bağlanmadan somut olayın özelliklerini inceleme fırsatına sahip olmalarının en doğru çözüm olduğunu ileri sürmektedir.

olarak neyi ifade ettiği, nasıl belirleneceği veya hangi suç tiplerinin bu kapsamda sayılabileceği konusu tartışmalı kalmış ve bir fikir birliği yaratılamamıştır.⁸⁴ Uluslararası antlaşmalarda da yeknesak bir tutum benimsenemediği için bu kavramın iinin doldurulması birçok ülkede öğretinin ile içtihatların gelişmesine bırakılmıştır.⁸⁵ Zira siyasilik değerlendirmesi devletler bakımından öznel bir değerlendirme olup siyasal suçun düzenlenmesinin de devletlerin siyasal geçmişlerine, hukuk sistemine, toplumların ‘tehlike’ algılamasına göre değiştiği ifade edilmektedir.⁸⁶ Ancak “i ve dış güvenliği ve/veya siyasi düzenini bozan bu fiilleri” genellikle devletlerin cezalandırma⁸⁷ hususunda ortak sayılabilecek şekilde ölüm cezası da dâhil olmak üzere en ağır ceza ile cezalandırma eğilimi görülmektedir.⁸⁸

Siyasi suç kavramı aslında bir maddi ceza hukuku kavramı olmayıp infaz hukukunda suçu siyasi saik veya amaçla işleyen “siyasi suçlu” tanımının kullanımında ve uluslararası sözleşmelerde özellikle suçluların iadesi müessesesinde karşılaşılan bir kavramdır.⁸⁹ Bir suçun siyasi suç niteliği taşıması, milletlerarası ceza hukuku bakımından önemli sonuç doğurmakta ve siyasi suçlu olarak atfedilen kişinin sığındığı ülkeden iadesinin istenmesi halinde iade

Karşılaşırmalı hukukta Fransız hukukunda yürürlükten kaldırılan 1830 tarihli kanun siyasi suçu tanımlayıp bu nitelikteki suçları da saymıştır ancak sonrasında 1927 tarihli suçluların iadesine ilişkin kanunla birlikte bu uygulamadan vazgeçilerek sadece dolaylı olarak anlatıldığı gözlenmiştir. Ancak mesela İtalyan ve Alman hukukunda siyasi suçun tanımlandığı kanunlar vücut bulmuştur. **(Bu bilgi için bkz.: M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A.C. YENİDÜNYA, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 9. Baskı, 2015, s. 1096, dipnot 86.)**

⁸⁴ H. SINAR, *a.g.e.*, s. 53; İ. ÖZGENÇ, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Ankara, 12. Bası, 2016, s. 989; N. K. KARCILIOğLU, *a.g.e.*, s. 359; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A.C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 1096.

⁸⁵ H. SINAR, *a.g.e.*, s. 53.

⁸⁶ D. AYDIN, “*Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi*”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, 2006 (7), s. 5.

⁸⁷ rneğin *Hitler Almanyası* ve *Musolini İtalyası* gibi faşist rejimin etkin olduğu sistemlerde “zellikle siyasi suçlarda fikir ve niyetin bir surette belirmesi, bu tezahürün neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişli olup olmadığına bakılmaksızın failin cezalandırılmasına yol açmaktadır. Fail sadece iradesi dolayısıyla ve iradenin çerçevesi içinde cezalandırılmaktadır ancak bu noktada objektif mesuliyet esaslarından istifade etmekten dahi çekinmeyerek hukuka aykırı bir durumda bulunmak şuurunun bulunması kafi sayılmaktadır.” **(Bu bilgi için bkz.: E. ÇİMEN, “Terör Suçlarının Yargılanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve İfade zgrlğ”, Hukuk Devletinde Terör ve örgütlü Mücadele, İstanbul, 1996, s. 223.)**

⁸⁸ V. DİNLER, *a.g.e.*, s. 1568.

⁸⁹ İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 989.

edilmemesi yerleşmiş bir kural olarak görülmektedir.⁹⁰ Bunun belki de önemli sebeplerinden biri sığınma hakkı ve iade isteyen ülkenin hem taraf hem mağdur hem de yargılayan sıfatıyla tarafsız, soyut ve objektif bir yargılama yapacağı hususunda ciddi şüphelerin olmasıdır.⁹¹ Ayrıca iade talep edilen devletin, uluslararası hukuktaki devletin içişlerine karışmama ilkesi gereği iade isteyen devletin iç meselesine karşı bir tavır almak istememesi veya adi suçlardaki gibi sosyal ve ahlaki yönden aynı kesinlikte bir hüküm verebilmenin olanaklı olmamasına istinaden o siyasal suçun işlenmesinin; zorba bir rejime karşı başvurulabilecek tek çare olarak görülmesi de bu kurumun gerekçelerinden görülmektedir.⁹²

Genel bir tanımının olmadığına yukarıda da değinildiği üzere bir suçun “siyasi suç” vasfını haiz olduğundan bahsedebilmek için belli özelliklere dikkat çekilmektedir.⁹³ Bu özelliklerden öncelikli olanı ise siyasi suçun devletin benimsediği siyasal sisteme yönelik olmasıdır. Bu bağlamda “siyasi sisteme yönelen ve bu sistemin öngördüğü düzenin değiştirilmesini amaçlayan, iktidarın kullanılması, elde edilmesi, iktidara etkili olunması ile devletin temel varlığına ve siyasal menfaatlerine ilişkin kurallara yönelen hukuka aykırı eylemleri cezalandıran suç tiplerinin”⁹⁴ siyasi suç olarak kabul edilmesi mümkündür. Ayrıca siyasi suçluların adi suçlulardan daha farklı bir psikik yapıya sahip olup⁹⁵ siyasi saik veya emellerle işlenmesi durumunda suçun, siyasi amacı elde etmeye elverişli olması halinde de siyasi suç niteliği kazandığı belirtilmektedir.^{96,97} Ancak

⁹⁰ K. BAYRAKTAR, “Siyasal Suç”, İÜHF Yayını, 1982, s. 194-196; H. SINAR, *a.g.e.*, s. 69; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 988; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 361; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 231.

⁹¹ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 196; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 988.

⁹² H. SINAR, *a.g.e.*, s. 69.

⁹³ İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 989.

⁹⁴ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 66; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 359; V. Ö. ÖZBEK/ K. DOĞAN/ P. BACAŞIZ ve İ. TEPE, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2016, 7. Baskı, s. 174.

Aynı zamanda **objektif teoriyi** tanımlayan açıklama için **bkz.:** H. SINAR, *a.g.e.*, s. 59.

⁹⁵ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 79.

⁹⁶ İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 989; N. CENTEL, H. ZAFER ve Ö. ÇAKMUT, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, İstanbul, 9. Bası, 2016, s. 187.

Aynı zamanda **sübjektif teoriyi** tanımlayan açıklama için **bkz.:** H. SINAR, *a.g.e.*, s. 60.

siyasi suç tanımını oldukça genişleten⁹⁸ siyasi saiklerin veya amaçların, tek başına yeterli olmayıp suçun aynı zamanda siyasi nitelikte veya bununla bağlantılı olması da gerekmektedir.⁹⁹ Yargıtay'ın da suçun, siyasi suç niteliğini değerlendirirken saptadığı benzer kıstaslar bazı kararlarında göze çarpmaktadır.¹⁰⁰ Söz konusu suçların kişi hak ve özgürlüklerini ihlal niteliği taşıması gerektiği aksi halde siyasi suç kapsamında görülmeyeceği de kaydedilmektedir.¹⁰¹ Bu yönde olan suçlar; devlet başkanlarına (Belçika Suikast Şartı)¹⁰² ve ailelerine karşı yapılan suikast suçları, terör eylemleri, insanlığa karşı suçlar ile soykırım suçları olarak kabul edilmiştir.¹⁰³

⁹⁷ **Ayrıca bkz.:** Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (TÖDAS) m. 1 “Akit Devletler arasında suçluların iadesi maksadıyla, aşağıda belirtilen suçların hiçbirisi siyasi suça murtabit suç veya *siyasi nedenle işlenmiş suç* niteliğinde telakki edilmeyecektir.”

⁹⁸ H. SINAR, *a.g.e.*, s. 60.

⁹⁹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 360.

¹⁰⁰ **Örneğin bkz.:** “Adi bir suçun siyasi bir suç mahiyetini iktisap etmesi behemahal fiilen ve maddeten siyasi bir suçun işlenmesine veya işlenmesi tasavvur edilmesine mütevakıf olmayıp teessüs eden rejime muhalif siyasi bir telakki besleyenlerin bu siyasi fikir ve telakkilerden dolayı nefislerine ağır tehlikeler tevliid edecek surette haksız muamelelere... ve hususi nezaret ve takibe maruz kalmaları adi filin siyasi bir fiile irtibatının kabulüne esas teşkil edebileceği” (**Yargıtay. 1 CD**, 13.4.1949, E. 1010, K. 687) **Bu bilgi için bkz.:** K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 42.

¹⁰¹ İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 989.

Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz.: “Bir devletin rejimini kendi telakkilerine göre kabul etmemek, beğenmemek nazari ve afaki bakımdan siyasi bir görüş diye mütalaa edilse bile bu yüzden işlenen adam öldürmek, öldürmeye teşebbüs etmek, ağır yaralamak gibi suçların ne objektif ne de sübjektif bakımdan siyasi veya ona bağlı suçlar olarak nitelendirilmesi mümkün görülmez, diğer bir deyimle mücerret bir rejimi beğenmemek kanuni ve hukuki anlamda siyasi suç saiki sayılamaz... mücerret rejimden kaçmak için işlenen bu gibi ağır suçları, siyasi suça bağlı suçlar olarak nitelemek, hukuki ve kanuni anlamda siyasi suç telakkisine aykırıdır.” (**Yargıtay CGK**, 08.03.1971, E. 490, K. 65) **Bu bilgi için bkz.:** K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 42.

Aynı görüşün benimsendiği **başka bir karar için bkz.:** **Yargıtay 8. CD**, 11.01.1983, E. 1983/1, K. 1983/43. (**Bu bilgi için bkz.:** İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 991.)

Aksi yönde bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 364.

“...Devamlı insan hak ve hürriyetleriyle uzlaşırılmaz baskıya dayanamayarak canlarını kurtarmak için.., adi suç işlenmesi durumunda “siyasal suça bağlı suç” işlendiği sonucuna varılmıştır.” (**Yargıtay 1. CD**, 21.12.1970, E. 3701, K. 3579) **Bu bilgi için bkz.:** K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 42.

¹⁰² H. ÇOLAK, “*Siyasal Suçluların 3005 Sayılı Kanuna Göre Yargılanabilmeleri Sorunu*”, TBBD, 1998/2, s. 586; H. SINAR, *a.g.e.*, s. 72; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 188-189.

¹⁰³ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 188; K. İÇEL, “*Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir İnceleme*”, İÜHF, 1964 (30), s. 712.

1.2.2.2. Anayasayı İhlal Suçunun Siyasi Suç Niteliği

Doktrinde anayasayı ihlal suçunun siyasi suç niteliğine sahip olup olmadığı değerlendirilirken siyasi suçun alt başlıklarından olan tam siyasi suçun tanımına ilişkin tartışmanın yapılması söz konusu olabilmektedir. Tam siyasi suç kavramı da tam bir belirliliğe sahip olmamakla birlikte nasıl belirlendiğine ilişkin değişik görüşler mevcuttur. Bu mevcut görüşlerden “ihlal edilen hukuki menfaati” önemseyen görüş¹⁰⁴ uyarınca “devletin varlığına ve siyasal mekanizmasının işleyişine karşı ve bireylerin siyasal hak ve özgürlüklerine karşı veya kullanılmasına ilişkin” işlenen suçlar tam siyasi suç olarak tanımlanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta da siyasi suçu tanımlayan kanunlara rastlanılmamakla¹⁰⁵ birlikte ““devletin siyasal bir menfaatine veya bir vatandaşın siyasal bir hakkına saldırı teşkil eden her suç”, “ülkenin siyasal rejimine aykırı düşüncelerle işlenen suçlar”, “devlet güvenliğine ve varlığına karşı suçlar”, “devlet başkanına ve hükümet üyelerine karşı suçlar”, “anayasal kurumlara karşı suçlar”, “vatandaşların siyasal faaliyetlerine karşı suçların””¹⁰⁶ siyasi suç şeklinde kabul edildiği görülmektedir. Bu tanımın Türk hukukundaki yansımasının ise 5237 sayılı TCK uyarınca devletin menfaati aleyhine suçlar (765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “devletin şahsiyetine karşı cürümler”) başlığı altında düzenlenen suçlar üzerinden görülebileceği söylenmiştir.¹⁰⁷ Devletin varlığı aleyhine suçların siyasi suç kapsamına sokulmasının altında “bu suçların siyasi özelliklerinin bir sonucu olarak, belirli hukuki içeriğe sahip olmaması ve siyasi değişimlere göre nitelik kazanması” ve “bu suçların devletin politik menfaatleri ve vatandaşların politik hakları ile ilgili olması” nedenlerinin olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁸ Söz konusu suç başlığı altında anayasayı ihlal suçu da bulunmaktadır.¹⁰⁹ Dolayısıyla doktrinde

¹⁰⁴ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 102.

¹⁰⁵ Ü. HASSAN, “*Siyasi Suç Kavramı*”, AÜSBFD, 1971 (26), s. 209.

¹⁰⁶ V. DİNLER, *a.g.e.*, s. 1568.

¹⁰⁷ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 103; Ç. ÖZEK, “*Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK Mad. 168-171)*”, İÜHFM, 1963 (29), s. 621-622; H. ÇOLAK, *a.g.e.*, TBBD, s. 588; V. DİNLER, *a.g.e.*, s. 1569.

¹⁰⁸ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 28.

¹⁰⁹ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 104.

çoğunlukla anayasayı ihlal suçunun aynı zamanda siyasi bir suç olduğu belirtilmektedir.¹¹⁰

Her ne kadar içeriğinden ötürü anayasayı ihlal suçunun siyasi suç niteliğinde olabileceği görüşü genel kabul görse de siyasi suç kavramının “salt bir hukuki konu olmaktan ziyade artan siyasi ve ideolojik mücadeleler sürecinin bir yansıması”¹¹¹ olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda ayrıca kutuplaşmanın gergin hale gelmeye başladığı düşünüldüğünde siyasi suçu ve onun failini belirlemesi beklenen hukukun, gerçek hayattaki süreci takip etmesinin zorlaştığı, kaldı ki siyasi suçun ve siyasi suçlunun tayininde hukuktan ziyade siyasi tercihlerin etkili olduğu ve mevcut düzene yönelik tehlikeli hal ile açıklamaya çalışmanın; siyasi suçu, kısır döngüye iten bir yaklaşım olduğu kaydedilmektedir.¹¹² Gerçekten de suçun, siyasi suç niteliğine bürünmesi halinde siyasi açıdan söz konusu suçun cezasında, infazında yani muhakemesinde bir değişiklik yaratılmak istenecektir. Bu noktada cezanın niteliğinin ne olacağı, infazın gerçekleştirilmesinde suçluya yönelik ek hak kısıtlamasının olup olmayacağı, suçlunun tecrit edilip edilmeyeceği gibi birçok önemli hususun netleştirilmesinde¹¹³ siyasi etkinin, hukukun ve onun sağladığı hak güvencelerinin önüne geçmeyeceğine inanmak çok da gerçekçi olmayacaktır. Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunu siyasi suç kapsamında değerlendirirken, uluslararası boyutta, ilgili suç failinin iadesinin olmamasının getirebileceği artıların yanı sıra başka bir ülkeye kaçmayan failin ülkesinde kalması durumunda maruz kalacağı iç hukuk muamelesinin tercihinin ne yönde ve ne kapsamda olduğu düşünülmelidir.

¹¹⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 362; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 231; E. AYGÜN EŞİTLİ, “*Anayasayı İhlal Suçu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016 (65), s. 1697.

¹¹¹ Ü. HASSAN, *a.g.e.*, s. 216.

¹¹² Ü. HASSAN, *a.g.e.*, s. 216.

¹¹³ Mesela bu noktada liberal hukukçuların, siyasi suçlulara başkalarını düşünen bir tavırla hareket etmesinden ötürü müsamaha gösterilmesi ve daha hafif cezalarla cezalandırılmasını savunmasının yanı sıra devletin hâkimiyetine daha çok önem verenlerin siyasi suçlara yönelik daha sert tedbirlerin alınması gerektiğini savunmasından da bahsedilmektedir. (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 28.)

Örneğin, Belçika, İsviçre ve Fransa’da siyasi suçlulara yönelik daha hafif bir ceza infazı uygulanmaktadır. (K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 188-189) Ancak *Mussolini İtalyası* veya *Hitler Almanyası* gibi totaliter rejimlerde siyasi suçlulara yönelik en ağır cezaların uygulanması söz konusuydu. (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 28, dipnot 95.)

Bu açıdan bakıldığında siyasi suç kavramının hukuktaki varlığının da tartışmaya açık olduğu düşünülmektedir.

1.2.3. Terör Suçu Kavramı Üzerinden Değerlendirilmesi

1.2.3.1. Terör ve Terör Suçu Kavramı

Kelime anlamı “büyük korku, dehşet, korku kaynağı” olan terör kavramı¹¹⁴; “1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nde terör suçu olarak kabul edilen ve siyasi suç sayılamayacak fiillerin, 1970 La Haye, 1971 Montreal, 1973 New York Sözleşmeleri’nin öngördüğü fiillerle de örtüşmesi üzerine en son 2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi”¹¹⁵ ile birlikte birçok uluslararası antlaşmaya konu olmuştur. Yine de tanımlanması zor bir kavram olduğu için evrensel ve ortak bir tanım bulunamamıştır.¹¹⁶ Doktrinde terör kavramının tanımına ilişkin; terörün “*bir doktrin olmayıp bir eylem tarzı, bir nevi strateji, amaca götürmek üzere kullanılan bir tür araç*”¹¹⁷, “*korku ve endişe ilka edecek, bir dehşet hali meydana getirecek mahiyette fiil ve hareketler işlemek*”¹¹⁸, “*toplumda belirli bir iktidara ya da siyasal amaca baskı, korku, yılgınlık yaratarak erişmek için sürekli şiddet hareketlerinin kullanılması hali*”¹¹⁹, “*başka düşünceleri ödünç alıp o düşüncelerin şemsiyesi altına giren ve bu suretle düşmanı olduğu halk ve halkın*

¹¹⁴ D. AYDIN, *a.g.e.*, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, s. 12.

¹¹⁵ F. TURİNAY, “*Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı*”, TBBD, 2016, s. 40-42.

¹¹⁶ B. TANÖR, “*Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1990, s. 166; K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 157; D. AYDIN, *a.g.e.*, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, s. 14.

Ortak tanım yapılamamasının veya yapılmasından imtina edilmesinin gerekçelerinden biri de “ülkelerin siyasi ve ekonomik olarak rekabet halinde olmaları suretiyle terör örgütü olarak görülen yapılanmaların başka ülkelerce desteklenebiliyor veya özgürlük savaşçısı olarak görülüyor olması ve rakip ülkeyi bu nedenle zora düşürmek istemeleri” olduğu belirtilmektedir. (N. BODUR/ E. ÖZKUL, “*Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları*”, Ankara, 2020, 5. Baskı, s. 31.)

¹¹⁷ Bu görüş için bkz.: Sulhi DÖNMEZER. Bu bilgi için bkz.: F. TURİNAY, *a.g.e.*, TBBD, s. 46.

¹¹⁸ Bu görüş için bkz.: Tahir TANER. Bu bilgi için bkz.: O. S. GÜLFİDAN, “*AIHM İçtihatları ve Demokratik Toplum Gereklere Karşısında 5532 Sayılı Kanunla Değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu*”, GSÜHFD, 2007 (1), s. 264.

¹¹⁹ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 159.

düzeni karşısında kendisini meşrulaştırmaya çalışan, dolayısıyla siyasal iktidarı ele geçirmeyi amaçlayan acımasız bir şiddet hareketi”¹²⁰ veya “anayasa, siyasal iktidar düzenini ve toplumsal düzenin zora ve şiddete dayanan hukuka aykırı eylemlerle değiştirmeye yönelik”¹²¹ olduğuna dair görüşler bulunmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta terör kavramının tanımının Kıta Avrupası hukuku uygulanan ülkelerde ceza kanunlarına bütünleşmiş bir şekilde ya da ortak hukukun (*common law*) uygulandığı ülkelerde ayrı bir anti-terör mevzuatı oluşturularak yapıldığı gözlemek mümkündür.¹²² Ülkemizde ise 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte terör kavramının tanımına ve terör kapsamında sayılan suçlara ilişkin Ceza Kanunundan ayrı bir kanun düzenlendiği görülmektedir.¹²³ 3713 sayılı TMK m. 1 uyarınca terör tanımı şu şekilde yapılmıştır:

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, 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.”¹²⁴

¹²⁰ Z. HAFIZOĞULLARI & G. KURŞUN, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, TBBD, 2007 (71), s. 46.

¹²¹ Ç. ÖZEK, “Terör ve Terörle Mücadele Kanunu”, İstanbul Barosu Dergisi, 1991 (65), s. 356.

¹²² F. TURİNAY, a.g.e., TBBD, s. 43; B. BOZ, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü Ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020 (2), s. 139.

¹²³ B. TANÖR, a.g.e., MHB, s. 165; F. TURİNAY, a.g.e., TBBD, s. 45.

¹²⁴ **Madde tanımına ilişkin eleştiriler için bkz.:** “Kanun, 1. maddeyi, anlaşılır bir biçimde ifade etmiş değildir. Gerçekten, birçok şey madde içine sıkıştırılmış; terörü; demokratik toplum, hukuk, devlet düzenini yıkmaya yönelik faaliyetler olmaktan çok devleti yıkmaya, genel sağlığı, kamu düzenini vs. bozmaya yönelik faaliyetler olarak algılamış, dolayısıyla önüne gelen her şeyi terör faaliyeti içine sokmaya gayret etmiştir. Bizce bu, terörle mücadelenin zaafı olmuştur.” (Z. HAFIZOĞULLARI/ G. KURŞUN, a.g.e., TBBD, s. 60, dipnot 15.)

“3713 sayılı yasanın 1. maddesinde yer alan “terör” tanımı ise bir eylemin terör niteliği taşıdığının kabul edilebilmesi için aranan tüm öğelerden yoksundur. Niteliği belirgin olmayan, yasal unsurları

Terör tanımına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında ilgili suçta bulunması beklenen üç zorunlu unsur olduğu belirtilmektedir: “yöntem (suçun işleniş biçimi), amaç (suçun ideolojik saiki olan terör saiki) ve örgüt (suç failinin bağlantısı)”.¹²⁵ Mevcut tanım çerçevesinde tek başına bireysel olarak gerçekleştirilen terör eylemlerinin ve Türk devletinin de güvenliğini ilgilendiren diğer devletlere veya uluslararası örgütlere karşı girişilen terör eylemlerinin tanım dışında bırakıldığı ve bu açılardan tanımın eksik olduğu belirtilmektedir.¹²⁶

“Terör” kavramının, ortak bir tanım yapılamaması dolayısıyla hukuki nitelikten çok siyasi nitelikte olduğu görülmektedir.¹²⁷ Söz konusu hukuk metinlerinde her ne kadar ortak bir tanım belirlenmemişse de terör kapsamına girebilecek suçlar belirlenebilmiştir.¹²⁸ Ancak “terör suçu” olarak nitelendirilmesi, teknik anlamda bir suç tipi olduğunu göstermemektedir¹²⁹ çünkü bir terör suçundaki terör unsuru incelendiğinde, o unsurun suçun özünden değil nite-liğinden kaynaklanması söz konusudur.¹³⁰ 3713 sayılı TMK; terör suçlarını m. 3 (mutlak terör suçları), terör saiki ile kurulmuş terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde terör suçu sayılacakları m. 4 (nispi terör suçları) ve terör örgütü kurma, faaliyetlerini düzenleme, yönetme ve örgüte girme şeklinde olan suçları m. 7 uyarınca üç farklı kategoride olmak üzere düzenlemiştir.¹³¹ Söz konusu ceza kanununda bulunan suçlar, açık kanun hükümleri gereği terör suçu

belirtilmemiş, suç olarak tanımı yapılmamış her türden eylem terör eylemi olarak kabul edilmiştir... 3713 sayılı yasa ile terör eylemini oluşturacak şiddet kavramı kapsamı dışında kalan her türden “korkutucu, sindirici, yıldırıcı, baskıcı” eylemi dahi terör suçu saymaktadır.” (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, İstanbul Barosu Dergisi, s. 365.)

“Kanunun 1. Maddesinde yer alan terör tanımında sayılan yöntemlerin çoğunun anlamı ve sınırları belli değildir. Ayrıca kavram kargaşası yaratılmıştır...Terör tanımında sayılan amaçlar da son derece belirsiz ve uygulamada tereddütlere hatta keyfî yorumlara neden olabilecek niteliktedir.” (N. TOROSLU, “*Terörle Mücadele Kanunu*”, İstanbul Barosu Dergisi, 1991 (65), s. 390-391.)

¹²⁵ F. TURİNAY, *a.g.e.*, TBB, s. 45.

¹²⁶ F. TURİNAY, *a.g.e.*, TBB, s. 45-46.

¹²⁷ O. S. GÜLFİDAN, *a.g.e.*, s. 265; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, İstanbul Barosu Dergisi, s. 353.

¹²⁸ F. TURİNAY, *a.g.e.*, TBB, s. 42; B. BOZ, *a.g.e.*, ASBÜHFD, s. 138.

¹²⁹ O. S. GÜLFİDAN, *a.g.e.*, s. 265; F. TURİNAY, *a.g.e.*, TBB, s. 48; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, İstanbul Barosu Dergisi, s. 355.

“Tahir Taner’in de belirttiği üzere “*Hakikatte bir tedhişçilik (terör) suçu yoktur, tedhişçilik mahiyetinde birtakım suçlar vardır.*”” F. TURİNAY, “*Terörle Mücadele Kanunu’na Göre Mutlak ve Nispi Terör Suçları*”, İnsan ve İnsan Dergisi, 2019 (6), s. 338.

¹³⁰ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, İstanbul Barosu Dergisi, s. 355.

¹³¹ B. TANÖR, *a.g.e.*, MHB, s. 166-167; F. TURİNAY, *a.g.e.*, İnsan ve İnsan Dergisi, s. 339.

niteliğini de haiz olmuştur.^{132,133} Bu düzenlemeye getirilen en ciddi eleştiri ise terör suçu sayılan suçların sayısının çokluğunun getirdiği özellikle muhalif grupların demokratik eylemlerini de kapsayacak şekilde yorumlanmasına açık olması tehdidinde ilişkindir.¹³⁴

Elbette ki terörle mücadelede başarıya ulaşılabilmesi için terörün ortaya çıkış nedenlerini ortadan kaldırmayı amaçlayan kararlı bir siyasi planın olması ve yürütülmesi gerekmektedir.¹³⁵ Ancak terör suçlarının kapsamının mevcut kanun örneğinde olduğu gibi genişletilmesi başka bir deyişle “terörün bu yolla devletlerin otoriter uygulamalarına bahane edilmesi, demokratik düzen bakımından terör eyleminin kendisi kadar sakınca” teşkil etmektedir. Terörün, “şiddetin siyasi amaçlar uğruna kullanılması sebebiyle devlete yönelik bir saldırı olmasına karşı; terörle mücadele gerekçesiyle temel insan hak ve özgürlüklerini ihlal edecek şekilde keyfi müdahalelerde bulunulması da siyasi iktidarın siyasi şiddete başvurması demek olup devlet terörünü” doğuracaktır.¹³⁶ Dolayısıyla terör suçunun kapsamına ve belirlenen kapsamın yorumlanmasına dikkat etmek gerekmektedir.

Terör suçunun aynı zamanda siyasi bir suç olup olmadığı yönündeki tartışmalara da değinilecek olursa, terör eylemlerinin siyasi bir amaç taşımasından ötürü siyasi bir suç olarak kabul edilmesi gerektiği iddiasına¹³⁷ karşılık bu eylemlerin devletin belirli bir siyasi kurumuna yönelik olmayıp her türlü toplumsal kuruluşun temellerini ihlal ettiği gerekçesiyle siyasi suç olarak kabul

¹³² F. TURİNAY, *a.g.e.*, TBBD, s. 48.

¹³³ Ayrıca 3713 s. TMK’da değişiklik yapan 5532 s. Kanun gerekçesine **bkz.:** “Terörist eylemler, esas itibarıyla *ceza kanunlarında tanımlanmış suçları* oluşturmaktadır. Ancak, bu suçlar, gerek *işlenişinde güdülen saik gerek işleniş tarz ve mahiyeti itibarıyla "terör suçu"* olarak nitelendirilmektedir. Ceza kanunlarında esas itibarıyla suç olarak tanımlanan bu fiillerin *bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesiyle*, devletin ana yapısını, bu yapının dayandığı temel prensipleri değiştirmek veya yıkmak, toplumda korku ve panik yaratmak amacının güdülmüş olması durumunda, bu suç bir "terör suçu" niteliği kazanmaktadır.” (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1222.)

¹³⁴ B. TANÖR, *a.g.e.*, MHB, s. 167.

¹³⁵ O. S. GÜLFİDAN, *a.g.e.*, s. 266.

¹³⁶ O. S. GÜLFİDAN, *a.g.e.*, s. 266-267.

¹³⁷ Özek, “terör eyleminin siyasi iktidar düzenini değiştirmeye yönelik olması halinde terör niteliğindeki suçun siyasi suç sayılması gerektiğini” belirtmektedir. (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, İstanbul Barosu Dergisi, s. 358.)

edilemeyeceğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır.¹³⁸ Öte yandan çalışmadaki “Siyasi Suç Kavramı” başlığı altında belirtildiği üzere terör eylemleri, siyasi suçlardan biri olarak sayılmamaktadır.¹³⁹ Ancak terör eylemlerinin siyasi suç niteliğine sahip olduğunu savunan görüşlere¹⁴⁰ göre, TÖDAS uyarınca yapılan bu kabul daha çok “suçluların iadesi” müessesinde sonuç doğurmakta olup eylemler zımnen siyasi özelliğini korumaya devam etmektedir çünkü “iade” ile “siyasi suç” kavramları birbirinden farklı olup iade, mutlaka siyasi suç niteliğinin reddi anlamını taşımamaktadır. Ayrıca “uluslararası sözleşmelerde terör eylemi olarak değerlendirilen eylemlerin aynı zamanda siyasi suç olması gerekçesiyle iade olunmasına engel teşkil etmeyeceği” de düşünülmektedir.¹⁴¹ Burada diğer yandan da TÖDAS’ın sadece bir “iade” sözleşmesi olmadığıнын aynı zamanda devletlerarası adli yardımlaşmaya etkili olduğunun altı çizilse de iç hukukumuzda terör eylemlerini adi suç olarak kabul etmenin mümkün olmadığı çünkü devletlerin “iade” müessesesi haricinde takdir yetkisini muhafaza edeceği ifade edilmektedir.¹⁴² Söz konusu hususta şunu da söylemek gerekir ki terör eylemlerinin icrası halinde “iade”den kaçınılması mümkün olmasa dahi TÖDAS m.5 ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS) m. 3/2 kapsamında değerlendirilebilecek ise iadeden kaçınmak yine mümkün olabilecektir.¹⁴³ Mevcut tartışmanın uluslararası hukuk bakımından doğuracağı sonuçların yanı sıra iç hukukta doğuracağı sonuçlar da ele alındığında her ne kadar genel yaklaşımın cezanın çektirilmesi yönünden terör suçlusunun daha ağır bir cezaya ve infaz rejimine tabi tutulması ve cezalarının affedilmemesi; siyasi suçluların ise daha az bir cezaya ve daha lehe düzenlemeler içeren bir infaz rejimine tabi tutulması ve cezalarının affedilebilmesi söz konusu olduğu söylenebilse de¹⁴⁴ Türk hukukunda siyasi suçlu ile terör suçlusunun konulan ceza ve uygulanan infaz rejimi

¹³⁸ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 172 vd.

¹³⁹ **Bkz.:** TÖDAS m. 1.

¹⁴⁰ K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 175.

¹⁴¹ E. AYĞÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1697; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 994.

¹⁴² K. BAYRAKTAR, *a.g.e.*, s. 177; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 231.

¹⁴³ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 363.

¹⁴⁴ D. AYDIN, *a.g.e.*, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, s. 15.

bakımından birbirine yakın muamelelere maruz kaldığı görülmektedir.¹⁴⁵ Bunun en göze çarpan nedeninin ise her iki durumda da devletin mevcut siyasi düzenini sorgulamaya kalkışmak olmasından ötürü devletin varlığına karşı bir tehdit oluşturmalarının kabulünden ileri geldiği düşünülmektedir. Dolayısıyla iç hukuk uygulaması açısından zaten terör eylemlerinin aynı zamanda siyasi olduğunun kabul edildiği görülmektedir.

1.2.3.2. Anayasayı İhlal Suçunun Terör Suçu Niteliği

Anayasayı ihlal suçu, 3713 sayılı TMK m. 3 uyarınca açık bir hüküm ile terör suçları arasında sayılmıştır.¹⁴⁶ 3. maddede sayılan suçların ayrı bir ölçüt aranmaksızın terör suçu olarak kabul edilmesi o suçların dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun da mutlak terör suçu olduğunu¹⁴⁷ ve suç işlemek amacıyla bir silahlı örgüt faaliyeti çerçevesinde olmasa da terör suçu niteliğini haiz olacağını¹⁴⁸ göstermektedir. Suç işlemek amacıyla bir silahlı örgüt faaliyeti çerçevesinde olması halinde ise kurulan örgütün “terör örgütü” olarak nitelendirileceği açıktır.¹⁴⁹ 3713 sayılı TMK m. 7’de verilen tanıma göre terör örgütü “*cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen anayasada belirtilen cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin ve cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla suç işlemek amaçlarına yönelik olarak suç işlemek üzere*” kurulmaktadır. Ancak tanımdan yola çıkarak kurulan her suç örgütünün

¹⁴⁵ D. AYDIN, *a.g.e.*, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, s. 15, dipnot 92.

¹⁴⁶ Madde tanımı için bkz.:

Terör Suçları

Madde 3 (Değişik: 29/6/2006-5532/2 md.) - 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.

¹⁴⁷ F. TURİNAY, *a.g.e.*, İnsan ve İnsan Dergisi, s. 339.

¹⁴⁸ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 290.

¹⁴⁹ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 227.

terör örgütü olmayacağına çünkü temelde benimsedikleri amaçların anayasanın öngördüğü düzene karşı çıkmak yönünde olması gerektiğine de dikkat çekilmektedir.¹⁵⁰ Anayasayı ihlal suçunun bu niteliği de soruşturma ve kovuşturma aşamalarında uygulanacak daha sıkı bir muhakeme rejimi nedeniyle önemlidir.¹⁵¹

¹⁵⁰ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 227.

¹⁵¹ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 290. Örneğin, 3713 s. TMK m. 17 uyarınca anayasayı ihlal suçunun failleri koşullu salıvermeden yararlanamaz.

İKİNCİ BÖLÜM: ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN UNSURLARI

2.1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

2.1.1. Suçun Konusu

2.1.1.1. Suçun Maddi Konusu

Öncelikle suçun maddi konusu kavramı doktrinde bazı yazarlarca¹⁵² “suçun konusu” şeklinde ifade edilse de bu ifadenin bir üst başlık olarak kullanılması daha uygun bulunduğu¹⁵³ “suçun hukuki konusu” kavramından ayırmak amacı ile de bir karışıklık olmaması adına bu çalışmada “suçun maddi konusu”¹⁵⁴ ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Bunun aksi olarak bazı yazarlar bazı suçların, “maddi” nitelikte olmasa da bir konusunun olduğunu ve “suçun maddi konusu” kavramının aslında “suçun hukuki konusu” kavramından ayırmak maksadıyla kullanıldığını ancak kavramsal olarak eksiklerinin olduğunu ifade etmektedir.¹⁵⁵

¹⁵² İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 275; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 109; N. K. KARCILIOĞU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 105; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 199; M. E. ARTUK, A. GÖKCEN ve A. C. YENİDÜNYA, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 10. Baskı, 2016, s. 284; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 198.

Suçun maddi konusunun, hareketin konusu olarak da nitelendirildiğine dair bkz.: V. Ö. ÖZBEK/ M. N. KANBUR/ K. DOĞAN/ P. BACAŞIZ ve İ. TEPE, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2. Baskı, 2011, s. 198; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 13. Baskı, 2020, s. 116; A. ÖNDER, “Ceza Hukuku Dersleri”, İstanbul, 1992, s. 169.

¹⁵³ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 226.

¹⁵⁴ **Benzer yönde kullanım için bkz.:** S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım”, Cilt 1, İstanbul, 3. Bası, 1965, s. 344; T. DEMİRBAŞ, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2016, 11. Baskı, s. 547; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, “Ceza Hukuku Genel Kısım”, Ankara, 22. Baskı, 2016, s. 110.

¹⁵⁵ F. EREM, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1968, s. 12. **Bu bilgi için bkz.:** C. KOÇ, “Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, s. 53.

Suçun maddi konusu¹⁵⁶ en basit ifadeyle “suçun üzerinde gerçekleştiği insan veya şey(obje)”¹⁵⁷ olarak tanımlanmaktadır. Bu hususta suçun maddi konusunun hukuki konusundan farklı olarak sadece maddi veya fiziki varlıklardan oluşabileceğine¹⁵⁸ dolayısıyla manevi nitelikte olamayacaklarına¹⁵⁹ dair değerlendirmeler vardır. Dolayısıyla tipik suç fiili maddi veya fiziki bir varlığın üzerinde gerçekleşmiyorsa, kural olarak suç neticesiz suç kategorisinde kalıyorsa veya bazı hallerde suç neticeli de olsa hukuki veya sosyal varlıklarla¹⁶⁰ ilgili olarak gerçekleşiyorsa o suçun maddi konusunun olmadığı¹⁶¹ ancak bu durumun suçun mevcudiyetine etki etmediği ve her suçun maddi konusunun bulunması zorunluluğunun olmadığı¹⁶² belirtilmektedir. Ayrıca suçun maddi olarak etkilerini üzerinde gösterdiği varlık da suçun maddi konusu olarak kabul edilebilmektedir.¹⁶³ Ancak doktrinde suçun konusuz olamayacağını düşünen yazarlar¹⁶⁴ da bulunmaktadır. Bunun dışında hümanist doktrin anlayışını benimseyerek suçun maddi konusunun cismen mevcut olma şartına bağlı olmaksızın “insanın idrak edebileceği her şey” olabileceği ve bu sayede ceza hukukunun genişleyebilme imkânı olduğu yönünde benimsenen görüşler de vardır. Hümanist doktrin uyarınca “varlığı sadece insan idrakinde olan mevcutların”, suçun maddi konusunun öznesi olmaması isabetli bir durum

¹⁵⁶ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 108-109. Yazarlar suçun maddi konusuna ilişkin unsurları aynı zamanda “deskriptif unsur” olarak tanımlamaktadır.

¹⁵⁷ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 108; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 226; T. KATOĞLU, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, s. 659; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 198; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 547; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 284 (Yazarlar, hareketin yöneldiği kişi ya da şey şeklinde tanımlamaktadır.); M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 116 (Yazarlar, tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şey olarak ifade etmektedir.); S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 344.

¹⁵⁸ V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 2. Baskı, s. 198; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 547.

¹⁵⁹ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 110. **Aksi görüş için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 104.

¹⁶⁰ Hukuki ve sosyal varlıklara örnek olarak Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Devletin yargı organları gösterilmektedir. **Bu bilgi için bkz.:** N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 109.

¹⁶¹ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 109-110.

¹⁶² **Öztürk ve Erem’in benzer yöndeki görüşleri için bkz.:** C. KOÇ, *a.g.e.*, s. 54.

¹⁶³ Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Ankara, 2010, 3. Baskı, s. 233.

¹⁶⁴ M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 284; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 198.

olmadığı gibi “cisimsiz varlıkların değer hükümlerinin varlığının hukuki gerçekliğinin” de yok sayılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla suçun maddi konusunun “değer hükümleri” olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁵

765 sayılı TCK döneminde m. 146’nın tanımına bakılarak suçun maddi konusunun “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilat-ı Esasiye Kanunu” yani “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası” olduğu belirtilmiştir. Ancak doktrinde bu tanımlamanın dar olduğu ve bu ifadede, sadece Anayasa’nın değil aynı zamanda anayasayla oluşturulan temel düzenin¹⁶⁶ de dâhil edilerek anayasa hukuku kaynaklarını, bireylerin temel haklarının korunmasını ve devletin organlarının faaliyet şartlarını güvence altına alan herhangi bir kanun veya hukuk prensiplerini de kapsayan “anayasa nizamı”nın anlaşılması ve bu hususların da suçun maddi konusunun içinde olması gerektiği belirtilmiştir.^{167,168} Dolayısıyla suçun maddi konusuna ilişkin tartışmalar 765 sayılı TCK döneminde daha yoğun olarak karşımıza çıkmıştır.¹⁶⁹ Bunun yanı sıra aynı hususta, 5237 sayılı TCK döneminde bu karmaşıklığa bir açıklık getirildiği ileri sürülerek m. 309 gerekçesinde “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen*” ve “*Anayasa düzenine egemen olan ilkeler*” şeklinde bir tanımlama¹⁷⁰ yapıldığı dolayısıyla bu düzenleme ile suçun maddi konusunun sadece metin olarak Anayasanın değil¹⁷¹ geniş anlamda Anayasanın öngördüğü düzen (anayasal düzen) ve bu düzenin kabul ettiği ilkeler

¹⁶⁵ F. EREM, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 31.

¹⁶⁶ N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 591.

¹⁶⁷ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 113-116 (Yazar, devletin hayatiyetini ve kuruluş prensiplerini ortaya koyan temel düzen olarak ifade etmektedir.); F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, 1993, s. 1063; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 181; D. SOYASLAN, “*Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması – T.C.K.’nin 146. maddesi*”, Anayasa Yargısı, 1993, s. 65-68; A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 169; V. SAVAŞ/ S. MOLLAMAHMUTOĞLU, “*Türk Ceza Kanununun Yorumu*”, Cilt 2, Ankara, 1995, s. 1497; V. BALTACI, “*Yeni TCK ve CMK’da Terör Suçları ve Yargılaması*”, Ankara, 2007, s. 142.

¹⁶⁸ **Benzer yönde yargı kararları için bkz.:** “Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanunun tamamını veya bir kısmını tağyir veya tebdil veya ilğaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini ıskata veya vazifesini yapmaktan men’e cehren teşebbüs edenleri” cezalandıran 146. Maddesi, anayasal düzeni ve bu düzene hâkim olan ideolojik prensipleri korumak amacını taşımaktadır.” (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 10.03.1983, E. 65, K. 63; Askeri Yargıtay 1. Daire, 27.06.1984, 294/325.)

¹⁶⁹ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 199.

¹⁷⁰ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

¹⁷¹ S. TELLENBACH, “*Devlete Karşı İşlenen Suçlar*”, Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu, İstanbul, 1999, Umut Vakfı Yayınları, s. 644.

(devletin siyasi biçiminin ve kuruluşunun dayandığı ideolojik esaslar) olduğu savunulmaktadır.¹⁷²

Bu noktada suçun maddi konusunda açıkça “maddi” bir gerçeklik arayışının söz konusu olduğunun inkâr edilemez olduğu düşünülmektedir. Bu düşünceden hareketle suçu oluşturan tipik fiilin insan veya şey üzerinde gerçekleşmesi gerektiği yönünde bir anlayış benimsenmesi, “insan veya şey” tanımının “insan idrakiyle algılanabilecek her şey” kadar çok geniş sınırlara ulaşmaksızın yine de yorumla esnetilmesi gerektiği ancak her suçun da maddi konusu olması zorunluluğunun olmadığı şeklinde sentez bir kanaate varılmaktadır. Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun maddi konusunun TCK m. 309’da belirtildiği üzere salt “Anayasa” olarak değil ancak mevcut kurucu iktidarın uygulamak durumunda olduğu düzen olan “Anayasada öngörülen düzen” olduğu ve bu tanımın doğası gereği zaten “anayasal düzen”in içinde tanımlanan ilkeleri de kapsadığı düşünülmektedir. Bu nedenle “Anayasal düzen ve bu düzenin benimsediği kurallar ve ilkeler”i anayasayı ihlal suçunun maddi konusu olarak kabul etmek daha uygundur.

2.1.1.1.1. Anayasal Düzen (Anayasanın öngördüğü düzen)

Anayasayı ihlal suçunun maddi konusunun “Anayasal düzen ve bu düzenin benimsediği kurallar ve ilkeler” olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde yukarıda belirtilen görüşün neticesinde bahsedilen “anayasal düzen” kavramının ne anlama geldiğine ve hangi ilkeleri ve kuralları kapsadığına değinilmesi, suçun ne üzerinde gerçekleştiğinin daha somut kavranabilmesi adına gereklidir. Ayrıca “Anayasal düzen” veya TCK m. 309’da geçtiği şekli ile “anayasanın öngördüğü düzen” kavramının kapsamı belirlemek, bu suçun maddi unsurlarından fiil kavramını da açıklığa kavuşturmak için önemlidir.¹⁷³ Zira ilgili maddede kullanılan “anayasal düzen” kavramı bilinçli yapılan bir tercih olup suçun

¹⁷² İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 275; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 106; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 199.

¹⁷³ E. AYĞÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1698.

üzerinde gerçekleştiği olgunun “anayasa” kavramından daha geniş olduğunu ifade etmektedir. “Anayasal düzen” kavramını açıklayabilmek için öncelikle “Anayasa” kavramı ile ne anlaşılması gerektiğine de değinilmelidir. Anayasa, devletin temel düzenini ve anayasal yapının temel normlarını ifade etmektedir. Bir başka deyişle “devlet” tüzel kişiliğinin hukuki olarak var olabilmesi adına sahip olması gereken bir statü¹⁷⁴, Frenklerin “Constitution” kavramının karşılığına denk gelen temel kuruluş¹⁷⁵, mevcut siyasi düzenin üzerinde somutlaştığı metin¹⁷⁶, “modern toplumlarda iktidarın temelini oluşturan akla dayalı hukuki meşruiyetin somutlaştığı metin”¹⁷⁷ veya “zor koşullar altında değiştirilebilen en yüksek dereceli hukuk kuralları sistemi”¹⁷⁸ olarak da tanımlanabilmektedir. “Anayasa” kavramının tanımının “anayasal düzen” kavramının içeriğini belirlerken önemli bir yere sahip olduğu düşünüldüğünde dar bir anayasa tanımındansa geniş bir tanımın tercih edilmesi daha uygun görünmektedir. Bu nedenle “anayasa” tanımından yazılı anayasanın yanında anayasada tek tek belirlenmiş olsa da olmasa da kamu hukukunun temel prensiplerinin ve bunların kaynağı olan örfi hukukun anlaşılması yönündeki görüşe¹⁷⁹ müteakiben “anayasanın öngördüğü düzen” kavramından da maddi anlamda anayasanın¹⁸⁰ yani anayasal konulara ilişkin bizzat anayasa koyucu tarafından konan veya konmayan¹⁸¹ kuralların anlaşılabilceğini düşünen yazarlar vardır.¹⁸² Elbette ki maddi anlamda anayasanın bu yöndeki kabulünün; kapsamına anayasa koyucu tarafından

¹⁷⁴ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, 2014, s. 159.

¹⁷⁵ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 159.

¹⁷⁶ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1698.

¹⁷⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 16.

¹⁷⁸ Z. GÖREN, *a.g.e.*, s. 25.

¹⁷⁹ D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 68.

¹⁸⁰ “Maddi anlamda anayasa, belli bir devletin siyasi yapısı, iktidarın kullanışı, yetkileri ve birey hürriyetleri ile ilgili kuralların bütünüdür. Devletin yapısı, onun hükümet şekli, devlet organlarının yetkileri, birey ve hürriyetleri ile ilgili konular, dolaylı da olsa siyasi partilerin hukuki rejimini düzenleyen kurallar da maddi anlamda anayasanın içeriğini oluşturur.” **Bu bilgi için bkz.:** E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 172.

¹⁸¹ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 172.

¹⁸² N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 111-112. **Bu yönde aksi görüş için bkz.:** “Anayasa ile, modern anlamda bir anayasayı, resmi hukuki hiyerarşide en üst seviyesinde belirlenebilir tanımlı kurallar içeren bir metin veya metinler kümesinin ifade edildiği bu nedenle, işleyen bir hukuki-politik sistemin altında yatan kuralların, uygulamaların ve değerlerin oluşturduğu "maddi anayasa"nın hariç tutulduğu...” R. KAY, “*Constituent Authority*”, *The American Journal of Comparative Law*, 59 (3), Oxford University Press, 2011, s. 715.

konmayan anayasal konulara dair kuralların da dahil olmasının, tanımın belirsizliğini ve takdire bağlı olarak farklı şekillerde genişletilebileceğini gözler önüne serdiği için oldukça tereddütlü bir yaklaşım olduğu öngörülmektedir.¹⁸³ Şekli anlamda anayasa¹⁸⁴ ele alındığında ise anayasanın yazılı olması ve yalnızca anayasa yapmak veya değiştirmek için gerekli olan usullere uyularak yapılan işlemler gündeme gelmektedir. Bu tanımın “anayasal düzen” anlamında kabulü halinde ise “maddi anlamda anayasa” tanımına göre daha açık ve belirli olmasına rağmen “Anayasa” başlığı altında yer almayan ancak anayasal düzene ilişkin olan kuralların “anayasal düzen”in kapsamı dışına itilmesi söz konusu olacaktır.¹⁸⁵ Bu nedenle her iki tanımlamanın da mevcut sakıncaları göz önünde bulundurulduğunda “anayasal düzen” kavramından şekli anlamda anayasa kavramından nispeten daha geniş ancak maddi anlamda anayasa kavramının öngördüğü kadar belirsiz ve sınırsız olmayan bir kurallar ve ilkeler bütünü anlaşılması kavramın amacına daha iyi hizmet edecektir. Bundan ötürü anayasal düzene ilişkin bir çerçeve çizmek gerektiğinden, korunmak istenen devletin temel ilkelerini belirleyen değiştirilemeyen bazı anayasal hükümlerin, bu anlamda bir sınır olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

Anayasalar, niteliği gereği varsa “Grundnorm (temel norm)”¹⁸⁶dan sonra normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alsın da değiştirilemez metinler

¹⁸³ Ancak yazar bu tereddüdün suçun maddi konusunun daraltılarak çözülemeyeceğini; korunan hukuki menfaat ile suçun hareket unsuru dikkate alındığında suç ile anayasal düzenin gayrimeşru kalkışmalara karşı korunduğu düşünüldüğünde failin fiili anayasayı ihlâl maksadıyla işlememesi halinde işlenen fiilin cebri nitelik taşımadıkça suçun konusuna yönelse bile suç teşkil etmeyeceğini değerlendirmektedir. **Bu bilgi için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 112.

¹⁸⁴ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 172 ve N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 112.

¹⁸⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 112.

¹⁸⁶ Hans Kelsen’in normlar hiyerarşisini açıklarken kullandığı hukuk kurallarının en üstünde genel ve hipotetik yönde bir kural olduğu şeklindeki kabulü doktrinde “grundnorm” veya “temel norm” olarak adlandırılmaktadır. Grundnorm, bir hukuk kuralı olmayıp ancak ona tabi olan normların yürürlükte olma nedeni olduğu varsayımı nedeniyle hukuk ötesi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca her temel normun içeriği, ne olduğu; ait oldukları sistemlere göre farklılık göstermektedir.

Bu bilgi için bkz.: E. TEZİÇ, *a.g.e.*, s. 94; M. TURHAN, “*Hans Kelsen’e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018 (3), s. 205; J. RAZ/ Ş. ŞAHİN CEYLAN, “*Kelsen’in Temel Norm Kuramı*”, AÜHFD, 2013 (62), s. 1175

değillerdır.¹⁸⁷ Bulundukları toplumları izleyerek, geçerliliklerini aldıkları temel norma dokunulmadan, kendilerinin koyduğu usul ve esaslara uyularak anayasada değişiklikler yapılabilir.¹⁸⁸ Özellikle toplumların zamanla değişen gereksinimlerine cevap vermek adına o toplumun dinamik yapısı gereği¹⁸⁹ belirtilen hukuki sınırları içinde anayasanın değiştirilmesinin ihtiyaç dâhilinde olduğu kabul edilmelidir. Siyasi açıdan da bakıldığında anayasa; devlet teşkilatının, birey haklarının belli bir dönemde mevcut olan ancak zaman içinde değişebilen siyasi ve sosyal verilere bağlı olarak düzenlendiği görülmektedir ve bunun “katiyen değişmez kurallara bağlanması, bir milletin kendi anayasasını değiştirmesini yasaklaması o milletin kendi egemenliğinden vazgeçmesi”¹⁹⁰ anlamına gelmektedir. Ancak anayasa yapıcılarının son dönemlerde artan bir frekansla¹⁹¹ “resmi değiştirilemezlik” (*formal unamendability*) prensibi ile hareket ederek anayasalara, anayasal değişikliğe karşı bağımsızlık kazandıracak nitelikte değişiklik için zorlu çoğunluk gerektiren “değişmezlik hükmü”¹⁹² getirdikleri belirtilmektedir.¹⁹³ Bunun nedeni ise anayasaların sonsuza kadar ayakta kalarak devlete ve vatandaşlara sonsuz bir sınırlama getirmesinin amaçlanması olarak görülmektedir.

Bir anayasanın tamamıyla değiştirilmesi¹⁹⁴ mevcut anayasanın ortadan kaldırılarak yeni baştan bir anayasa yapılması anlamına gelmemektedir.

¹⁸⁷ **Bkz.:** O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8803; N. TOROSLU, “*Ceza Hukuku Özel Kısım*”, Ankara, 2018, 9. Bası, s. 341. (TCK m. 309 ile de anayasal düzenin değiştirilmesi değil *cebir ve şiddet kullanılarak* değiştirilmesi yasaklanmaktadır.)

¹⁸⁸ Z. HAFIZOĞULLARI, “*Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s. 490.

¹⁸⁹ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1698.

¹⁹⁰ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 200.

¹⁹¹ Değiştirilmezlik hükümlerinin anayasalarda yer alma oranının %20’den (1789-1944) %50’nin üzerine (1989-) çıktığı kaydedilmektedir. (R. ALBERT/ B. E. ODER, “*The Forms of Unamendability*”, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice (An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies)* edit.: Richard ALBERT and Bertil Emrah ODER, 2018 (68), s. 3.)

¹⁹² Bazı yazarlar buna “sonsuzluk hükmü” (*eternity clause*) da demektir. (R. ALBERT/ B. E. ODER, *a.g.e.*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice (An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies)*, s. 3.)

¹⁹³ R. ALBERT/ B. E. ODER, *a.g.e.*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice (An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies)*, s. 2-3.

¹⁹⁴ Bir anayasanın tamamıyla değiştirilip değiştirilememesi o anayasanın sert veya yumuşak bir anayasa olup olmadığıyla bağlantılıdır. Sert anayasalar, hükümlerinin değiştirilmesini daha güçleştirici birtakım kurallara bağlayan ve hatta bazı hükümlerinin değiştirilmesini mümkün

Değiştirilen anayasa yine aynı anayasadır ancak ortadan kaldırılan anayasa¹⁹⁵ hukuken varlığını yitirmiş bir anayasadır ve kurmuş olduğu anayasal düzenle birlikte mevcut değildir.¹⁹⁶ Dolayısıyla anayasanın değiştirilmesi halinde de değişiklik, yürürlükte kalan mevcut anayasa üzerinde yer alacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da değiştirilebilir¹⁹⁷ bir anayasadır ancak bazı hükümlerinin değiştirilememesi¹⁹⁸ hatta değiştirilmesinin teklif dahi edilememesi¹⁹⁹ söz konusu olduğundan nispeten sert anayasa kategorisi içinde yer almaktadır. T.C. Anayasası 4. maddesi uyarınca devletin şekli cumhuriyeti, başlangıç metnindeki temel ilkeleri de içeren cumhuriyetin nitelikleri ve devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı, başkenti Anayasanın çekirdek varlığı (özgün Anayasa)²⁰⁰ “Değiştirilemeyecek Hükümler” başlığı altında anayasayı değiştirme yetkisine sahip kurum olan parlamentodan²⁰¹ dahi herhangi bir müdahale gelmesine karşı koruma altına alınmıştır. Sağlanan bu “sonsuzluk güvencesi” ile belirli önemli temel ilkelerin olası anayasa değişikliklerinin dışında tutulmasıyla bir bakıma anayasal değişikliklerin sınırları²⁰² olarak benimsenmesi amaçlanmıştır. Ancak sonsuzluk güvencesi çerçevesinde bu ilkelerin sadece lâfzî olarak değil içerik olarak da değişmezlik yasağına tabi olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu kuralların, “metin olarak lafızlarının değiştirilmeden bırakılması ama Anayasanın başka yerlerinde anlamlarının değiştirilmesi ve bu kurallarla bağdaştırılması mümkün olmayan başka kurallar yaratılması halinde” de değişmezlik yasağının çiğnenmiş olacağı göz önünde tutulmalıdır.²⁰³

kılmayan anayasalar olarak değerlendirilmektedir. **Bu bilgi için bkz.:** B. H. ACAR, “*Kurucu İktidarı Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma)*”, Ankara, 2014, s. 225 ve E. ÖZBUDUN, “*Türk Anayasa Hukuku*”, Ankara, 15. Baskı, 2014, s. 168.

¹⁹⁵ Örneğin 1960 ve 1980 ihtilalleri sonucu 1924 ve 1961 anayasaları ortadan kaldırılmıştır.

¹⁹⁶ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 225.

¹⁹⁷ **Bkz.:** 2709 s. T.C. Anayasası m. 175.

¹⁹⁸ **Bkz.:** 2709 s. T.C. Anayasası m. 1, 2, 3, 4.

¹⁹⁹ **Bkz.:** 2709 s. T.C. Anayasası m. 4.

²⁰⁰ Z. GÖREN, “*Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 8(16), 2009, s. 10.

²⁰¹ K. STERN, “*Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar*”, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara, 2001, s. 50.

²⁰² Z. GÖREN, *a.g.e.*, İTÜSBD, s. 4.

²⁰³ Z. GÖREN, *a.g.e.*, İTÜSBD, s. 4-5.

Yukarıda belirtilenlerden de anlaşılacağı gibi anayasanın ilk üç maddesinde benimsenen bu önemli temel ilkeler; suçun maddi konusunu oluşturan “anayasal düzenin ve bu düzenin benimsediği kuralları ve ilkeleri” meydana getirmektedir. Bu noktada şunu söylemek gerekir ki bazı yazarlar “anayasal kanunlar” olarak nitelendirdikleri Anayasa m. 2 ve m. 90 gereği insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanunları ve m. 174 gereği İnkılap Kanunlarını da anayasal düzenin kapsamına dahil etmektedir.²⁰⁴ Ancak böyle geniş, kapsamı ve sınırı belirsiz bir kavram olan “anayasal kanunlar”ın kapsama dahil edilmesi anayasayı ihlal suçunun maddi konusunu oluşturan anayasal düzenin sınırlarını çizip içeriğini belirlerken kapsama girmeyen kanunların dahi kapsama sokulmasına kapı aralayabilecek şekilde yorumlama imkanını oldukça genişletecektir ve bu nedenle anayasal düzen kapsamına dahil edilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Anayasanın 1. maddesinde ilk vurgulanan ilkenin hükümet şeklinin cumhuriyet olması; Anayasanın 2. maddesinde belirtilen “...toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti...” olma niteliğinin²⁰⁵ TCK m. 309 gerekçesinde²⁰⁶ de ifade edildiği üzere Anayasanın başlangıç hükümlerinde yer alan “Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi²⁰⁷ ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukukun dışına çıkmayacağı; hiçbir faaliyetten Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının,

²⁰⁴ E. AYĞÜN EŞİTLİ, a.g.e., AÜHFD, s. 1714.

²⁰⁵ Bu hükümde sayılan ilkelerin T.C. Anayasasının **grundnormunu** oluşturduğu yönünde görüşler vardır. **Bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI, “Anayasanın 4. maddesinin Değiştirilemezliği, 1., 2., 3. maddelerinin Anlamı, Kapsamı ve Sınırları Meselesi”, TBB Dergisi, 2001/2, s. 473.

²⁰⁶ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 179.

²⁰⁷ “Demokrasi sadece bir çoğunluğun idaresi demek değildir. Fakat insan hak ve hürriyetlerine, insan haysiyetine ve şerefine en fazla saygıyı göstermek ve onlara değer veren kaideleri gerçekleştirmektir. Nerede olursa olsun, bir iktidar partisi çoğunluğu teşrii iktidar tekeli kurarsa orada demokrasi bir hayal olur. Demokrasi zedelenerek Türk inkılabının eserleri devam ettirilemez.” (Yüksek Adalet Divanı Kararları, TBMM Kütüphanesi, s. 103.)

Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği²⁰⁸, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik²⁰⁹ ilkelerinin gereği olarak kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” düzenlemesine yaptığı gönderme ve Anayasanın 3. maddesinde devletin bütünlüğünün, resmi dilinin, bayrağının, milli marşının ve başkentinin²¹⁰ yer alması ile anayasal düzenin çerçevesinin çizilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Ancak burada şu hususu belirtmek gerekir ki Anayasa m. 2’de başlangıç hükümlerine yapılan atfın neticesi olarak başlangıç hükümlerinin de m. 4’ün değiştirilme yasağı kapsamında olup olmadığının belirsizliği söz konusudur. Ne var ki başlangıç hükümlerinin de iki kere değişikliğe²¹¹ uğradığı göz önünde bulundurulduğunda başlangıç hükümlerine yapılan gönderme ile anayasal düzen kapsamına alınan ve dolayısıyla koruma güvencesine sahip olan kısmın sadece başlangıç hükümlerinde bahsedilen temel ilkeler olduğu düşünülse de bu denli belirsiz bir içeriğin ve çerçevenin değiştirilemezlik kapsamına alınmasının sıkıntılı ve tartışmalı olabileceği endişesi taşınmaktadır. Nitekim bu konuda “bu kavramların her birinin taşıdığı anlamın genişliği dikkate alındığında başlangıçtaki temel ilkeleri değiştirmeyi

²⁰⁸ “Atatürk milliyetçiliğinin politik bir ideoloji tercihi değil, anayasal düzenin ya da devletin varlığını sürdürebilmesine hizmet eden destekleyici bir anlayışın, manevi ortak bir değer ifadesi olarak anlaşılması gerektiğine” dair görüş için bkz.: Ü. GÜVEYİ, “Ulus Devlet ile Vatandaşlık İlişkisi Paradoksu ve Anayasal Düzlemdeki Negatif Etkileri”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019/2, s. 159.

²⁰⁹ Cumhuriyetçilik ve laiklik kavramının anayasal düzene ilişkin ilkelerden biri olduğuna dair **Yargıtay kararları için bkz.:** “... TCK’nun 146. maddesinin 1. fıkrası kapsamında bulunduğu kabul edilen olayın başlangıcındaki, yasa dışı toplantı ve gösteriye bölümler halinde katılarak, Devlet şeklinin **Cumhuriyet** olduğuna, Cumhuriyetin niteliklerine ve bu hükümlerin değiştirilemeyeceğine, değiştirilmesinin dahi teklif edilemeyeceğine ilişkin **Anayasa’nın 1, 2 ve 4. maddelerine** aykırı sloganlar atmak...dağılmayarak bu eylemlerini sürdürmek...kişileri taşlamak şeklindeki eylemleri...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7.7.1998, 9-187/272)

“TCK’nun 146. maddesindeki suçun konusu, **devletin siyasi biçiminin ve kuruluşunun dayandığı temel ideolojik esaslar ve ilkeler olduğuna göre**, bunların içine Anayasanın 1. maddesindeki Devlet ve Hükümet şekline ilişkin “**Cumhuriyet**” biçimindeki belirleme ile 2. maddesindeki “**Laiklik**” ilkelerinin girdiğinde kuşku yoktur.” (Yargıtay 9. CD, E. 1996/688, K. 1996/4716, T. 30.09.1996).

²¹⁰ Burada Anayasanın 3. maddesinde belirtilen “başkent”in değişmezliği ile ilgili kısım için “Ülkenin başkentinin taşınması, anayasal düzene yönelik eylemlerin sembolik bir tamamlayıcısı olabilir. Ancak, yalnızca başkentin taşınmasına bakılarak, anayasal düzenin değiştirildiğinin ileri sürülmesi güçtür.” yönündeki farklı bir görüşün varlığına da bir parantez açılması uygun görülmüştür. **Bu görüş için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 116.

²¹¹ 4121 s. 23.7.1995 T. Kanun (R.G. 26.7.1995/22355); 4709 s. 3.1.2001 T. Kanun (R.G. 17.10.2001/24556). **Bu bilgi için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 55.

yasaklamakla başlangıç metninin tümünün değiştirilmesini yasaklamak arasında pek de bir fark kalmayacağı”²¹² da kaydedilmektedir. Başkaca tartışılan bir husus ise anayasanın ilk üç maddesini yasaklamayı öngören Anayasa m. 4’ün kendisinin de değiştirilemezlik yasağı kapsamında olup olmadığıdır. Doktrinde bir görüş, “değiştirme yasağı getiren m. 4 üzerinde bir yasak olmadığından onu değiştirebilmeyi pozitif hukuk karşısında mümkün”²¹³ görmektedir. Bir diğer görüş ise değiştirme yasağı getiren m. 4’ün de, niteliği ve amaçladığı korumaya dayanak sağlamak için değiştirilemez olması gerektiğini ileri sürmektedir.²¹⁴ Nitekim ikinci görüşün kabul edilmesi, anayasal düzenin korunması amacına hizmet edilebilmesi amacıyla daha uygun gözükmektedir.

Bu bağlamda devletin hükümet şeklinin cumhuriyet olarak tanımlanması, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olması, demokratik, laik, sosyal, medeni bir hukuk devleti²¹⁵ karakteri, insan haklarına saygılı²¹⁶ bir politika

²¹² E. ONAR, “1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu”, Ankara, 1993, s. 16.

²¹³ E. ONAR, *a.g.e.*, s. 20; B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 129; E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 205.

²¹⁴ Z. GÖREN, *a.g.e.*, İTÜSBD, s. 6-7; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, TBBD, s. 455.

Bu yönde **AYM kararı için bkz.:** “Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa’nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa’nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.” **AYM İptal Davası**, 05.06.2008, E. 2008/16, K. 2008/116. (Anayasama Mahkemesi Kararlar Dergisi (2008), S. 45, C. 2, s. 1233)

²¹⁵ “**Hukuk devleti**; insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan devlettir.” (**AYM**, 11.10.1963, s. 124-243) (**Yargıtay 16. CD**, 25.03.2019, E. 2018/7265, K. 2019/2013.)

²¹⁶ Bu bağlamda *Erem*, örneğin **işkence yasağını ihlal etmeyi anayasayı ihlal sonucunun bir türü olarak** görmektedir. Anayasanın “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz.” (m. 17) diye emrettiği hükme göre münferit olayları aşan “sistemli işkence”nin 765 s. TCK m. 146. maddeye yaklaşmış olduğunu kaydetmektedir. Buna dayanak olarak Türkiye Cumhuriyeti devletinin demokrasi, hukuk devleti, sosyal devleti anlayışını olarak benimseyen bir devlet olarak işkenceyi bir diktatörlük (totaliter devlet) yönetimi gibi meşru sayamayacak olmasını göstermiştir. Bazı rejimlerin “devlet hakları” ile “insan hakları” arasında, birinci kategorinin tercihi yolunda bir anlayışa dayanmasının yanı sıra “hukuk devleti” kavramının bu hakları bağdaştırdığını ve bunun için de “anayasal rejimi” getirebildiğini ifade etmiştir. (F. EREM, “*İşkence*”, TBBD, 1988, s. 197-198.)

benimsenmesi²¹⁷, devletin ülkesinin milli menfaatler çerçevesinde bütünlüğünün korunması “anayasal düzenin ve bu düzenin kendi çerçevesinde barındırdığı ilkelerin” bütününe nüfuz eden kuralları oluşturmaktadır. Ayrıca ilk üç maddede lâfzen tanımlanmamış olsa da bu maddelerdeki ilkelerin tam anlamıyla benimsenebilmesi ve uygulanabilmesi adına yardımcı olan başka anayasa hükümlerinin²¹⁸ de anayasal düzenin ve bu düzenin kendi çerçevesinde barındırdığı ilkelerin bütününe destekler nitelikte olduğunu dolayısıyla kapsam içinde sayılması gerektiğini unutmamak gerekmektedir. Anayasal düzen kapsamına anayasal organlar olan cumhurbaşkanının ve Anayasa Mahkemesinin de alınması yönünde görüşler mevcuttur.²¹⁹ Ancak bu noktada belirtilmelidir ki TCK m. 309’da tanımlanan anayasayı ihlal suçu, kanunda “*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*” başlığı altında cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçu, yasama organına karşı suç, hükümete karşı suç gibi birçok farklı suçla birlikte düzenlenmiştir. Bu nedenle her ne kadar cumhurbaşkanının anayasal düzene dahil olan organ olarak ele alınarak bu organın görevlerini yapmasını kısmen ya da tamamen engelleyici cebri hareketlerin gerçekleşmesi halinde anayasayı ihlal suçunun vuku bulacağı belirtilen bir görüş olsa da bu görüşe katılmak şu yönüyle kısmen mümkün değildir: Öncelikle fiili saldırı veya suikast, cumhurbaşkanının yaralanmasına veya yaşamını yitirmesine yol açarak görevini ifasını engelleyici bir cebri hareket olarak ve suçta korunan hukuki menfaat ise

²¹⁷ Burada Anayasanın “herhangi bir nitelikten bağımsız "salt devlet"i değil de "insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti"ni esas almasının sonucu olarak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, **Anayasada sayılan niteliklerden bağımsız bir devlet olarak değil, onlarla birlikte varlık ve meşruiyet kazanan bir devlet** olarak ele alınıp değerlendirilmesi” gerektiği vurgulanmaktadır. (T. YALÇIN SANCAR, “*Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı*”, AÜHFD, 2003 (52), s. 95.)

²¹⁸ Örneğin; demokratik ülke olmak prensibini destekleyen seçim kurallarına ilişkin **AY m. 67**; hukuk devleti olmak prensibinin şartlarından biri olarak yargı bağımsızlığına ilişkin **AY m. 138**; (N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 114) egemenlik yetkisinin kayıtsız şartsız millete ait olmasına ilişkin ayrıca **AY m. 6**; insan haklarına saygılı olma politikasını bütünleyen ve mevcut kurulmuş iktidarı bağlayan temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasına ilişkin **AY m. 14** (E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1700).

²¹⁹ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1701; O. YAŞAR, H. T. GÖKCAN ve M. ARTUÇ, “*Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*”, C. 6, Ankara, 2. Baskı, 2014, s. 8802 (Yazarlar, TCK m. 309 ile anayasada yer alan devlete ait tüm hukuksal kurumların bir bütün olarak korunduğunu belirtmektedir.).

anayasal bir organ olan²²⁰ Cumhurbaşkanlığının anayasada belirtilen hukuksal varlığı²²¹ ve dolayısıyla Anayasal düzenin korunması olarak cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçunda zaten öngörülmüştür. Diğer bir neden ise TBMM ve T.C. hükümeti de egemenliğin kayıtsız şartsız ait olduğu milleti temsil ettiği ve seçilerek egemenlik yetkisini kullandığı için anayasal düzene dahil edilmesi gereken anayasal organlardan olmalarına rağmen bu görüş içinde yer almaması çünkü bu organlara yönelik cebri hareketin ayrıca “yasama organına karşı suç” ve “hükümete karşı suç” suç başlıkları altında düzenlenmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi’nin bir anayasal organ olarak anayasanın öngördüğü düzenin kapsamına dâhil edilmesinde ise; mahkemenin, görevleri düşünüldüğünde kritik pozisyonda yer aldığı görülmektedir.²²² Anayasa normlarını uygulayan, anayasaya uygunluğu kontrol eden ve denetleyen bir kurum olarak görev yapan²²³ Anayasa Mahkemesi’nin; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayan kesin kararlarının²²⁴ ve de anayasal düzenin temellerine ilişkin olarak kabul etmiş olduğu prensiplerinin²²⁵ bu anlamda anayasal düzenin korunması ve sürdürülebilmesi için önemli olduğu açıktır. Dolayısıyla anayasal düzenin kapsamına dâhil edilmesi²²⁶ gerekmektedir.

²²⁰ E. ZENGİN, “Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019, s. 57.

²²¹ O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8802.

²²² N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 122.

²²³ **Bkz.:** AY m. 148.

²²⁴ **Bkz.:** AY m. 153.

²²⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 123.

²²⁶ Benzer yönde **AYM kararı için bkz.:** “Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. Hukuk devleti bir retorikten ibaret değildir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin fiilen geçerli olmadığı; kamu gücünü kullanan organların, mahkemelerin ve bireylerin hukuka uygun davranmadıkları bir ülkede hukuk devletinin varlığından söz edilemez. Anayasamızda hukukun üstünlüğü ilkesinin güvencesi olan kurallardan biri de Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı olduğu yönündeki Anayasa’nın 153. maddesidir. Anayasa’nın 153. maddesinin ...yerine getirilmemesi hukukun üstünlüğü ilkesinin ve bu ilkenin temel alındığı anayasal düzenin ağır bir biçimde ihlali anlamına gelmektedir... Temel hakların güvence altına alındığı böyle bir hayata dair ümit ancak hukukun üstünlüğü ilkesinin hâkim olduğu anayasal düzenin korunması ile mümkündür.” (AYM Kadri Enis Berberoğlu başvurusu (3) [Genel Kurul], Başvuru No.: 2020/32949, 21.01.2021, §141-143.)

2.1.1.2. Suçun Hukuki Konusu (Korunan Hukuki Değer/Menfaat)

Her suçun, hukuki bir değer veya menfaatin ihlali şeklinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir.²²⁷ Bir suçun hukuki konusu, “yasa/hukuk ile korunan hak ve çıkar”²²⁸, “suçu öngören norm tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat”²²⁹, “işlenen fiille ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat”²³⁰, “suç ile ihlal edilen veya tehlikeye düşürülen kanunun koyduğu yarar”²³¹, “ceza normunun bir ceza tehdidiyle muhtemel saldırılara karşı koruduğu hukuki değer veya menfaat”²³² veya “kanun koyucuyu tipi düzenlemeye iten soyut menfaat”²³³ olarak ifade edilmektedir. Ayrıca “hukuki konu”nun suç türünün değişmesine bağlı olarak değişen ve korunması amaçlanıp ancak suçla ihlal edilen/zarar verilen “değer”²³⁴, “hukuki çıkar”²³⁵, “hukuki menfaat”²³⁶ veya bazı eserlerde de “suçun kanuni unsuru”²³⁷ olarak da nitelendirildiğinden bahsetmek gerekmektedir. Bazı akımlar ise hukuki konunun “hukuk kuralının amacı” yerine ikame edilebilir olduğunu düşünmektedir.²³⁸ Hümanist doktrin temelinde de suçun hukuki konusu “sübjektif insanlık hakkından faydalanma menfaatinin ihlali”²³⁹

²²⁷ Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 225.

²²⁸ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 226; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Ankara, 2012, 4. Baskı, s. 242.

²²⁹ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 344; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 107.

²³⁰ M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 285.

²³¹ T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 546.

²³² Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 225; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1694.

²³³ V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 2. Baskı, s. 198.

²³⁴ İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 199; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 117 (Yazarlar bu noktada hukuki değer gerçekte manada zarara uğramadığını ancak ihlal edildiğini savunmaktadır.); D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 244 (Yazar, bazı hukukçuların değer ile menfaat kavramlarının aslında aynı anlama geldiği kanaatine katılmamakla birlikte menfaatin, bir ihtiyacı tatmin etmekten kaynaklandığını ve bu nedenle süjenin değere olan ilgi ve eğilimini yansıttığını, değer ise menfaatin konusunu oluşturduğunu, suçun özünü oluşturarak özde ceza normunun korumak istediği şey olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle “değer” kavramını kullanmaktadır.).

²³⁵ N. TOROSLU, “*Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler*”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku karşısında TCK.nun 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayını, 1977, s. 115.

²³⁶ Y. ÖNTAN, “*İntihara Yönlendirme Suçları*”, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan (Cilt II), 2015, s.848.

²³⁷ F. EREM, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 12-13.

²³⁸ F. EREM, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 32.

²³⁹ F. EREM, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 31.

kavramı ile karşılık bulmaktadır. Ayrıca suçun hukuki konusuna dair başka bir husus ise bu kavramın aynı zamanda “cezaî korumanın konusu” olarak da anlaşılabilceği yönünde doktrinde genel bir yaklaşım olmasıdır.^{240,241}

765 sayılı TCK döneminde bu suçta tekabül eden m. 146 üzerine yapılan değerlendirmelerde doktrindeki çeşitli yazarlar korunan hukuki değeri yani suçun hukuki konusunu belirlerken farklı tanımlarla hareket etmiştir. Örneğin, 765 sayılı TCK m. 146’da düzenlenen anayasayı ihlal suçunun hukuki konusunun “*bir bütün olarak siyasal yapı*”²⁴² ve *devletin siyasal iktidar düzeni*”²⁴³, “*devletin şekil unsuru ve Anayasa*”²⁴⁴, “*T.C. Anayasası, ülkesi içindeki şahsiyeti, devletin temel nizamı*”²⁴⁵, “*devletin hali hazır temel siyasi düzeninin ve biçimsel kurucu unsurunun güven altına alınmasına ilişkin menfaat*”²⁴⁶, “*devlet kuvvetlerinin*”²⁴⁷ emniyetine ilişkin menfaat ve *devletin şekil unsuru*”²⁴⁸ ve “*devletin demokratik Anayasa nizamı*”²⁴⁹ olduğu yönünde değerlendirmeler mevcut idi. O dönem

²⁴⁰ N. TOROSLU, “*Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*”, Doçentlik Tezi, Ankara, 2019, s. 160; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 226.

²⁴¹ Oysaki bu iki kavram her zaman örtüşmemekte ve cezaî korumanın (himayenin) konusu olan devlete ilişkin veya toplumsal genel menfaat ile ayrı ayrı bireylere ait olup da suçun hukuki konusunu oluşturan varlık ya da menfaatler arasında fark olduğu vurgulanmaktadır. Cezaî korumanın konusu, suç işlenmesine karşı toplumun korunmasındaki devlete ait genel menfaattir. Devlete ait genel menfaat ise tek bir menfaat olarak değil, bireysel ve bağımsız korunan ayrı varlıkların veya menfaatlerin birleşimi olarak değerlendirilmektedir. Suçun hukuki konusu ise, devletin koyduğu emir ve yasaklar ile koruma altına aldığı varlık ya da menfaatleri içerir. Burada korunan menfaat; devletin, kanunda belirttiği emir ya da yasaklara uyulmasında sağladığı genel menfaati olmadığı için devlete ait söz konusu genel menfaatin gerçek anlamda hukuki konu oluşturmadığı dolayısıyla cezaî korumanın konusu ile suçun hukuki konusu arasında bir fark olduğu dile getirilmektedir. Ancak her suçun mağdurunun mutlaka devlet olduğunu ifade eden görüşe göre suçun hukuki konusu ile cezaî korumanın konusu devlete ait genel menfaat olgusunda kesiştiğinden aralarında bir fark bulunmamaktadır. Öte yandan hem suçun hukuki konusu olup hem de cezaî korumanın konusu olmanın terimsel olarak suçun hukuki konusu ile cezaî korumanın konusunun aynı olmasını gerektirmediği görüşüne iştirak edilerek cezaî koruma konusunun muhakkak suçun hukuki konusu ile aynı olmasının gerekmemesinin inkârı mümkün değildir. (T. KATOĞLU, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 674-675; N. TOROSLU, *a.g.e.*, Doçentlik Tezi, s. 160 & 165; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 547.)

²⁴² N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 102.

²⁴³ Ç. ÖZEK, “*Anayasayı İhlal Suçunda ‘Hazırlık Hareketleri – İcra Hareketi’*”, Yargıtay Dergisi, 1990, s. 103.

²⁴⁴ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 102.

²⁴⁵ D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 68.

²⁴⁶ N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 591.

²⁴⁷ Devlet kuvvetleri ile kastedilen yasama (teşrii) ve yürütme (icrai) güçleridir. (H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 171.)

²⁴⁸ F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükmeler*”, C. 2, s. 1061.

²⁴⁹ H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 174; A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 169 (Yazar, anayasa nizamının; devletin kuruluşunu, egemenlik yetkilerinin (yasama, yürütme, yargı)

verilen Yargıtay kararlarında korunan hukuki varlığın m. 146 tanımındaki “Anayasa” ibaresinden daha geniş olarak “devletin siyasi iktidar düzeni”ni²⁵⁰ içine alan devletin temel ideolojik yapısı, temel insan hakları, hükümet düzeni gibi değerlere²⁵¹ ve “devletin iktidarının hukukî biçimlenmesi sonucu oluşan siyasi statülerin, devletin temel kuruluş prensiplerinin dâhil olduğu devletin en yüksek düzeninin temel kuruluşunu oluşturan ve Anayasal düzeni meydana getiren normlar”a²⁵² ilişkin olduğu da belirtilmiştir.

Yeni TCK düzenlemesinde m. 309 gerekçesi uyarınca korunan hukuki menfaat “Anayasa düzenine egemen olan ilkeler”^{253,254} olarak belirtilmiştir. “Anayasal düzen” ise siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken kurallar bütünü olarak tanımlanmıştır. Bu bütüne dâhil edilmesi gereken ilkeleri tanımlarken de Anayasa’nın Başlangıç Kısımında yer alan “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” bölümüne gönderme yapılmıştır.²⁵⁵ Ancak madde gerekçesinin bir önceki

niteliklerini ve kullanılmasına dair esasları, temel ve kamu haklarını kapsadığını ve devletin siyasi yapısını, kurumlarını, demokrasi yönetimini ve bunların olağan hukuki faaliyetlerini de içine aldığını kaydetmiştir.)

²⁵⁰ Yargıtay CGK, 07.07.1998, E. 1998/9-187, K. 1998/272. Bu bilgi için bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 102.

²⁵¹ Bu yönde yargı kararları için bkz.: “TCK. 146. maddesinde devletin (siyasi iktidar düzeni ve fonksiyonları aleyhine) işlenen fiiller cezalandırılmaktadır. Hükümet düzeni, devlet kuvvetlerinin şekillenmesi, devletin temel ideolojik yapısı, temel insan hakları, seçim sistemi gibi değerler ise devletin siyasi iktidar düzenini oluşturmaktadır.” (Yargıtay CGK, 23.11.1999, E. 1999/9-274, K. 1999/284; Yargıtay CGK, 07.07.1998, E. 1998/9-187, K. 1998/272; Askeri Yargıtay 2. Daire, 21.10.1981, E. 333, K. 386.)

²⁵² Yargıtay 9. CD, 30.09.1996, E. 1996/688, K. 1996/4716. Bu bilgi için bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 102-103.

²⁵³ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664

²⁵⁴ A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, “Türk Ceza Kanunu Yorumu”, C. 4, 2. Baskı, s. 4170.

²⁵⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

bölümde anlatılan “suçun maddi konusu” kavramının karşılık bulduğu tanım ile iç içe geçtiği görülmektedir. Nitekim bazı yazarların da bu iki kavramı birbirini yerine sıklıkla kullanması söz konusudur.²⁵⁶

5237 sayılı TCK m. 309 döneminde doktrinde yapılan değerlendirmelerde ise yazarların korunan hukuki menfaati “*millet iradesine dayanan demokratik rejim*”²⁵⁷, “*devletin hali hazır temel siyasi düzeninin ve biçimsel kurucu unsurunun güven altına alınmasına ilişkin devlete ait varlık veya menfaat*”²⁵⁸, “*siyasal iktidarın kuruluşuna ve işleyişine egemen olan ilkelerin bütünü yani Anayasal düzen*”²⁵⁹, “*Anayasal temel düzen ve anayasa düzenine egemen olan ilkeler*”²⁶⁰, “*anayasal düzenin devamına ilişkin kamusal menfaat*”²⁶¹, “*T.C. anayasası, devletin nizamı*”²⁶² veya “*devletin hali hazırdaki siyasi düzeni*”²⁶³ şeklinde ele aldığı görülmektedir. Bununla birlikte anayasayı ihlal suçundaki cezai korumanın konusunun doktrinde “*hukuka aykırı yenileştirme teşebbüslerine karşı, devletin Anayasası ile kurulu temel düzeninin güvenliğinin teminat altına alınmasına ilişkin kamusal yarar olarak*”²⁶⁴ ifade edildiği de göze çarpmaktadır. Başka bir deyişle bu suçtaki cezai koruma aynı zamanda “*meşru olmayan ve cebre veya şiddete dayalı değiştirme teşebbüslerine karşı devletin hali hazır temel politik düzeninin güven altına alınmasına ilişkin devlete ait varlık veya menfaat*”²⁶⁵ veya “*Türkiye Cumhuriyeti devletinin biçimsel kurucu unsurunun başkaldırıcı, isyancı iradeler tarafından meşru olmayan yollarla değiştirilmesi, ortadan kaldırılması veya fiilen uygulanmasının önlenmesi teşebbüslerini engellemeye ilişkin kamusal menfaat*”²⁶⁶ olarak da tanımlanmaktadır.

²⁵⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 102.

²⁵⁷ İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 274-275.

²⁵⁸ N. TOROSLU, “*... Özel Kısım*”, 9. Bası, s. 341.

²⁵⁹ O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8802-8803 (Yazarlar, anayasanın öngördüğü düzenin içine sadece devleti oluşturan organların değil anayasanın kurduğu hukuksal rejimin bütününe dahil olduğunu dolayısıyla yasama, yürütme ve diğer organların fonksiyonunun koruma altına alındığı kadar anayasanın kurduğu siyasi iktidar düzeninin de korunduğunu kaydetmiştir.); K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 197.

²⁶⁰ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 491-492.

²⁶¹ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1694.

²⁶² D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, Ankara, 2020, 13. Baskı, s. 801.

²⁶³ V. DİNLER, *a.g.e.*, s. 1567.

²⁶⁴ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 490.

²⁶⁵ N. TOROSLU, “*... Özel Kısım*”, 9. Bası, s. 341.

²⁶⁶ N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 591.

Tüm bu değerlendirmeler göz önüne alındığında anayasayı ihlal suçunun hukuki konusunun devletin siyasal iktidar düzeninin dayandığı anayasal düzen ve bu düzene hâkim olan ilkeler olarak dile getirilmesinin kavramsal karışıklığa yol açacağı düşünüldüğünden sakıncalı olduğu öngörülmektedir. Dolayısıyla suçun hukuki konusu olarak ihlal edilen menfaat dikkate alındığından bu hususun, anayasanın öngördüğü düzenin sağlanmasının gerektirdiği kamu menfaati olarak ele alınması daha uygun bulunmaktadır.²⁶⁷ Doktrinde anayasayı ihlal suçundaki cezai koruma konusuna ilişkin mevcut tanımlamalara bakıldığında da bu suçun hukuki konusu ile oldukça benzerlikler taşıdığı göze çarpmaktadır. Bu nedenle bu suç nezdinde sağlanan cezai koruma ile hukuki konunun kesiştiği de kabul edilmelidir.

2.1.2. Suçun Süjeleri

2.1.2.1. Suçun Aktif Süjesi (Fail)

Anayasayı ihlal suçunun failini belirlemek için TCK m. 309’da ve kanun gerekçesinde geçen “...*teşebbüs edenler*” ifadesine bakıldığında herhangi bir özgü suç nitelmesi olmadığı gözlenmekte ve de suçun herkes²⁶⁸ tarafından işlenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Buradaki “herkes” tanımının hem Türk vatandaşı hem de yabancı kimse(ler)in²⁶⁹ yanı sıra ayrıca devlet görevlisi olduğuna bakılmaksızın kamu görevlilerini, polisleri, askeri güçleri, milletvekillerini, bakanları, Başbakanı²⁷⁰ ve Cumhurbaşkanını²⁷¹ da kapsadığı ileri

²⁶⁷ Benzer yönde görüş için bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 105-106.

²⁶⁸ İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 288; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8805; D. SOYASLAN, “...*Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 816; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4171; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 71; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1062; D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 77; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 175; A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 168; V. SAVAŞ/ S. MOLLAMAHMUTOĞLU, *a.g.e.*, C. 2, 1995, s. 1493; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 489; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 218; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1693; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 124.

²⁶⁹ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1693.

²⁷⁰ 16.04.2017 tarihli referandumun kabul edilmesi sonucu 09.07.2018 tarihinde hükümet sistemi değişikliği ile parlamenter sistemden cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir. Bu sebeple artık

sürülmektedir.²⁷² Hatta öyle ki suçun niteliğinden ötürü bu suçun belli özelliklere sahip kişilerce²⁷³ işlenmesi Türkiye tarihinde yaşanan örnekler de göz önünde tutulduğunda daha muhtemel görünmektedir. Bu kişiler, özellikle devletin cebir gücünü elinde bulunduranlar veya vazifelerinden dolayı bu suçu işleme imkânına ve kolaylığına sahip olanlar olarak düşünülmektedir.²⁷⁴ Bu noktada tartışılması gereken noktalardan biri milletvekil(ler)inin ve bakanların bu suçu işlemesi halinde yasama sorumsuzluğunun ve dokunulmazlığının nasıl değerlendirileceği, diğeri ise cumhurbaşkanının bu suçu işlemesi halinde ne şekilde yargılanacağına ilişkindir.

Milletvekillerinin sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı meselesi Anayasa m. 83'te düzenlenmiştir. Meclis dışından atanan bakanlar da söz konusu madde hükmündeki yasama sorumsuzluğundan ve dokunulmazlığından anayasa değişiklikleri öncesi yararlanabilmekteydi.²⁷⁵ Anayasanın son hali uyarınca milletvekili olmayan bakanlar Anayasa m. 106/10 uyarınca yine yasama dokunulmazlığından yararlanabilmektedir ancak yine Anayasa m. 106 uyarınca bakanların ceza sorumluluğu cumhurbaşkanı için öngörülen usule paralel olarak düzenlenmiştir.²⁷⁶ Kenar başlığı her ne kadar “yasama dokunulmazlığı” olsa da ilgili maddede sorumsuzluk da düzenlendiği için “yasama bağıışıklığı” şeklinde bir üst başlık tercih etmek daha uygun olacaktır.²⁷⁷ Yasama bağıışıklığı kapsamında,

Türk siyasi yapısında “başbakan” pozisyonu mevcut değildir ancak parlamenter sistemde “başbakan” da anayasayı ihlal suçunun faili olabilmektedir, bunun önünde hukuki bir engel yoktur.

²⁷¹ “Cumhurbaşkanının da fail olabilmesi hususu, cumhurbaşkanının vatana ihanet suçundan dolayı yargılanmasının mümkün olmasından kaynaklanmaktadır çünkü TCK m. 309 tanımlanan anayasayı ihlal suçu, vatana ihanet kavramını dolduran suç tiplerinden biri olarak dikkate alınmaktadır.” **Bu bilgi için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 125.

Ancak son Anayasa değişiklikleri ile cumhurbaşkanının *herhangi bir suçtan ötürü* yargılanabilmesi gerekli koşullar sağlandığı takdirde mümkündür. (AY m. 105)

²⁷² Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 490; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 71; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 175; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1062; A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 168; V. SAVAŞ/ S. MOLLAMAHMUTOĞLU, *a.g.e.*, C. 2, 1995, s. 1493-1494.

²⁷³ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 124.

²⁷⁴ F. TURİNAY, *a.g.e.*, YÜHFD, s. 296.

²⁷⁵ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 246.

²⁷⁶ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 834. Bu hususta bakanların ceza sorumluluğu ile ilgili detaylı açıklama cumhurbaşkanının ceza sorumluluğu kısmında yer almaktadır.

²⁷⁷ E. ÖZBUDUN, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 299.

sorumsuzluk kamu düzeninden olup mutlak dokunulmazlık²⁷⁸ olarak anılmaktadır²⁷⁹, dokunulmazlık ise TBMM tarafından kaldırılabilir olduğu için nispi nitelikte olup geçici olarak ifade edilmektedir.²⁸⁰

Yasama sorumsuzluğu kapsamında ifade hürriyetinin (freedom of speech)²⁸¹ korunması amaçlanmakta ve milletvekillerinin “parlamentar fonksiyon” gözetilerek meclis çalışmaları kapsamında meclis kürsüsünden veya bir komisyon veya grup toplantısında veya bir basın açıklaması ile olacak şekilde oldukça geniş bir yorumla mümkün olabilecek her yerden²⁸² sarf edecekleri sözlerinin, düşüncelerinin veya kullanacakları oylarının ve hatta bu esnada yaptıkları jestlerinin ve mimiklerinin²⁸³ bir suç niteliği taşısa dahi (örneğin hakaret ve sövme)²⁸⁴ Meclis dışında herhangi bir organ tarafından sorumlu tutulmaması gündeme gelmektedir.²⁸⁵ Ancak meclis çalışmaları kapsamına girmeyen, oy, söz, düşünce yoluyla işlenmemiş aksine fiili nitelikte olan bir olay sorumsuzluk alanı

²⁷⁸ Bu yönde görüşler için bkz.: E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Baskı, s. 455; E. ÖZBUDUN, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 300; B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 248; İ. ARSEL, “*Türk Anayasasının Umumi Esasları Kısım I: Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri*”, AÜHFD, 1955 (12), s. 39; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 124; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 836; D. SOYASLAN, “... *Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 820 (Ancak yazar burada kastedilen mutlak sorumsuzluğu hukuk devleti sınırları içindeki sorumsuzluk olarak ele almıştır aksi halde mutlak sorumsuzluğun sınırı vardır ve bu da hukuk devleti ilkeleridir.).

Yasama sorumsuzluğunun mutlak olmayıp sınırlanabileceğini yönündeki **aksi görüşler için bkz.:** Faruk EREM (Bu bilgi için bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 326.); U. ALACAKAPTAN, *a.g.e.*, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, s. 508.

²⁷⁹ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 248.

²⁸⁰ E. ÖZBUDUN, “*Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyeti ve Farkları*”, TBB Dergisi, 2005 (59), s. 110.

²⁸¹ İngiliz siyasal sisteminde ifade özgürlüğü, siyasilerin parlamentoda söyledikleri sözler dolayısıyla sorumlu tutulmamaları amacıyla parlamenter bağımsızlığı olarak ortaya çıkmıştır. (M. E. AKGÜL, “*İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gereksesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması*”, AÜHFD, 2012 (61), s. 4.)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ifade özgürlüğü konusunda parlamenterlerin ifade özgürlüğünün halkın seçilmiş temsilcileri olmaları açısından evleviyetle önemli olduğunu söylemektedir. (**Castells v. İspanya**, Başvuru No.: 11798/85, 23.04.1992, §42)

²⁸² “Sorumsuzluk belli bir mekanla sınırlı değildir.” N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 318 ve dipnot 66.

²⁸³ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 123-124.

²⁸⁴ Nitekim bu hususta “yasama sorumsuzluğunun sınırlı olduğunu kabul eden yazarların bu sınırı genelde meclis çalışmaları sırasında meclis çalışmalarına yönelik olmayan hakaret ve sövme üzerinden belirlemesi sonucu ortaya çıkan ya bu sınırın sadece hakaret ve sövmeye özel bir sınır olarak çizildiği ya da hakaret ve sövmenin bile sorumsuzluk kapsamı dışında kabul edilmesi halinde anayasal düzeni kaldırmaya yönelik fiillerin evleviyetle bu sınıra dâhil olduğu yönündeki iki düşünceden” ikinci olan düşünce benimsenmektedir. N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 332.

²⁸⁵ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 245-247; E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Baskı, s. 450-454.

içine dâhil değildir²⁸⁶ çünkü “yasama sorumsuzluğu kişilere milletvekili olmalarından ötürü bağlı bir ayrıcalık olarak değil, parlamenter fonksiyonun yerine getirilmesi için sağlanan bir güvence”²⁸⁷ olarak düzenlenmiştir ve o şekilde muamele görmelidir. Bununla birlikte sarf edilen siyasi sözlerin nefret söylemi içererek nefret duygusunun oluşmasını desteklememesi, şiddete teşvik etmemesi ya da şiddeti onaylayacak şekilde terör eylemlerini haklı göstermemesi de gerekmektedir²⁸⁸ çünkü bu yöndeki sözler “ifade özgürlüğü” olarak değerlendirilmeyip²⁸⁹ parlamenter bağışıklık kapsamında da sayılamayacaktır. Dolayısıyla milletvekilinin bu bağlamda meclis çalışmaları kapsamında anayasaya aykırı şiddete teşvik edici derecede toplum üzerinde etkili olan söylemlerinin ve de fiillerinin²⁹⁰ yasama sorumsuzluğu kapsamında kabul edilmemesi²⁹¹ gerekmekte ve TCK m. 309 kapsamında cebrin oluşup oluşmadığının tartışılmasını²⁹² gerektirmektedir. Burada şunu söylemek gerekir ki doktrinde baskın görüş olarak yasama sorumsuzluğunun aynı zamanda bir şahsi cezasızlık nedeni şeklinde kabulü söz konusudur.²⁹³ Şahsi cezasızlık halinde fiil, zaten suç olmaya devam etmektedir bu nedenle yasama sorumsuzluğu, sarf edilen söylemlerin hukuka aykırı olması halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır.

²⁸⁶ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 247.

²⁸⁷ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 449.

²⁸⁸ S. İNCEOĞLU, “*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk*”, Çoğulcu Demokrasi – Çoğunluk Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, TBB Yayını, Ankara, 2010, s. 86; U. KARAN, “*Ifade Özgürlüğü (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2)*”, Ankara, 2018, s. 13.

²⁸⁹ **Bkz.: Zana v. Türkiye**, B. No.: 69/1996/688/880, 25.11.1997, §§ 57-61; **Sürek (1) v. Türkiye**, B. No.: 26682/95, 08.07.1999, § 62; **Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye**, B. No.: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13.02.2003, §§ 129-133.

²⁹⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 332.

²⁹¹ Bu husus, yasama sorumsuzluğunun sınırları kapsamında tartışmalı bir konudur ve özellikle 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra Yassıada yargılamaları olarak da bilinen yargılamalar sırasında darbe öncesindeki meclis çalışmalarında sarf edilen sözler ve kullanılan oylar nedeniyle gündeme de gelmiştir. N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 321-322.

²⁹² **Benzer yönde bkz.:** “Anayasayı İhlal Suçu, cebir ve şiddet hareketleri ile işlenebilmekteyse de, bu suça azmettirmenin, yardım etmenin veya teşvik niteliğindeki davranışların yasama sorumsuzluğu kapsamında olan meclis çalışmaları sırasındaki oy ve sözler ile işlenmesi mümkündür.” N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 322.

“Anayasal düzeni ortadan kaldıran cebir ve şiddet hareketleri, mutlaka gayri kanuni nitelikte olmak durumunda değildir.” N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 323.

²⁹³ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 123; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 84; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 320, dipnot 74.

Yasama dokunulmazlığı ise milletvekillerinin yasama haricindeki fiilleri dolayısıyla yasama faaliyetlerine katılmasının engellenmemesi amacıyla mevcut olan bir kurumdur ve milletvekili olmayan bakanlar için de görevleriyle ilgili olmayan suçlar bakımından uygulanmaktadır, ayrıca cezalandırılmanın ertelenmesini ifade etmektedir.²⁹⁴ Ağır cezayı gerektiren²⁹⁵ suçüstü halleri ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmuştur.²⁹⁶ Anayasayı ihlal suçu açısından değerlendirildiğinde ise ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir hal olduğu için cebir ve şiddet kullanarak bu suçun icrasına başlayan²⁹⁷ milletvekillerinin suçüstü yakalanması halinde ceza kovuşturmasının ertelenmesi de söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde anayasayı ihlal suçunun Anayasa m. 14 kapsamına girebileceği de şüphesizdir ancak bu halin kovuşturmasına devam edilebilmesi seçimden önce soruşturmasına başlanması şartının sağlanması gerekmektedir.²⁹⁸ Şu halde seçim sonrasında m. 14 kapsamında işlendiği iddia edilen fiillerin anayasanın açık lafzı gereği yasama dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi ve dokunulmazlığın kaldırılması için meclis kararının gerekmesi söz konusu olacaktır.

Yürütmenin başı olarak cumhurbaşkanının durumu ele alındığında ise cumhurbaşkanının 1982 Anayasasının 2017 değişikliklerinden önce “vatana ihanet” haricinde görevi ile ilgili başkaca suç teşkil eden fiillerinden ötürü sorumsuzluğu²⁹⁹ ancak kişisel suçlarından ötürü sorumlu olması³⁰⁰ söz

²⁹⁴ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 249; E. ÖZBUDUN, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 301.

²⁹⁵ Maddede kullanılan “ağır cezayı gerektiren” ibaresinden ağır hapis cezası gerektiren suçların mı yoksa bu ibare ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerin mi anlaşılacağı ya da maddenin bu kavramlardan tamamen bağımsız bir şekilde mi yorumlanacağı hususu tartışmalıdır. Burada bağımsız bir yorumlama tercihine gitmek muğlâk kalan “ağır cezayı gerektiren” kavramının değerlendirmesini daha da belirsiz hale getirecektir. Ağır hapis cezasının kastedilmiş olabilme ihtimalinde 5237 s. Kanun ile ağır hapis-hapis tasnifinden ve ağır hapis teriminin kullanımından vazgeçilmesi nedeniyle ve de 5235 s. Kanun m. 12 uyarınca “ağır cezayı gerektiren” ifadesinin ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren haller olarak dikkate alınması daha uygun görülmüştür. N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 347-348.

²⁹⁶ **Bkz.:** AY m.83/2

²⁹⁷ **Benzer yönde bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 349.

²⁹⁸ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 352.

²⁹⁹ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 831; Y. YAYLA, *a.g.e.*, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, s. 496; B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 335-336; B.

konusuydu. Yapılan değişikliklerle birlikte cumhurbaşkanı için “şahsi bir cezasızlık sebebi” oluşturan “sorumsuzluk” tanınmamış aksine “vatana ihanet” haricindeki görevi ile ilgili suçlar bakımından da bir sorumluluk³⁰¹ atfedilmiştir. Paralel bir ceza sorumluluğu bakanlar açısından da getirilmiştir. Bu noktada her ne kadar sorumluluğun kapsamı genişletilmiş gibi görünse de cumhurbaşkanı hakkında soruşturma ve kovuşturma yapabilme imkânı TBMM kararı ile mümkün kılınarak bir dokunulmazlık tanınmış³⁰² ve Yüce Divan’a sevk için oldukça yüksek bir oy çokluğu (üye tamsayısının üçte ikisi) aranmıştır. Dolayısıyla anayasayı ihlal suçu da yeni değişiklikler uyarınca cumhurbaşkanı tarafından işlenen suçlar arasında herhangi bir ayırım yapılmaması göz önünde bulundurularak “vatana ihanet” suçu kapsamında olup olmadığı tartışmasına³⁰³ gerek kalmaksızın cumhurbaşkanının yargılanabileceği bir suçtur. Bu suç aynı zamanda değişiklikler öncesinde de göreviyle ilgili bir sınırlama yapılmadığı için göreviyle ilgili tüm suçlardan sorumlu tutulması mümkün olan³⁰⁴ bakanların yargılanmasını da mümkün kılmaktadır. Yargılama süreci boyunca cumhurbaşkanının veya bakanın görevde kalıp kalamayacağına ilişkin ise yargılamanın sonunda hakkında mahkûmiyet kararı verilen cumhurbaşkanının

ÖZTÜRK, “*Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'*”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1995 (12), s. 91.

Bu noktada ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlardan ötürü sorumlu olmaması, karşı imza kuralının bir sonucu olarak söz konusuydu çünkü parlamenter sistemlerde devlet başkanı görevini yerine getirirken kural olarak tek başına işlem yapamamakta Başbakan ve ilgili bakanların da imzasına ihtiyaç duymaktadır. Ancak cumhurbaşkanlığı sistemine geçişle birlikte gücü artırılmış bir cumhurbaşkanı ortaya çıktığı ve yürütmenin diğer kanadı olan Başbakan ve Bakanlar Kurulu ortadan kaldırıldığı için olsa gerek yeni anayasa değişikliklerinde böylesi bir ayırım yapılmamıştır. (E. ÖZBUDUN, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 342)

³⁰⁰ **Aksi görüş için bkz.:** E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 487, dipnot 110.

Bu noktada cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumlu olmasının kabulüyle birlikte milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanamayacağı hususu tartışmalıydı. Bazı yazarlar milletvekillerinin dahi yararlanabildiği ceza kovuşturmalarından bağımsızlık sağlayan dokunulmazlıktan cumhurbaşkanının evleviyetle yararlanması gerektiğini düşünmektedir. (**Bkz.:** B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 337; E. ÖZBUDUN, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 342; Z. GÖREN, *a.g.e.*, s. 250.) Dokunulmazlıktan yararlanamayacağına dair **aksi görüş için bkz.:** A. Şeref GÖZÜBÜYÜK. (**Bu bilgi için bkz.:** B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 337, dipnot 28.)

³⁰¹ Değişiklik öncesinde de **bu yönde görüş için bkz.:** U. ALACAKAPTAN, *a.g.e.*, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, s. 504.

³⁰² M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 831.

³⁰³ Bu hususta gerekli tartışmalar I. Bölümde yapılmıştır. **Bkz.:** Bölüm I, Başlık 1.2.1.

³⁰⁴ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 370.

veya bakanın görevinin sona ermesi hükme bağlanmıştır ancak cumhurbaşkanının mevcut anayasayı ihlal suçu işlediği iddiasına rağmen (ki ilgili maddeye göre bu iddia herhangi bir suç işlediğine yönelik bir iddia da olabilir) hala görevde kalabilmesine izin verilmesinin siyasi olarak kabul edilebilir olmadığı³⁰⁵ yönündeki görüşe iştirak edilmektedir. Aynı görüş bakanlar bakımından da benimsenmektedir.

Diğer yandan anayasayı ihlal suçunun nasıl işleneceğine dair hususun tartışılması da gerekmektedir. Bu suçun tek başına mı yoksa örgütlenerek toplu bir halde mi işleneceğine dair ise teorik açıdan her iki durumun da söz konusu olabilmesi dikkat çekmektedir. Bir başka deyişle anayasayı ihlal suçunun tek başına veya örgütlü³⁰⁶ olarak işlenmesine dair kanuni bir sınırlama bulunmamaktadır. Her ne kadar mevcut suçun işlenmesinin doğuracağı vahim ve ciddi sonuçlar düşünüldüğünde bu suçun tek başına işlenmesi halinde yaratacağı etki bakımından işlevselliği tartışılır görünsün³⁰⁷ de gerek 5237 sayılı TCK m. 309 ve mülga 765 sayılı TCK m. 146 lafzı gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulu³⁰⁸ kararı uyarınca anayasayı ihlal suçu teorik bağlamda tek başına işlenebilen bir suç

³⁰⁵ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 833.

³⁰⁶ Suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde Yargıtay, *örgütün; en az üç kişiden oluşan (çok failli), üyeleri arasında hiyerarşi bulunan, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylemlerin ve faaliyetlerin bulunduğu bir organik bağ içeren, suç işlemeye elverişli olan ve yeterli araç ve gerece sahip olan bir örgüt olması kriterlerini* aramaktadır. (Yargıtay 16. CD, 26.10.2017, E. 2017/1809, K. 2017/5155; Yargıtay 16. CD, 20.12.2017, E. 2017/1862, K. 2017/5796; Yargıtay 16. CD, 09.07.2019, E. 2019/2233, K. 2019/4810; Yargıtay 16. CD, 24.04.2017, E. 2015/3, K. 2017/3; Yargıtay CGK, 03.04.2007, E. 2006/10-253, K. 2007/80; Yargıtay CGK, 04.07.2006, E. 2006/10-128, K. 2006/177; Yargıtay CGK, 31.10.2012 E. 2011/10-577, K. 2012/1821) Ayrıca bkz.: V. S. EVİK, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013 (19), s. 678; Ç. ÖZEK, “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 211 & 228-229.

Örgütün silahlı örgüt olması halinde aranan kriterlere ek olarak bir de örgütün silahlı olması aranmaktadır. (V. S. EVİK, *a.g.e.*, MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 675)

³⁰⁷ N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 598. Bu noktada yazar “silahlı da olsalar 3-5 kişinin anayasayı ihlal suçunu işleyebileceğini kabul etmenin devletin anayasal düzeninin kolayca yıkılabilir veya değiştirilebilir şekilde zayıf olduğunu kabul etmek anlamına geldiğini, bu yönde bir kabulün de devletin somut gücünün birlik, bütünlük ve beraberlik nitelikleriyle birlikte en üstün güç olarak düşünülmesinin ve nihayetinde devlet hukukunun bir inkarı olacağını” ifade etmektedir. Dolayısıyla yazara göre anayasayı ihlal suçu ne kolayca ne de sık sık işlenebilen bir suçtur.

³⁰⁸ Sözü geçen karardaki ifade şu şekildedir: “...bu suçun işlenmesi için önceden oluşturulmuş bir çete veya örgütün varlığı da zorunlu değildir. Maddede “teşebbüs edenler” deyiminin kullanılmış olması, suçun işlenmesi bakımından şahıs itibarıyla ayırım yapılmadığını, korunan değeri zorla ihlal eden bir kimsenin konumuna bakılmaksızın bu suçun faili olabileceğini ortaya koymaktadır.” (Yargıtay CGK, 07.07.1998, E. 9-187, K. 272.) Bu bilgi için bkz.: K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 219.

olarak da kabul edilmektedir. Özellikle devletin cebir gücünü elinde bulunduranlar veya vazifelerinden kaynaklanan güçlü bir yetkiye sahip olmalarından dolayı bu suçu işleme imkânına ve kolaylığına sahip olanlar bakımından bu suçun tek başına işlenmesinin daha mümkün ve kolay olduğu aşîkârdır. Ancak örgüt halinde işlenmesi durumunda ortaya çıkan kolaylıklar nedeniyle uygulamada çoğunlukla TCK m. 220 (suç işlemek amacıyla örgüt kurma), TCK m. 314 (silahlı örgüt) veya TCK m. 316 (suç için anlaşma) suçlarıyla da bağlantılı olarak bir örgüt çatısı altında işlenebildiği görülmektedir.³⁰⁹

Ayrıca isnat yeteneğine sahip olmayan kişilerin de bu suçu işlemesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler ve alkol ve uyuşturucu madde etkisi durumlarında isnat yeteneği ya azalmaktadır ya da ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle bu kişilerin fail olmasının önünde bir engel bulunmazken cezalandırılması hususunda isnat yeteneğinin ne derecede ortadan kalktığı göz önünde bulundurulmalıdır.³¹⁰ Uygun hallerde bu kişilere güvenlik tedbirlerinin de uygulanması söz konusu olabilmektedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar isnat yeteneğini, kusurluluğun bir unsuru³¹¹ ve bazı yazarlar ise kusurluluğun bir ön şartı³¹² olarak ele almakta ve bu kişilerin kusurlu sayılamayacağından dolayı fail olarak da kabul edilemeyeceğini düşünmektedir. Nitekim bazı yazarlar tarafından da kabul edildiği gibi isnat yeteneği, kişinin kusurlu davranması neticesinde fail olmasında değil bir fail olarak kişisel bir niteliği³¹³ söz konusu olduğu için cezalandırılmasında³¹⁴

³⁰⁹ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1694; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 218; Z. HAFİZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 490.

³¹⁰ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1693, dipnot 11.

³¹¹ İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 382 vd.; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 314 vd.; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 479 vd.; U. ALACAKAPTAN, “*Suçun Unsurları*”, 1970, s. 108.

Bu bilgi için bkz.: H. AKDAĞ YÜKSEL, “*TCK’da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2018, s. 46-47.

³¹² V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 2. Baskı, s. 335 vd. (Yazarlar isnadiyeti cezalandırılabilmenin ön koşulu olarak değerlendirmekle birlikte sayılan halleri –TCK m. 31, 32, 33, 34- kusurluluğun ön şartı olarak kabul etmektedir.); H. HAKERİ, *a.g.e.*, 2016, s. 380 vd.; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 342.

İsnadiyetin değerlendirilmesine ilişkin bilgi için bkz.: H. AKDAĞ YÜKSEL, *a.g.e.*, s. 46.

³¹³ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, “*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım*”, Cilt II, İstanbul, 1971, 5. Bası, s. 159; Z. HAFİZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Baskı, s. 270; N.

değerlendirmeye alınması gereken bir husus olmalıdır. Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun faili için isnat yeteneğine sahip olan ya da olmayan ve görevinin ne olduğuna bakılmaksızın tek başına veya örgüt içinde yer alarak norm ihlali gerçekleştiren Türk vatandaşı veya yabancı herkes olduğu söylenebilmektedir.

2.1.2.2. Suçun Pasif Süjesi (Mağdur)

Suçun pasif süjesi ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki menfaat veya varlığın hamili olarak nitelendirilmektedir.³¹⁵ Bu noktada “suçun mağduru” kavramı “suçtan zarar gören” kavramı ile örtüşüyor gibi görünse de aralarındaki nüansa da değinmek gerekmektedir. Suçtan zarar gören, tazmin edilebilir bir zarara uğradığı için tazminat ve iade isteme hakkı bulunan ve ceza davasına katılabilen kişidir ve her durumda suçun mağduru olmak durumunda değildir.³¹⁶ Bu durumda suçun mağduru kavramından da suç fiilinden zarar gören herkesi değil fiilin ihlal ettiği cezai korumanın konusunu oluşturan menfaatin hamilini anlamak gerektiği görüşüne³¹⁷ iştirak edilmektedir.

Suçun mağduru kavramında ön plana çıkan tartışmalardan biri de “devletin” veya haricindeki “tüzel kişilerin” de gerçek kişiler gibi ihlal edilen hukuki menfaatin sahibi olup olamayacağına ilişkindir. Bu hususta bazı görüşler, ihlal edilen ceza normu sonucunda kamusal düzen etkilendiği için devletin her

TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 386; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 261.

Bu bilgi için bkz.: E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1693, dipnot 11.

³¹⁴ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 128; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 393; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 412; T. KATOĞLU, “*Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*”, Doktora Tezi, Ankara, 2003, s. 117; H. TOROSLU, “*Ceza Hukukunda Isnat Yeteneği*”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2013, s. 7.

³¹⁵ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 112; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 233; T. KATOĞLU, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 661; T. DEMİRBAŞ, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Ankara, 2014, 10. Baskı, s. 543.

“Suçun maddi konusunun ait olduğu kimse” olduğuna dair tanım için bkz.: M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 288; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 140; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 240; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Ankara, 2016, 9. Baskı, s. 110.

³¹⁶ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 114.

³¹⁷ T. KATOĞLU, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 662.

suçta genel menfaati olduğunu dolayısıyla devletin genel pasif süje konumundayken her suçta bir de suçtan suça farklılık gösteren özel pasif süje olmak üzere iki ayrı süje olduğunu savunmaktadır.³¹⁸ Bazı görüşler³¹⁹ ise suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceğini, “toplum, aile” gibi tüzel kişiliği olmayan toplulukların, “devletin” ve diğer “tüzel kişilerin” ise eğer mümkünse suçtan zarar gören sıfatını haiz olabileceğini öne sürmektedir. Fakat tüzel kişilerin de hukuken “kişi” olduğu göz önüne alındığında farklı varlık veya menfaatlerin hamili ve hak sahibi olması önünde bir engel bulunmadığı doktrinde mevcut olan argümanlardandır.³²⁰

Anayasayı ihlal suçunda pasif süjenin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine dair de bu tartışmalar neticesinde farklılıklar olduğu söylenmelidir. Bir görüşe göre anayasayı ihlal suçunun yegâne mağduru vardır ve bu da Devlet tüzel kişisidir çünkü bu suçta “devletin egemenliği ve ülke bütünlüğü ile anayasal düzeninin korunmasına ilişkin menfaati”³²¹ korunmaktadır ve suçun devlet haricinde başkaca bir mağduru yoktur. Diğer bir görüşe göre ise “Devlet”in bir tüzel kişi olması nedeniyle suçun mağduru olarak kabul edilemeyeceği dolayısıyla anayasayı ihlal suçunda mağdur, gerçek kişiler olan “*demokratik hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan ve suç oluşturan fiilin işlenmesiyle demokratik haklarına tecavüz edilen herkes*”³²², “*demokratik ve meşru anayasal düzenin ait olduğu toplumu oluşturan ve bu düzende yaşama hakkına sahip bütün bireyler*”³²³ veya “*demokratik anayasal bir toplumda yaşama hakkına sahip olan her birey*”³²⁴ olarak ifade edilmiştir. Bir başka görüşe göre ise bu suçun mağduru, “Devlet”ten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmamasına rağmen onun bir organı olma

³¹⁸ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. II, 5. Bası, s. 462; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 112; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 233; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 548; F. EREM, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 21. Bu hususta benzer yönde “devletin güvenliğine ve adliye karşı işlenen suçlarda suçun mağdurunun devlet olduğu”na ilişkin bkz.: D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 240.

³¹⁹ İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 203; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 115; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 288.

³²⁰ T. KATOĞLU, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 672.

³²¹ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 111-112.

³²² İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 288; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 289.

³²³ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 126.

³²⁴ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 219.

vasfıyla hukuki bir varlığa sahip olması nedeniyle “*Anayasayı Türk milleti adına yürütme yetkisine sahip olan yasama organı yani Türkiye Büyük Millet Meclisi*”³²⁵ veya “*Anayasayı iradesine aykırı olarak değiştirmek söz konusu olduğu için TBMM*”³²⁶ olarak gösterilmiştir.

Bu tartışmalar ışığında tüzel kişilerin de bir hukuk kişisi olarak suçun mağduru olabileceği sonucuna varıldığından suçun mağdurunun sadece gerçek kişilere özgülenmesi yönündeki kanıya katılmak mümkün gözükmemektedir. Ancak anayasayı ihlal suçunun mağduru olarak salt TBMM’nin öngörülmesi fikrinin de suçun hukuki konusu olarak ele alınan anayasanın öngördüğü düzenin sağlanmasının gerektirdiği kamu menfaati dikkate alındığında yetersiz kalacağı düşünülmektedir. Dolayısıyla bu suçun mağduru olarak sadece gerçek kişilerin suçun mağduru olabileceği gerekçesine katılmaksızın ancak korunan hukuki menfaatin kamu menfaati olduğu düşünüldüğünde bu menfaat sahibinin de demokratik topluma mensup her bir bireyin olduğu görüşü daha uygun görülmektedir.

2.1.3. Fiil

Hukuk düzeni dış dünyaya yansımamış³²⁷ olan ve toplum üzerinde etkiler doğurmayan insan davranışlarıyla ilgilenmez. Davranış taşıyıcı bir omurga gibi suç fiilinin en önemli unsurunu oluşturur ve “*Nullum crimen sine actione.*” ile ifade edildiği gibi davranışın (hareketin) oluşturduğu suç fiili yoksa suç da yoktur.³²⁸ Suçun ilk kurucu unsuru olan fiilin üç alt unsurdan³²⁹ oluştuğunu söylemek gerekmektedir:

³²⁵ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1695.

³²⁶ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 491.

³²⁷ “Hukuk dünyası bir dış davranışa dönüşmeyen psikik davranışı asla cezalandırmaz.” N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 131.

“Romalı hukukçuların dediği gibi kimse düşüncesinden ötürü cezalandırılamaz.” S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 382.

A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 153; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 214; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 154; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 2. Baskı, s. 199.

³²⁸ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 382; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 214.

- Hareket (davranış)
- Netice (sonuç)
- Nedensellik bağı (illiyet bağı)

Ayrıca bu suç nezdinde kanun maddesinin “cebir ve şiddet kullanarak” ifadesiyle başlaması nedeniyle “cebir ve şiddet” unsuru da hareket başlığı altında ayrıca bir husus olarak değerlendirilecektir.

2.1.3.1. Hareket (Davranış)

Hareket bir insan davranışı olarak nitelendirilip “yapma (olumlu)” veya “yapmama (olumsuz)” biçiminde dış dünyaya yansımaktadır.³²⁹ Hareket, fiili mahiyette olabileceği gibi hukuki mahiyete de bürünebildiği kaydedilmektedir.³³¹ Ayrıca hareketin (davranışın), sonuç ve nedensellik bağı unsurlarından farklı olarak zorunlu kurucu unsur olduğu ve bu itibarla suçun asgari objektif unsurunu oluşturduğu kabul edilmektedir.³³² Bunun nedeni ceza hukukunda sonuçsuz suçların³³³ (sırf hareket suçlarının)³³⁴ da var olmasıdır. Hareket unsuruna bağlı

³²⁹ S. KEYMAN, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD 40 (1), 1988, s. 122; N. KUNTER, “Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası)”, İstanbul, 1954, s. 10; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 385; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 214; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 153; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 221; K. İÇEL, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul, 2016, s. 254; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 130; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 220; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 194; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 232; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 237.

³³⁰ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 386; U. ALACAKAPTAN, “Suçun Unsurları”, Ankara, 1970, s. 36; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 157; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 233; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 131; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 195; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 2. Baskı, s. 199; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 223; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 215; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 154; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 162.

³³¹ “Örneğin, Anayasaya açıkça aykırı bir kanun çıkarmak hukuki mahiyette bir harekettir.” D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 809.

³³² S. KEYMAN, *a.g.e.*, s. 122; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 154; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 2. Baskı, s. 199; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 194. Olumlu veya olumsuz anlamda olmasa da şüphe ve durum suçları denilen hallerde de hareket olduğuna ve hareketin söz ile somutlaştığına dair **başka bir görüş için bkz.:** D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 237; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 133.

³³³ “Sonuçsuz suç” nitelendirmesinin hatalı olduğuna, hareketsiz suç olmayacağı gibi neticesiz suçun da olmayacağına bu nedenle bu tür suçların “neticesi harekete bitişik suç” olarak

olarak sınıflandırılan anayasayı ihlal suçunun niteliği ile ilgili ayrıca açıklama aşağıda yapılacaktır.

Anayasayı ihlal suçunun oluşumu için suçun fiil unsurunda **en azından icra hareketlerine başlanmış**³³⁵ olması şartı aranmaktadır.³³⁶ Karşılaştırmalı hukukta da İtalyan Ceza Kanunu “*cinque commette un fatto diretto*” ifadesi ile Fransız Ceza Kanunu ise “*le fait de commettre*” ifadesi ile bu suç bakımından icra hareketlerinin varlığını aradığını belirtmektedir.³³⁷ **Hazırlık hareketleri**³³⁸ ise bu

tanımlanması gerektiğine **ilişkin bkz.:** N. KUNTER, *a.g.e.*, 1954, s. 81-82 & 86; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 402; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 254; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 176;

Sonuçsuz suçu aynı zamanda neticesi harekete bitişik suç olarak değerlendiren **görüş için bkz.:** V. Ö. ÖZBEK, *a.g.e.*, 2. Baskı, s. 210-211; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 241; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 252; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 259.

³³⁴ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 400; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 246-247 (Yazar, bu noktada netice hususunda tabii açıdan netice ve hukuki açıdan netice (kanunun himaye ettiği değere tecavüz halinde ortaya çıkan) ayrımı yapmakta ve her iki neticenin her zaman birbirlerine uymayabileceği yönünde bir görüş benimsemektedir.); T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 241; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 252; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 141; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 174; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 127-128.

³³⁵ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 54; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 182; A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 170; V. SAVAŞ/ S. MOLLAMAHMUTOĞLU, *a.g.e.*, C. 2, 1995, s. 1497; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1065; N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 343; İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 278; İ. ÖZGENÇ, “*Balyoz Davası Bilimsel Hukuki Mütalaa*”, 2013, s. 19; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCEN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8807; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4172.

³³⁶ **Ayrıca bkz.:** “Mülga 765 sayılı TCK’nın 146. (5237 sayılı TCK’nın 309.) maddesi, siyasi iktidar ve anayasal düzeni himaye etmektedir. Düzen aleyhine maddi fiillerde, **icra hareketlerinin mevcudiyetini** aramaktadır.” (Yargıtay 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758, s. 5; Yargıtay 16. CD, 24.09.2020, E. 2020/82, K. 2020/4391; Yargıtay 16. CD, 15.01.2019, E. 2018/4590, K. 2019/391)

“Suç, bir teşebbüs suçu ise de gerek yargısal kararlarda gerekse doktrinde duraksamasız biçimde kabul edildiği üzere fiilin, **hazırlık hareketlerinden çıkıp icra aşamasına** ulaşması gerekir.” (Yargıtay 16. CD, 12.06.2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132.)

“Bir fiilin cezalandırılabilmesi için o fiilin icra hareketi niteliğinde bulunması zorunludur. Diğer bir deyişle bu maddedeki “teşebbüs eden” sözcüğü **icra hareketine başlanması gerekliliğini** ortaya koymaktadır. Bu açıdan fiilin elverişli vasıtalarla icrasına başlanmış olması aranır.” (Yargıtay CGK, 07.07.1998, E. 9-187, K. 272.)

“Elverişli/vahim eylemin diğer tabirle araç suçun, hazırlık hareketi aşamasından icra hareketi safhasına geçmesi, en azından teşebbüs boyutuna ulaşması, **amaçlanan sonucu doğurabilecek icra hareketi olarak belirlenmesi** gerekir.” (Yargıtay CGK, 09.02.2010, E. 2009/9-103, K. 2010/22.)

³³⁷ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 208.

³³⁸ Örneğin, TCK m. 309’da öngörülen sonuçları gerçekleştirmek amacıyla yapılan anlaşmalar ve fiili birleşmeler hazırlık hareketi kapsamında kalmaktadır. (N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 344.)

Yargıtay da örneğin bir kararında anayasayı ihlal suçunda kullanılmak üzere **örgüte silah temin edilmesi, plan yapılması gibi hareketleri hazırlık hareketi kapsamında** değerlendirerek m.

bağlamda bu suçun işlendiğinin söylenmesi için yeterli değildir çünkü “hazırlık hareketi teşkil eden eylemlerin, failin suç işlemeye yönelik kesin iradesini ortaya koymadığı için cezalandırılmaması, ceza hukuku bakımından doğrudan bireysel hak ve özgürlüklerle ilintili olarak önemli bir kural teşkil etmektedir”.³³⁹ Ancak istisnai olarak anayasayı ihlal suçuna dair hazırlık hareketlerinin ayrıca TCK m. 314-316 uyarınca bir suç sayılarak cezalandırılması zaten söz konusudur.³⁴⁰ Bunun yanı sıra TCK m. 314 kapsamını (mülga 765 sayılı TCK m. 168) aşan ancak yine de TCK m. 309 uyarınca çizilen suç tipindeki icra hareketi niteliğini kazanamayan hareketler söz konusu olduğunda o hareketler de hazırlık hareketi

309’dan hüküm kurulamayacağını belirtmiştir. (Yargıtay 9. CD, 25.01.2010, E. 2009/11204, K. 2010/855)

“Yasa dışı örgüte girmenin TCK.nun 146. Maddesinin *hazırlık hareketini*, çetenin amaç suçuna yönelik her türlü eylemi ise bu suçun icra hareketlerini teşkil etmektedir.” (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 25.03.1983, E. 70, K. 73.)

“Anayasayı ihlale matuf *silahlı bir cemiyet kurmak anayasayı ihlal suçunun bir hazırlık hareketi* olarak bu cemiyetin anayasayı ihlale müteveccih maddi hareketlerini de icraya başlama şeklinde kabul etme zarureti bulunmaktadır.” (Askeri Yargıtay 3. Dairesi, 14.12.1982, E. 594, K. 831.)

³³⁹ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 1, 3. Bası, s. 441; A. SÖZÜER, “Suça Teşebbüs”, Doktora Tezi, İstanbul, 1994, s. 183; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 291; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 93.

³⁴⁰ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 345; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1971, s. 347; V. S. EVİK, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, GSÜHFD, 2006/1, s. 107; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 210; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 94.

Bahsedilen madde tanımları için bkz.:

Silahlı örgüt

Madde 314- (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.

Silâh sağlama

Madde 315- (1) Yukarıdaki maddede tanımlanan örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silah temin eden, nakleden veya depolayan kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Suç için anlaşma

Madde 316- (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmez.

Bu suç tanımındaki fiillerin, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmamalarından ötürü hazırlık hareketi olarak kabul edilemeyeceğine dair **bkz.:** MANZINI ve RANIERI (Bu bilgi için bkz.: Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1971, s. 347, dipnot 11.)

olarak değerlendirilmelidir çünkü TCK m. 314'ün sınırının aşılması kendiliğinden TCK m. 309 kapsamında anayasayı ihlal eden icra hareketlerine başlanıldığı anlamına gelmemektedir³⁴¹ ve bu nedenle hareketin, icra hareketi eşiğine gelip gelmediği hususunda bir değerlendirme olmadan yapılan cezalandırma, faili salt saiki³⁴² nedeniyle cezalandırma olup gerçekte ceza kanununun sistemiyle bağdaşmayarak “işlenemez suç”un^{343,344} cezalandırılması anlamına geleceği de belirtilmektedir.³⁴⁵ Ancak anayasayı ihlal suçunun muhakemesindeki pratikte, suçun sanıklarının kesin hüküm verilmeden önceki süreç boyunca CMK m. 100/3-a'ya³⁴⁶ dayanılarak bir ön ceza aracı olacak şekilde tutuklandıkları gözlemlenmektedir. Ancak uygulamada bir koruma tedbiri olan tutuklamanın kurallaşması yönünde aksi bir eğilimle karşılaşılmaktadır.³⁴⁷ Doktrinde tutuklamaya ilişkin yasal bir karine olarak kabul edilen katalog suçlarda, tutuklamanın mutlak ve zorunlu olmadığı³⁴⁸ çünkü kanun koyucunun hâkime bir

³⁴¹ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 101. Ancak Yargıtay'ın uygulamalarının genelde aksi yönde olduğuna dair **bilgi için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 167, dipnot 183.

³⁴² Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 105. Benzer şekilde saikin kural olarak hukuk dışında kaldığına ve ancak suçun kanuni tanımında suçun temel veya nitelikli haline ilişkin tanımlandığında hukuki anlamda önem kazandığına **dair bkz.:** S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. II, 5. Bası, s. 246-247; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 370; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 251; M. C. OZANSÜ, “*Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*”, Ankara, 2007, s. 138 (Yazar, saikin tamamen sübjektif bir belirlenim ortaya koyarak hukukun değil etiğin inceleme alanında kaldığı bu nedenle de salt saik suçlarının cezalandırmayı gerektiren bir içeriğe sahip olmadığı kanaatindedir.).

TCK'da “...saikiyle” ifadesi ile belirtilen hallerde de failin suç tanımındaki fiillere ilişkin kanunen aranan özel kastın varlığından bahsedilmekte ve failin belli bir saikle hareket etmesi kanun tarafından aranmaktadır.

³⁴³ “İşlenemez suçtaki hareketin hukuken korunan bir menfaati zarar veya tehlikeye maruz bırakamayacağına” ve daha detaylı araştırma için **bkz.:** U. ALACAKAPTAN, “*İşlenemez Suç*”, Ankara, s. 22-28.

³⁴⁴ İşlenemez suçun *elverişsiz teşebbüs* olduğuna **dair bkz.:** K. İÇEL/ F. SOKULLU-AKINCI, İ. ÖZGENÇ, A. SÖZÜER, F. S. MAHMUTOĞLU, Y. ÜNVER, “*Suç Teorisi*”, İstanbul, 2004, 3. Bası, s. 312; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, “*Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”, Ankara, 2016, 16. Baskı, s. 361.

³⁴⁵ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 109.

³⁴⁶ Anayasayı ihlal suçunu da içine alan ve “katalog suçlar” olarak bilinen bu hüküm uyarınca aslında amaçlanan; bir **koruma tedbiri** olarak tutuklamanın, Anayasa m. 19 ve AİHS m. 5'te hukuki güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfi olarak ihlalini önleyecek bir şekilde istisnaen kullanılması idi. (Ö. SEVDİREN, “*Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım*”, Anayasa Hukuku Dergisi, 2019 (8), s. 324.)

³⁴⁷ T. KATOĞLU, “*Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar*”, Ankara Barosu Dergisi, 2011 (4), s. 22.

³⁴⁸ N. CENTEL, “*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım*”, MÜHFHAD, 2011 (17), s. 56.

takdir yetkisi tanıyarak³⁴⁹ eğer kuvvetli bir suç şüphesini gösteren deliller mevcut değilse hâkimin gerekçesini açıklamak suretiyle başkaca bir koruma tedbirine de başvurabileceği kabul edilmektedir.³⁵⁰ Uygulamada ise aksine “yasal altyapının tüm olanaklarına ve hatta emredici hükümlerin varlığına karşın, özellikle CMK m. 100/3’de düzenlenen “*katalog suçlar*” yönünden tutuklamanın “*seçimliği*” değil, “*zorunluluğu*” anlayışı egemendir”.³⁵¹ Özellikle terör suçları³⁵², devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene yönelik suçlar kapsamında yerleşmiş olan ısrarlı tutum, “suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu” gibi somut gerekçelerden uzak, kanuni lafzın tekrarı niteliğinde olan tutuklama kararlarının verilmesine ilişkindir.³⁵³ Anayasayı ihlal suçu bakımından da Osman Kavala kararında³⁵⁴ da ifade edildiği gibi suçun ciddiyeti, mahiyeti ve öngörülen cezanın ağırlığı ele alındığında derece mahkemelerinin kararlarında ayrıca bir somut incelemenin yapılmadığı veya gösterilmediği³⁵⁵ görülmektedir:

“...*Darbe teşebbüsüne katılmak suretiyle anayasal düzeni cebir şiddet yöntemleri ile değiştirmek suçlarını işlediği yönünde kuvvetli suç*

³⁴⁹ **Ayrıca bkz.:** “Ceza Yargılaması Yasamızda tutuklamada zorunluluk yerine hakimın takdirine dayanan bir sistem getirilmiştir. Bunun sonucu olarak Yasa’nın 100. maddesinde sayılan bütün koşulların varlığı halinde bile tutuklama kararı verilip verilmemesi hâkimin takdirindedir. İşlenen suçun maddenin 3. fıkrasında sayılan katalog suçlardan olması da bunun istisnasını oluşturmayıp bu durumunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı da söz konusu ise tutuklama nedeninin gerçekleştiği kabul edilebilecektir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.12.2008, 4.MD-225/231.) **Bu bilgi için bkz.:** N. CENTEL/ H. ZAFER, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 2019, İstanbul, 16. Bası, s. 399, dipnot 74.

³⁵⁰ N. TOROSLU/ M. FEYZİOĞLU, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 2018, Ankara, 18. Baskı, s. 257; N. CENTEL/ H. ZAFER, a.g.e., 16. Bası, s. 398-399.

Başka bir deyişle CMK m. 100/3, aksi kabul edilebilir bir kanuni karineye işaret etmekte olup tutuklama, bir ön ceza olarak sanığın muhtemel cezasını peşinen çekirme aracı olarak kullanılmamalıdır. (H. SINAR, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, İstanbul, 2016, s. 82-83.)

³⁵¹ Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, “İnsan Hakları Raporu (2016-2017)”, s. 456; H. SINAR, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, 2016, s. 209.

³⁵² Bu şekilde “ilgili kanundaki (TMK gibi) bazı suçların katalog kapsamına alınmış olmasının, katalog liste işlevinden farklılaşarak bir “panik düzenlemesi” anlayışı içinde toplumsal olaylarda tutuklama tedbirinin kolaylaşması adına bir olanak yarattığına” dair bkz.: H. SINAR, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama”, 2016, s. 208-209.

³⁵³ **Bu görüş için bkz.:** Erdener YURTCAN. **Bu bilgi için bkz.:** Ö. SEVDİREN, a.g.e., Anayasa Hukuku Dergisi, s. 324, dipnot 102.

Ayrıca bkz.: **AYM Abdurrahim Özkan başvurusu**, B. No: 2017/25586, 18.04.2018, § 8; **AYM Şahin Alpay başvurusu [GK]**, B. No: 2016/16092, 11.01.2018, § 18.

³⁵⁴ **AYM Mehmet Osman Kavala başvurusu [GK]**, B. No: 2018/1073, 22.05.2019, § 18.

³⁵⁵ Somut olgunun gösterilmesi gerektiğine dair **görüş için bkz.:** F. YENİSEY/ A. NUHOĞLU, “Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkındaki Görüşler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015 (10), s. 16.

şüphesinin varlığını gösteren somut deliller bulunduğu, yüklenen suçların yasada öngörülen ceza miktarı, işlendiği iddia edilen suçların önemli veciddi sayılan katalog suçlardan olması nedeniyle tutuklama nedeninin kanun gereğince varsayıldığı, ... alması muhtemel ceza göz önüne alındığında kaçma şüphesinin bulunduğu, soruşturmanın henüz tamamlanmaması nedeniyle şüphelinin delilleri yok etme, gizleme, tanık ve mağdurlar üzerinde baskı oluşturma şüphesinin bulunduğu, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. Maddesinde ifade olunan ölçülülük ilkesi uyarınca daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulamasının bu aşamada soruşturmaya konu suç ve bu şüpheli açısından yetersiz kalacağı ve amaca hizmet etmeyeceği kanaatine varılarak şüpheli ve müdafisinin serbest bırakılma istemlerinin reddi ile şüphelinin üzerine atılı olan Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçlarından 5271 sayılı CMK'nın 100. ve devamı maddeleri uyarınca tutuklanmasına...karar verildi."^{356,357}

³⁵⁶ Benzer yönde bkz.: AYM Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu [GK], B. No: 2016/22169, 20.06.2017, § 102; AYM Mustafa Özterzi başvurusu [GK], B. No: 2016/14597, 31.10.2019, §16; AYM Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusu, B. No: 2015/7908, 20.01.2016, § 34.

³⁵⁷ Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin, suçun katalog suç olmasının tutuklamaya kanuni karine getirdiği şeklindeki kabulün AİHM içtihatlarıyla (örn.: **Contrada v. İtalya**, B. No: 27143/95, 24.08.1998, §§ 58-65) ve AİHS ile bağdaşmadığı dolayısıyla da tutuklamanın yapılabilmesi için somut gerekçenin de bulunması gerektiğine dair kararları da bulunmaktadır.

Bu kararlara örnek için bkz.: "Tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerde suçun katalog suçlardan olması önemli bir yer tutmaktadır. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında başvurucuya atfedilen suçun da aralarında bulunduğu bazı suçlar için tutuklama nedenlerinin varlığı hakkında yasal bir karinenin mevcut olduğu anlaşılmaktadır (kaçma veya delilleri değiştirme ve tanıkları, mağdurları ve diğer kişileri baskı altına alma tehlikeleri). AİHM'in de vurguladığı gibi kanunun tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörmesi durumunda bile kişi özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren somut olguların varlığının ikna edici biçimde ortaya konması gerekir." (AYM Engin Demir başvurusu [GK], B. No: 2013/2947, 17.12.2015, § 66.) Ayrıca bkz.: Galip Doğru v. Türkiye, B. No: 36001/06, 28.04.2015, §§ 56-58.

Ancak 2016 yılında OHAL ilan edilmesinden sonraki kararlarında "Darbe teşebbüsünün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike, darbe teşebbüsüne ilişkin faaliyetler kapsamında...dikkate alındığında soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu

OHAL ilanı ile birlikte bu yönde artan kararlarda AİHS m. 15 dayanak olarak gösterilmiştir. Ancak AİHS m. 15'in devreye sokulmasıyla temel hak ve özgürlüklere yönelik bir sınırlama rejiminin benimsenmesi, hakları sonsuz bir sınırlama yetkisi vermemektedir; uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etme yasağı, çekirdek alandaki³⁵⁸ haklara dokunma yasağı³⁵⁹ ve elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerinin oluşturduğu ölçülülük ilkesi³⁶⁰ ile bu sınırlamanın da sınırları çizilmektedir.³⁶¹ Dolayısıyla olağanüstü halde durumu kontrol altına alabilmek adına her türlü tedbir alınabileceğine ilişkin bu yaklaşım, keyfi alıkoyma yasağını da ihlal eden ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Zira AİHM, *Alparslan Altan/Türkiye* kararında, 15 Temmuz 2016 askeri darbe teşebbüsünün sonrasında Türkiye'nin karşısına çıkan zorlukları göz önüne almaya hazır olduğunu³⁶² ancak OHAL ilanı ile birlikte tutuklamaya ilişkin CMK m. 100'e yönelik Anayasa ve AİHS m. 15 yönünden bir kısıtlama öngörülmediğini³⁶³ bu nedenle de somut gerekçe sunmadan delilleri listeleyip CMK m. 100'e genel

olabilir.” şeklindeki açıklamalarıyla AYM'nin, AİHS mevzuatından oldukça uzaklaşmış olduğu görünmektedir.

OHAL sonrası kararlardaki bu tür açıklamalara yönelik kararlar için **bkz.: AYM Selçuk Özdemir başvurusu [GK]**, B. No: 2016/49158, 26.07.2017, § 78; **AYM Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu [GK]**, B. No: 2016/22169, 20.06.2017, § 271.

³⁵⁸ 1982 Anayasasının benimsediği ve ek olarak Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesinin kabul ettiği **çekirdek alandaki haklar** şu şekildedir: Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaması, işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamelenin yasaklanması, köleliğin yasaklanması, din, inanç ve kanaat özgürlüğü, kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi ve keyfi alıkoyma yasağı, adil yargılanma hakkı, hürriyeti sınırlandırmaya karşı hukuki denetim. (Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 349-350.)

Daha detaylı bilgi için bkz.: T. ŞİRİN, “1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak”, Anayasa Hukuku Dergisi, 2016 (5), s. 504-517.

³⁵⁹ F. SAĞLAM, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü”, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s. 156.

³⁶⁰ **Lawless v. İrlanda (No. 3)**, B. No.: 332/57, 01.07.1967, §§ 31-38; **Aksoy v. Türkiye**, B. No.: 21987/93, 18.12.1996, §§ 68-70 & § 78.

“Ancak uygulamada, ölçülülük ilkesi görmezden gelinerek yaygın olarak otomatik tutuklama kararları verilerek **kanunun öngördüğü gereklilikleri yerine getirmenin yerine “halkın hislerini tatmin etme” amacıyla** tutuklama kararlarına rastlanmaktadır.” (Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, “İnsan Hakları Raporu (2016-2017)”, s. 457.)

³⁶¹ Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 347.

³⁶² **Alparslan Altan v. Türkiye**, B. No.: 12778/17, 16.04.2019, § 134.

³⁶³ **Alparslan Altan v. Türkiye**, § 117.

atıf yaparak AİHS tarafından öngörülen asgari koşulları sağlamaksızın tutuklamanın yapılmasının haklı görülemeyeceğini³⁶⁴ ifade etmiştir.

Failin anayasayı ihlal suçundan ötürü cezalandırılabilmesi için, yani suçun icrasına başlandığının kabul edilebilmesi için³⁶⁵ suç tanımında belirtilen “*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...*” fiillerden en az birini işlemeye yönelik “yakın” olarak hareketleri gerçekleştirmeye başlamış olduğunun³⁶⁶ şüpheyi yer vermeyecek şekilde “objektif” olarak ortaya konulması gerekmektedir.³⁶⁷ Bu yakın temasın objektif olarak kurulduğunu gösteren unsur da kişinin suç işlemeye yönelik gerçekleştirdiği önceden planladığı (*ex-ante*) icra

³⁶⁴ **Alparslan Altan v. Türkiye**, § 147.

³⁶⁵ Bu noktada suçun icrasına başlanıldığının kabulünde, **Yargıtay’ın** uygulayageldiği maddi objektif teoriye (Frank formülü) (**bkz.**: M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 408; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 455; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 487; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 487; M. E. ARTUK/ A. GÖKÇEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 600-601) göre; “suçun kanuni tarifinde unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığını kabul etmek gerekir. Gerçekleştirilen bir hareketin icra hareketi teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, hareketin harici olarak değerlendirilmesiyle yetinilmemeli, özellikle bu hareketin suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olup olmadığı ve suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verip vermediği de araştırılmalıdır. Bir hareket kısmi olarak tipik olmasa da mahiyeti itibarıyla yapılan değerlendirmeye göre tipik harekete zorunlu olarak bağlı ise icra hareketi sayılmalıdır.” şeklinde bir anlayış benimsediği görülmektedir. (**Yargıtay CGK**, 19.10.2010, E. 1-153, K. 206; **Yargıtay 16. CD**, 12.06.2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132; **Yargıtay 16. CD**, 15.01.2019, E. 2018/4590, K. 2019/391; **Yargıtay 16. CD**, 29.03.2019, E. 2019/1950 K. 2019/2164; **Yargıtay 16. CD**, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758.)

Ancak Yargıtay’ın kimi başka kararlarında sübjektif teoriyi benimsediği de görüldüğünden belli bir teoriye dayandığını söylemenin mümkün olmadığına dair **bkz.**: B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 343; K. İÇEL, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, İstanbul, 2014, 6. Bası, s. 456; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 11. Bası, s. 476-477 (Yazar, Yargıtay CGK’nın, TCK’nın m. 35 gerekçesinde benimsediği maddi objektif teoriyle uyumlu kararlar vermeye özen gösterdiğini belirtmektedir.)

En iyi çözüm olarak hakim kararına bırakmak gerektiğine dair **bkz.**: N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 295; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 290; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Bası, s. 335.

³⁶⁶ M. REIMANN/ J. ZEKOLL, “*Introduction to German Law*”, Hague, 2005, s. 402; J. BELL/ S. BOYRON/ S. WHITTAKER, “*Principles of French Law*”, New York, 2008, s. 216.

³⁶⁷ “Modern ceza hukuku da suç işleme kastıyla hareket eden kişinin o suç için hazırlık yapmasını, cezalandırılması için yeterli olmayacağını belirtmektedir.” **Bu bilgi için bkz.**: K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s.202.

Benzer yönde karar için bkz.: İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 287.

“Bu nedenle, fiilin kastedilen neticeyi elde etmeye uygun ve elverişli olması ve elverişli vasıtalarla zorlayıcı fiillere girişilmiş bulunulması, başka bir deyimle kastedilen neticeyi, yani Anayasa’yı tebdil, taşıyır veya ilga sonucunu doğurabileceğine objektif olarak ihtimal verilen icraî hareket olarak belirmesi gereklidir.” (**Yargıtay 9. CD**, 12.05.1987, E. 739, K. 2514)

hareketleri olarak kabul edilmektedir.³⁶⁸ Ancak icra hareketlerinin suçun oluşması için yeterli kabul edilmesi hali de icra hareketlerinin³⁶⁹ TCK m. 309 kapsamında güdülen amaca yani **anayasayı ihlale elverişli**³⁷⁰ olmasına bağlıdır.³⁷¹ Belirtilen

³⁶⁸ M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 608; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 454; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 500; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 430; K. İÇEL, F. SOKULLU-AKINCI ve diğerleri, *a.g.e.*, 3. Bası, s. 310; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 320; A. SÖZÜER, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 187; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s.202. N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 212; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 475. İcra hareketlerinin **ex-post olarak değerlendirilmesine ilişkin bkz.:** Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN (Bu bilgi için bkz.: İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 475, dipnot 855.)

³⁶⁹ “İcraya başlama, neticeyi meydana getirmeye elverişli hareketleri yapma demektir.” N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 458; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 290; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 430; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 490; K. İÇEL/F. SOKULLU-AKINCI ve diğerleri, *a.g.e.*, 3. Bası, s. 320.

³⁷⁰ “Elverişli hareket, hem suç tanımında yer alan fiili meydana getirmek için elverişli araç kullanmayı hem de failin özelliği, hukuki konunun niteliği ve diğer koşullar dikkate alınarak eylemin bütünü yönünden hareketin suçu gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir.” N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 458; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 411; K. İÇEL, *a.g.e.*, 6. Bası, s. 452; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2015, 9. Baskı, s. 602; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 487; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 489; U. ALACAKAPTAN, “İşlenemez Suç”, s. 61-62; E. ŞARE, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, TBB Dergisi, 2017, s. 129.

³⁷¹ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 283; D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 803; N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 342; N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 592; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8808; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 146; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 210.

Bu yönde örnek Yargıtay kararları için bkz.: “Bir tehlike suçu niteliğinde olan Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun niteliğinin doğal sonucu olarak ancak amaçlanan sonucun gerçekleşebilmesi tehlikesini doğurabilecek eylemlerin teşebbüs olarak kabulü mümkündür. Bu nedenle eylemin amaçlanan sonucu meydana getirmeye elverişli olması, elverişli vasıtalarla zorlayıcı eylemlere girişilmesi gerekir.” (Yargıtay CGK, 27.05.1997, E. 9-102, K. 127)

“Diğer bir deyişle maddedeki “teşebbüs eden” sözcüğü icra hareketine başlanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan da fiilin elverişli vasıtalarla icrasına başlanmış olması aranır. Bir fiilin 146. madde yönünden icra hareketi niteliğinde olup olmadığı hususu ise olayın akışına göre değerlendirilir.” (Yargıtay CGK, 07.07.1998, E. 9-187, K. 272)

“...Bu durumda 146. maddedeki hareketin ne olduğunun “teşebbüs” deyiminden yararlanılarak maddede öngörülen belirli neticelere yönelmiş ve bu neticeleri yaratmaya elverişli icra hareketleri şeklinde anlaşılması gerekmektedir...” (Yargıtay 9. CD, 30.9.1996, E. 688, K. 4716)

“...Bu nedenle fiilin kastedilen neticeyi elde etmeye uygun ve elverişli olması ve elverişli vasıtalarla zorlayıcı fiillere girişilmiş bulunulması....objektif olarak ihtimal verilen icrai hareket olarak belirlenmesi gereklidir. Fiilin elverişli olup olmadığının ise genel ve soyut bir belirleme dışında fiilin işlenme şekli, zamanı ve diğer bütün şartları birlikte değerlendirmek suretiyle tespit edilmek gerekir.” (Yargıtay 9. CD, 12.05.1987, E. 739, K. 2514; Yargıtay 9. CD, 23.06.1995, E. 2846, K. 4383)

“...anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda...eylemin amaçlanan neticeyi elde etmeye uygun ve elverişli olması, elverişli vasıtalarla zorlayıcı eylemlere girişilmesi gerekir.” (Yargıtay CGK, 23.11.1999, E. 9-274, K. 284)

“Bu tür örgütlerin devamlı ve ısrarlı bir biçimde uyguladıkları usul ve taktiklerin bütünü TCK 146. maddesinde yazılı suçla kastedilen neticeyi doğurmaya elverişli hareketler olarak düşünmek hatalı olmayacaktır.” (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 10.03.1983, E. 65, K. 63.)

amacı gerçekleştirmeye elverişli değilse hareket, TCK m. 309 kapsamında bir fiil olarak kabul edilmemektedir. Bundan ötürü fiilin elverişliliği araştırılırken hareketin netice yönünden nedensel değer taşıyıp taşımadığına³⁷², neticeyi oluşturmaya yeterli bir nitelikte ve kuvvette olup olmadığına yani “anayasal düzenin değiştirilmesini mümkün kılacak yoğunlukta olup olmadığına”³⁷³ bakılması gerekmektedir.³⁷⁴ Başka bir deyişle anayasayı ihlal suçu bakımından bu suçun meydana geldiğini söyleyebilmek için “*fail tarafından gerçekleştirilecek hareketlerin yapıldığı anda, ülkedeki mevcut durum dikkate alındığında, gerçekleştirilen hareketler ile anayasal düzene yönelik maddede gösterilen neticelerin gerçekleşmesinin muhtemel*”³⁷⁵ olup olmadığına bakılarak elverişli hareketlerin icra edilip edilmediğine karar verilebilir. Madde gerekçesinde de suç fiilini oluşturan hareketin elverişli olması gerektiği ve bu elverişlilik tespitinin takdirinin hâkime verildiği ifade edilmiştir³⁷⁶:

“...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.”

Yargıtay’ın, anayasayı zorla değiştirip yerine başka bir sistem getirme amacına yönelik olarak düzenlenen silahlı saldırıyı³⁷⁷, güvenlik güçleri ile çatışmayı³⁷⁸, bu

³⁷² N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 345.

³⁷³ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 286.

³⁷⁴ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 283-284.

³⁷⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 214.

³⁷⁶ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 286; TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

Bu yöndeki kararlar için bkz.: “Fiilin elverişli olup olmadığının ise, genel ve soyut bir belirleme dışında fiilin işlenme şekli, zamanı ve diğer bütün şartları birlikte değerlendirmek suretiyle tespit edilmek gerekir.” (Yargıtay 9. CD, 12.05.1987, E. 739, K. 2514)

“...eylemin amaçlanan neticeyi elde etmeye uygun ve elverişli olması, elverişli vasıtalarla zorlayıcı eylemlere girişilmesi gerekir... Eylemin işlenme şekli, zamanı, vahameti, etkisi, birlikte değerlendirilmelidir.” (Yargıtay CGK, 23.11.1999, E. 9-274, K. 284)

“Fiilin elverişli olup olmadığı her olayın özelliğine göre; fiilin niteliği, işleniş biçimi, işlenme zamanı, toplumda meydana getirdiği etki, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı, faaliyet alanı, ülke genelindeki organik bütünlüğü gibi ölçütler değerlendirilerek takdir edilecektir.” (Yargıtay 16. CD, 12.06.2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132)

³⁷⁷ “Sanığın mensubu bulunduğu silahlı çete niteliğindeki örgütün anayasayı zorla değiştirip yerine... sistem getirmek yönündeki amacına yönelik katıldığı kabul edilen eylemlerin mahiyeti

amaç için çalışan örgütün faaliyetleri olarak yapılan silahlı gasp³⁷⁹, insan kaçırma ve zorla alıkoyarak sorgulama³⁸⁰, araç yakma ve öldürmeye teşebbüs etme³⁸¹, öldürme³⁸², örgütün emrini eylemcilere iletme³⁸³, yurtdışından örgüte talimat verme³⁸⁴ gibi eylemleri bu suç bağlamında elverişli hareket saydığı kararlar olmuştur.³⁸⁵ Yargıtay, bu tür “*insan öldürme, yaralama, suikast, kurşunlama, bomba atma, sabotaj, banka soyma*” gibi eylemlerin cebir ve şiddet içeren eylemler olsa da tek başına anayasal düzeni ortadan kaldırmaya elverişli olmadığını ancak bir plan içinde uygulamaya konulması ve bir ihtilal malzemesi olarak sistemli ve örgütlü bir bağlantı içinde organik bir bütünlük arz etmesi

itibariyle TCK m.146/1 kapsamında düzenlenen suçu oluşturduğu...” (Yargıtay 9. CD, 06.02.2008, E. 2007/11339, K. 2008/684)

³⁷⁸ “Silahlı örgüte üye olan sanıkların...Akçatekir yaylasındaki örgüte ait evde *güvenlik güçlerince yapılan operasyon üzerine çıkan çatışma* sonucunda yakalandıkları,...eylemlerinin...anayasayı zorla değiştirip yerine dini esaslara dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik vahamet arz eden olaylardan olduğu...” (Yargıtay 9. CD, 06.02.2008, E. 2007/9830, K. 2008/651)

³⁷⁹ “Sanıkların mensubu bulundukları silahlı çete niteliğindeki yasadışı örgütün amacı doğrultusunda gerçekleştirdikleri anlaşılan *silahlı gasp eyleminin* niteliği itibariyle TCK m.146/1 uyarınca cezalandırılması gerektiği...” (Yargıtay 9. CD, 04.12.2001, E. 2001/2190, K. 2001/3084)

“Sanığın tespit edilen ilk fiili olan *silahlı gasp suçunun* ikinci fiili olan TCK’nın 146’ncı maddesinde gösterilen suçun maddi vakıalarından birisi olması ihtimali kuvvetlidir. Bu hususun tespiti halinde silahlı gasp suçu, TCK’nın 146’ncı maddesinde gösterilen suçun içinde eriyecektir...” (Askeri Yargıtay 3. Dairesi, 12.05.1981, E. 192, K. 180)

³⁸⁰ “Sanıkların operasyon sırasında mensubu bulundukları silahlı çete niteliğindeki örgütün amacına yönelik olarak güvenlik güçlerinin teslim ol çağrısına silahla karşılık vermek ve... *kaçarak sorgulama* şeklinde sabit olduğu kabul edilen eylemlerin TCK m.146/1 kapsamında düzenlenen suçu oluşturduğu...” (Yargıtay 9. CD, 28.01.2002, E. 2001/3011, K. 2002/130)

³⁸¹ “Sanık E.B.’nin katıldığı kabul edilen ve sabit olan *araç yakma ve bıçakla öldürmeye teşebbüs* derecesindeki müessir fiil eylemlerinin, amaç suçun işlenmesi doğrultusunda vahamet arz eden nitelikleri itibariyle TCK m.146/1 kapsamında bulunduğu...” (Yargıtay 9. CD, 08.06.2004, E. 2004/284, K. 2004/2596)

³⁸² “Sanıklardan... *örgütçe sorgulanıp bilahare öldürülen*... ile akıbeti belli olmayan... adlı şahısların kandırılıp evlerine getirilerek ellerinin, ayaklarının ve gözlerinin zorla bağlanarak alıkoyma eylemine katıldığıının anlaşılması...eylemlerin kül halinde TCK m.146/1 kapsamında tanımlanan suçu oluşturduğu...” (Yargıtay 9. CD, 13.06.2006, E. 2006/1278, K. 2006/3390)

³⁸³ “Sanığın silahlı örgütün askeri birim sorumlularından olduğu, *üstlerinden aldığı eylem talimatlarını içeren notları eylem yapacak kişilere iletmesi*... TCK m.146/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği...” (Yargıtay 9. CD, 01.11.2006, E. 2006/3214, K. 2006/5749)

³⁸⁴ “Sanığın *yurtdışından verdiği talimatlarla* örgütü sevk ve idare ettiği ve eylemlerin gerçekleştirilmesini sağladığı anlaşılmış olup bu şekilde oluşan eylemlerin niteliği, vahameti ve yoğunluğu nazara alındığında TCK m. 146/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği...” (Yargıtay 9. CD, 23.02.2004, E. 2004/2015, K. 2004/464)

³⁸⁵ **Söz konusu kararlara ulaşmak için bkz.:** ; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8809-8810, dipnot 1479-1484; V. BALTACI, *a.g.e.*, s. 145-147; V. SAVAŞ/ S. MOLLAMAHMUTOĞLU, *a.g.e.*, C. 2, 1995, s. 1515-1517.

halinde ilgili suç kapsamında olduğunu değerlendirmiştir.³⁸⁶ Suçun muhakemesine bakıldığında ise kişinin CMK m. 100/1 uyarınca tutuklanabilmesi için, yeterli şüphenin ötesinde³⁸⁷ somut delillere³⁸⁸ dayanan kuvvetli suç

³⁸⁶ **Askeri Yargıtay Daireler Kurulu**, 07.04.1983, E. 81, K. 86; **Yargıtay CGK**, 23.11.1999, E. 9-274, K. 284; **Yargıtay 16. CD**, 15.01.2019, E. 2018/4590, K. 2019/391; **Yargıtay 16. CD**, 24.09.2020, E. 2020/82, K. 2020/4391.

Yargıtay 15 Temmuz olaylarını 16. Ceza Dairesinin **14.07.2017 tarih 2017/1443-4758 sayılı** kararında açıkladığı üzere; “15 Temmuz 2016 günü işlenen somut darbe teşebbüsü, TCK’nın 309. maddesinde sayılan amaçlara matuf zarar tehlikesi doğuran vahim eylemler vasfını aşarak, anayasal düzeni doğrudan ortadan kaldırma neticesine yönelmiş, örgütün ülke genelindeki organik bütünlüğünden ve etkinliğinden istifade edilerek planlanıp uygulanmış, neticesi ve başarısı eş zamanlı, senkronize hareketlere bağlı hukuki anlamda **tek bir fiil** olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle örgütsel koordinasyon veya iştirak iradesi gereğince ve iş bölümü doğrultusunda bulunduğu mahal ve konumuna uygun, amaca hizmet eden ve katkı sunan icrai (ya da garantör olunan hallerde ihmali) harekette bulunarak bu suça iştirakin her halinin mümkün olduğunun kabulü gerekir.” şeklinde değerlendirerek iştirak olanağını genişleterek **cebir ve şiddet içermeyen** “*personel çağırma, çevre güvenliğini kontrol etme, atama listesinde yer alma, olay günü olay öncesinde diğer sanıklarla görüşme*” gibi eylemleri de ülke çapındaki anayasal düzenin ihlal edilmesine elverişli icra eylemleriyle illi bularak suçun icrasına ilişkin etkin ve fonksiyonel bir katılım olarak değerlendirmektedir. (**Yargıtay 16. CD**, 08.03.2021, E. 2020/84, K. 2021/1909; **Yargıtay 16. CD**, 01.07.2020, E. 2020/2422, K. 2020/3204) Ancak bu yönde bir değerlendirmenin, hem kanunilik ilkesi çerçevesinde “cebir ve şiddet kullanılması” kıstasını karşıladığı hem de suçun ve cezanın şahsiliği ilkesi çerçevesinde her sanık bakımından suç fiillerinin kapsamında kalındığı tartışılmalıdır.

³⁸⁷ Kişinin tutuklanabilmesi için **AİHS m. 5/1-c uyarınca öngörülen şüphe kriteri** ise “tarafsız bir gözlemciyi kişinin suç işleyebilmiş olacağına ikna edebilecek şekilde unsurların bulunması” şeklinde tanımlanan makul şüphedir. Bu noktada Türk hukukunda makul şüphenin tanımına yönelik Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği uyarınca ele alınan ifadenin aksine AİHM’in öngördüğü makul şüphe tanımında kolluğun değil de objektif bir üçüncü kişinin ikna edilmesinin aranması da aslında tutuklamanın yapılabilmesini daha zorlaştıran ve keyfi tutma yasağı için daha etkili bir güvence sağlayan bir husustur. Dolayısıyla makul şüphenin hukukumuzda ele alınış şekli “kolluğun değerlendirmesine” bağlı olduğu görüldüğü üzere iç hukukumuzda özgürlük ve güvenlik hakkına tanınan “kuvvetli şüphe”nin aranması şeklindeki kanuni güvence, AİHS’te ve AİHM içtihatlarıyla geliştirilen uluslararası hukukta öngörülen “makul şüphe” güvencesinden daha yüksek bir standarda işaret etmektedir. Bu halde AİHS m. 53 uyarınca iç hukukta daha güvenceli bir rejimin tanınması ama onun uygulanmayıp yerine AİHS’te tanınan güvencenin uygulanması AİHS’e aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla tutuklama tedbiri bakımından her ne kadar AİHS m. 5 uyarınca makul şüphe aransa da Türk uygulayıcıların Anayasa m. 19/3, CMK m. 100/1 ve AİHS m. 53’ü dikkate alarak tutuklama tedbirinde kuvvetli şüphenin varlığını araması beklenmekte ve gerekmektedir. (Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 302-303 & 310 & 334-335; T. ŞİRİN, “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı...”, s. 198.)

Makul şüphenin tanımladığı AİHM kararları için bkz.: Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, B. No: 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990, § 32; **O’Hara v. Birleşik Krallık**, B. No: 37555/97, 16.01.2002, § 34; **İlgar Mammadov v. Azerbaycan**, § 94; **Dinç ve Çakır v. Türkiye**, B. No: 66066/09, 09.07.2013, § 44.

Ayrıca “AİHM’in taraf devletleri, güvence altına aldıkları hak ve özgürlükleri sınırlamaları yönünde bir yükümlülük altında tutamayacağına” **dair bkz.: Handyside v. Birleşik Krallık**, B. No: 5493/72, 07.12.1976, § 54. (Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 310.)

³⁸⁸ Kuvvetli suç şüphesinin salt varlığının yanı sıra şüphenin, hâkim tarafından somut gerekçelerle birlikte desteklenmesi de kanunun aradığı bir gerekliliktir. Bu gereklilik, gerekçenin “ilgili ve yeterli” olmasını gerektirmekle birlikte AİHM içtihatlarında da **Buzadji/Moldova** (§ 52) kararıyla, önceden tutukluluğun devamı için aranan bir şart olmaktan çıkarak tutuklama tedbirine

şüphesinin³⁸⁹ varlığı aranmaktadır.^{390,391} Ancak bu şüphenin, “mahkûmiyet kararı verilirken aranan kesin kanaat derecesine ulaşmış olması”³⁹² gerekmemektedir.

başvurulmasının başından itibaren aranmaya başlamıştır. AİHM, “ilgili ve yeterli gerekçe” sunulmasının -“ilgili ve yeterli gerekçe” olarak ise *kaçma, delilleri yok etme, yeniden suç işlenmesini önleme, kamu düzenini tesis etme* şeklinde bir yaklaşım söz konusuydu.- zorunlu olması halini ilk kez *Stögmüller/Avusturya* (§ 4) kararında bahsettikten sonra *Letellier/Fransa* (§ 51-52) kararında geliştirmiş ve sonrasında da “Letellier Prensipleri” nazarında bu içtihadına birçok kararında değinmiştir. (Bkz.: *Labita v. İtalya*, § 153; *Kudla v. Polonya*, B. No : 30210/96, 26.10.2000, § 111 ; *McKay v. Birleşik Krallık*, B. No: 543/03, 03.10.2006, § 44; *Yağcı ve Sargın v. Türkiye*, § 50.) Söz konusu içtihat değişikliğinde AİHS m. 5/1-c’nin (suç isnadına bağlı olarak tutma) m. 5/3 uyarınca öngörülen derhal hakim önüne çıkarılma hakkı ile birlikte ele alınmasının Sözleşmeyle ve taraf devletlerin çoğunun iç hukukuyla daha uyumlu olacağı kanaati etkili olmuştur. *Buzadji/Moldova* kararının Türk uygulamasına etkisi ise CMK m. 100/3 kapsamındaki katalog suçların muhakemesinde ortaya çıkacaktır. Buna göre sulh ceza hâkimliklerinin ve derece mahkemelerinin tutuklamaya ilişkin verdikleri kararda, suçun “katalog suç” olduğuna yönelik atfın yeterli sayılmaması, zorunlu olarak her halde tutuklama nedeninin gösterilmesi ve gerekçelendirilmesi söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle bu içtihat değişikliği ile birlikte öngörülen yükümlülüğün, Türk hukukunda da “katalog suç” kurumunu anlamsız kıldığı hatta adeta zımnen ilga ettiği belirtilmektedir. Ancak söz konusu “ilga” veya katalog suçlara ilişkin bir değişiklik uygulamada henüz mevcut değildir. (Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, s. 306 & 308; T. ŞİRİN, “*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı...*”, s. 195-197.)

“Letellier prensibi”, tutukluluğun sürmesi için kuvvetli şüphenin devam etmesinin olmazsa olmaz bir şart olduğu, fakat belirli bir süre geçtikten sonra tutukluluğun devamını haklı kılmak için yeterli olmadığı ilkesi olarak ifade edilmektedir. Ancak AİHM, söz konusu “belirli bir süre” ifadesini kesin olarak somutlaştıramamıştır. (T. ŞİRİN, “*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı...*”, s. 194.)

³⁸⁹ Terör suçları veya organize suçlara ilişkin bir isnadın olması halinde bu suçların içerdiği gerekliliklerine binaen her ne kadar makul şüphenin tanımının esnetilebileceğini ve şüphenin makullüğü bakımından olağan standardın aranamayabileceğini değerlendirse de söz konusu gerekliliklerin, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunacak şekilde yorumlanmasının yine de mümkün olmadığı ve mutlaka suçun işlendiğine dair bilginin elde edilmiş olması gerektiği belirtilmektedir. (Bkz.: *O’Hara v. Birleşik Krallık*, § 35; *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, § 34.) Ancak tutuklama kararının devam ettiği hallerde şüphenin makullüğünün, *suçun terör suçu veya organize suç olmasına dayanılarak bile esnetilemeyeceği* vurgulanmaktadır. (Bkz.: *Labita v. İtalya*, B. No: 26772/95, 06.04.2000, §§ 157-159.) Bu noktada yeniden iç hukukumuzda bakılacak olursa mevzuatın (Anayasa m. 19 ve CMK m. 100/3) terör suçları - adi suçlar ayrımı yapmaksızın kriter olarak “kuvvetli suç şüphesini” öngördüğü görülecektir ki bu da AİHS m. 53 uyarınca daha ileri bir güvence sağladığı için iç hukuk kurallarının uygulanarak terör veya organize suçlarda dahi tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için kuvvetli şüphenin aranması demektir. Dolayısıyla bir terör suçu olarak tanımlanan anayasayı ihlal suçunda da tutuklama tedbirine başvurulurken kuvvetli suç şüphesi eşliğinin karşılanabilmesi ve şüphenin somut olgularla desteklenebilmesi gerekmektedir. Ancak AİHM’in yaptığı inceleme sonucu Türkiye’nin de bulunduğu 6 ülkede “*ağır suçların bulunması*” halinde “makul şüphe”nin kendiliğinden ve istisnaî olarak, tutuklama kararı verilmesinde yeterli kabul edildiği” gözlemlenmiştir. (Bkz.: *Buzadji v. Moldova*, B. No: 23755/07, 05.07.2016, § 52.) (Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, s. 303; T. ŞİRİN, “*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı...*”, s. 195-196.)

³⁹⁰ N. CENTEL/ H. ZAFER, *a.g.e.*, 16. Basi, s. 395; N. TOROSLU/ M. FEYZİOĞLU, *a.g.e.*, 18. Baskı, s. 254; T. KATOĞLU, *a.g.e.*, ABD, s. 21.

³⁹¹ Ayrıca Anayasa m. 19/3’te de “*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.*” ifadesiyle belirtildiği üzere kişinin tutuklanmasındaki temel şart kişinin suç işlediğine dair kuvvetli şüphenin olmasıdır. (Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, s. 311.)

AYM, tutuklamanın temel unsuru olarak kabul ettiği kişinin suçluluğu hakkında bulunan kuvvetli belirtinin³⁹³ inandırıcı delillerle desteklenmesi gerektiği yönünde bir içtihat benimsemektedir.^{394,395} Bu yöndeki kabulün ise kuvvetli suç şüphesinin somut delillerden çok inandırıcı delillerden hareketle değerlendirildiği anlamına geldiğine işaret edilmektedir.³⁹⁶ Ancak AYM'nin “inandırıcı delil”leri tayin ederken benimsediği yaklaşımın neye dayandığını anlamak her kararında mümkün olmamaktadır. Örneğin, *Mehmet Haberal* başvurusunda, başvurusunun yargılandığı davanın iddianamesindeki iddia edilen fiillerin inandırıcı delil olduğuna karar vermesinden³⁹⁷ sonra bozma ile yeniden yargılanmasına başlanan davada savcının esas hakkında verdiği mütalaada davanın inandırıcı delillerle kanıtlanamadığını ifade etmesi ilginçtir.³⁹⁸ Başka bir kararında³⁹⁹ da kişilerin yaptığı haberlerin veya yazdığı yazıların kuvvetli suç şüphesi oluşturmayacağından ve kişinin basın mensubu olması halinde basın özgürlüğü kapsamında yargı mercilerinin daha özenli davranması gerektiğinden bahsetmiştir.^{400,401} Benzer yönde *Ayhan Bilgen* başvurusunda ise elde edilmiş olan

³⁹² F. YENİSEY, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 223.

³⁹³ “Belirti” ifadesinin Alman Ceza Kanunundan “şüphe sebepleri” yerine hatalı olarak çevrildiğine bu nedenle “belirti”nin genel anlamda “temsili delil”leri ifade ettiğine ve buradaki “belirti” ifadesinin tutuklamaya ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilebileceğine **dair bkz.:** Feridun YENİSEY ve Ayşenur NUHOĞLU. (**Bu bilgi için bkz.:** Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 312-313.)

Muhakeme hukukunda belirtiye dair daha detaylı çalışma için bkz.: B. ERMAN, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri*”, GSÜHFD, Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010 (1), s. 679-701.

³⁹⁴ Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 313.

³⁹⁵ **AYM Hikmet Kopar ve diğerleri başvurusu [GK]**, §§ 29-30; **AYM Mustafa Ali Balbay başvurusu**, B. No: 2012/1272, 04.12.2013, § 72; **AYM Mehmet Osman Kavala (2) başvurusu [GK]**, B. No: 2020/13893, 29.12.2020, § 71; **AYM Mehmet Hasan Altan (2) başvurusu [GK]**, B. No: 2016/23672, 11.01.2018, § 116.

³⁹⁶ Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 314.

³⁹⁷ **AYM Mehmet Haberal başvurusu**, B. No: 2012/849, 04.12.2013, § 77.

³⁹⁸ Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 315.

³⁹⁹ **AYM Şahin Alpay başvurusu [GK]**, §§ 99-101, § 133 ve § 145. **Benzer yönde bkz.:** **AYM Mehmet Hasan Altan (2) başvurusu [GK]**, §§ 144-148.

⁴⁰⁰ Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 319.

⁴⁰¹ Bu tür kararlarının yanı sıra bireysel başvurunun ikincilliği iddiası çerçevesinde kuvvetli belirti tartışmaktan imtina ettiği de görülmektedir. **Bkz.:** **AYM Mahir Kanaat başvurusu**, B. No: 2017/12653, 30.10.2018, § 67.

Ancak AYM'nin istikrarlı olarak devam ettirdiği bir durum, AİHM içtihatlarına uygunluk sağlamaya çalışarak tutuklama tedbiri için Anayasa m. 19/3'te belirtilen “kuvvetli belirti” eşiğinden daha düşük bir şüphe eşiğini kabul etmesidir. Buna bağlı olarak da tutuklama tedbirinin alınması aşamasında aranacak şüphe kriterinin yoğunluğunun ceza yargılamasının ilerleyen

bilgilere göre somut olayda başvurucunun, isnat edilen suç işlediğine dair kuvvetli belirtinin yeterince ortaya konulamadığı yönünde bir karar vermiştir.⁴⁰² Dolayısıyla devletin anayasal düzenince uygun bulunmayan⁴⁰³ ve cebri içeren bir davranış tespit edilmiş olsa dahi bu davranışın, anayasayı ihlal suçunu oluşturmaya yeterli yoğunlukta ve elverişlilikte olup olmadığının değerlendirilmesi ve yeterli yoğunluğa ulaşmaması ve elverişli olmaması halinde davranışın bu suç kapsamında cezalandırılmaması gerekmektedir.⁴⁰⁴ Bu hususta Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminden itibaren devam eden yerleşik içtihatlarının çoğunluğunda sanık fillerinin maddedeki sonuçları amaçladığının tespit edilmesinden sonra değerlendirmesinde kullandığı “*sanığın vahamet arz eden olaylar cümlesinden olduğu*”, “*sanığın vahamet arz eden olaylara fiilen katıldığına kabulü*”, “*...eylemlerin niteliği, vahameti ve yoğunluğu nazara alındığında...*” gibi “**vahamet**” arz eden⁴⁰⁵ ifadelerin temel prensip olan neticeyi

aşamalarındakinden daha az olması, aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekirmiş gibi bir varsayımla hareket ettiği gözlemlenmektedir. (T. ŞİRİN, “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı...”, s. 112.)

Bahsedilen AİHM kararlarına örnek için bkz.: Murray v. Birleşik Krallık, § 55; Talu v. Türkiye, B.No. 2118/10, 04.12.2012, § 25; Brogan ve diğerleri v. Birleşik Krallık, B. No: 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29.11.1988, § 53.

AYM kararları için bkz.: AYM Mustafa Ali Balbay başvurusu, § 73; AYM Mehmet Haberal başvurusu, § 71.

⁴⁰² **AYM Ayhan Bilgen başvurusu [GK], B. No: 2017/5974, 21.12.2017, §§ 120-122.**

⁴⁰³ Bu sebeple anayasal düzeni değiştirmeye yönelik örgüt kurulması veya propaganda yapılması anayasayı ihlal suçunun oluşması için yeterli değildir. (İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 282-283, dipnot 44-45; N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 346.) Bu noktada **elverişlilik, suç tanımındaki amacı gerçekleştirmeye yetecek kadar araç gereç, silah ve yeterli sayıda personelin bulunması ile gerçekleşmiş sayılmalıdır.** (D. SOYASLAN, “*...Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 803)

“Kanunumuz, icraya başlamayı ifade eden hareketlerin yapılması halinde teşebbüsün cezalandırılmasını kabul etmektedir. *Bu madde ile cezalandırılan icra hareketleri olduğuna göre, Anayasayı ihlâl matuf cemiyet veya silahlı çete kurulması veya propaganda yapılması bu maddeyi ihlâl sayılmayacak, bu şekildeki hareketler, (şartları gerçekleşmiş ise, mülga 765 s.) TCK.nun 168-171. maddeleri gereğince cezalandırılacaktır.*” (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 24.04.1972, E. 30, K. 29)

⁴⁰⁴ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 346.

⁴⁰⁵ **Bu yöndeki kararlar için bkz.: “DHKP/C-Devsol örgütüne üye olan sanıkların...yolu taşla kapayıp yoldan geçen otoyolu gasp edip içindeki kişileri etkisiz hale getirerek araçla uzaklaştıkları olay; yasadışı amaçları için şiddet eylemlerine girişmeleri, organik ve örgütsel bütünlük içinde öngördükleri amaca ulaşma tehlikesi doğurduğundan “vahamet” arz eden niteliktedir.” (Yargıtay CGK, 03.11.1999, E. 9- 274 K. 284)**

“Sübutu kabul edilen eylemlerin, niteliği itibarıyla örgütün amacı doğrultusunda amaç suçun gerçekleşmesine yönelik olarak *vahamet arz ettiğinin* tüm dosya kapsamında anlaşılması karşısında TCK’nın 146. maddesi uyarınca cezalandırılması...” (Yargıtay 9. CD, 08.12.2003, K. 2003/478, E. 2003/2194)

meydana getirmeye elverişli icra hareketi olma kıstasını somut olarak karşılamadığı ve uygulamada aksi kararlar⁴⁰⁶ görülse de silahlı örgüt faaliyeti kapsamında işlenen her türlü cebir içeren hareketin elverişli icra hareketi olup olmadığı tartışılmaksızın⁴⁰⁷ anayasayı ihlal suçunu oluşturduğu yönünde yerleşik bir algı olduğu görülmektedir.⁴⁰⁸ Ancak böyle bir “kabulün” genişliği ve belirsizliği göz önünde bulundurulduğunda bu yöndeki Yüksek Mahkeme kararlarının hem ceza hukuku prensiplerine hem hukuk düzenine hem de toplumun ihtiyaç duyduğu ceza adaletine ciddi zarar verdiği açıktır.

Bu noktada anayasayı ihlal suçu bakımından da ayırt edilmesi gereken bazı hususları belirtmekte fayda görülmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere hukuk düzeni dış dünyaya yansıyan davranışlarla ilgilendiği⁴⁰⁹ ve “düşünce suçu” diye bir suçu da barındırmadığı için⁴¹⁰ kişinin psişik dünyasında kalan mevcut anayasal düzene ilişkin karşıt fikirlerin, salt mevcut düzende muktedir olanlar tarafından

“16 Haziran Hareketi adlı silahlı örgütün...anayasayı zorla değiştirip yerine Markist-Leninist ilkeye dayalı bir sistem getirmek şeklindeki *amacına yönelik vahamet arz eden eylemleri* gerçekleştirdiği...” (Yargıtay 9. CD, 23.02.2004, E. 2004/2015, K. 2004/464)

⁴⁰⁶ Bu yöndeki kararlar için bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 135, dipnot 92 ve K. E. YAŞAR, a.g.e., s. 210, dipnot 65.

“Bu durumda 146. maddedeki hareketin ne olduğunun “teşebbüs” deyiminden yararlanılarak maddede öngörülen belirli neticelere yönelmiş ve bu neticeleri yaratmaya elverişli icra hareketleri şeklinde anlaşılması gerekmektedir.” (Yargıtay 9. CD, 30.09.1996, E. 688, K. 4716)

“Anayasal düzeni zorla değiştirmeye kalkışma suçunun oluşabilmesi için fail tarafından *bu amaçla silahlı örgüt kurulması yeterli olmayıp, kurulan örgütün amaç suçun işlenmesi doğrultusunda ülke genelinde bu amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte cebir ve şiddet içeren ve ağır suç teşkil eden icra hareketlerine girişmiş olması da gerekir.*” (Yargıtay 9. CD, 23.02.2004, E. 2004/2015, K. 2004/464)

“...Anayasayı ihlal suçunun işlenebilmesi için fail tarafından cebir ve şiddet kullanılması gerekir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmek amacıyla *silahlı örgüt kurulması yeterli olmayıp, kurulan örgütün amaç suçun işlenmesi doğrultusunda ülke genelinde bu amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte cebir ve şiddet içeren ve ağır suç teşkil eden icra hareketlerine girişmiş olması da gerekir.*” (Yargıtay 9. CD, 25.1.2010, E. 2009/11204, K. 2010/855)

⁴⁰⁷ H. H. SUNGUR, a.g.e., 1961, s. 182.

⁴⁰⁸ N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 132-134; K. E. YAŞAR, a.g.e., s. 223.

⁴⁰⁹ D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 236; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, a.g.e., 2. Baskı, s. 199; T. DEMİRBAŞ, a.g.e., 11. Baskı, s. 223; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 162. S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, a.g.e., C. 1, 3. Bası, s. 382; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, a.g.e., 10. Baskı, s. 214; H. HAKERİ, a.g.e., 19. Baskı, s. 154; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, a.g.e., 13. Baskı, s. 88; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, a.g.e., 22. Baskı, s. 130; N. CENTEL ve diğerleri, a.g.e., 9. Bası, s. 232; T. KATOĞLU, a.g.e., Doktora Tezi, s. 134.

⁴¹⁰ H. HAKERİ, a.g.e., 19. Baskı, s. 147 & 154; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, a.g.e., C. 1, 3. Bası, s. 384; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, a.g.e., 13. Baskı, s. 422; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, a.g.e., 3. Baskı, s. 193.

hoş karşılanmaması ve karşı konulmasına gerek duyulması⁴¹¹ nedeniyle veya anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlıyor olmasına rağmen yani darbe planı yapma veya darbe düşüncesine sahip olma⁴¹² halinin bir düşünce açıklaması şeklinde kalmasının⁴¹³ dışında dış dünyada bir fiili yansıma bulmaması halinde TCK m. 309 kapsamında cezalandırılması mümkün değildir⁴¹⁴, mümkün de olmamalıdır. Bunun nedeni mevcut anayasal düzene muhalif kalan eleştirel düşüncelerin, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10 uyarınca hem de Anayasa m. 25 ve 26 uyarınca “düşünce ve ifade özgürlüğü” kapsamında hukuki koruma ve güvence altına alınmış bir hak olmasıdır. Dolayısıyla bu yöndeki muhalif düşünceleri anayasayı ihlal suçunun kapsamına dâhil etmek, asıl devletin düşünce ve ifade özgürlüğünü korumak yönündeki pozitif yükümlülüğünü ihlal etmesine ve de demokrasilerde olması amaçlanan ve toplumun menfaatine olan fikir çeşitlilikleri arasında mevcut anayasal düzenin tartışılmasının engellenmesine⁴¹⁵ neden olacaktır. Ayrıca düşünceyi ve ifadeyi yasakladığından antidemokratik⁴¹⁶ olarak nitelendirilecektir. Bu hususta başka bir ince çizgi ise anayasal düzene karşı olan düşüncelerin cebir ve şiddete başvurulmaksızın savunulması halinde ortaya çıkacaktır. Zira madde tanımının kendisinde yer alan “cebir ve şiddet” ifadesinin varlığından ötürü cebir ve şiddet içermeyen ancak anayasal düzenin değişmesi gerektiği yönünde kanaatlerin savunulduğu eylemlerin de anayasayı ihlal suçu kapsamına dahil etmek hem temel hak ve hürriyetlere hem de ülke demokrasisine yönelik ciddi bir tehdit oluşturacaktır

⁴¹¹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 129.

⁴¹² B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 100.

⁴¹³ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 244.

⁴¹⁴ Bu yönde benzer görüş Paolo Rossi tarafından “*Attentato contro la Costituzione dello Stato*” adlı çalışmasında “...kamuya ifşa edilsin ya da gizli olsun; yazılı veya sözlü her türlü propagandanın anayasal düzene yönelik suç kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu hususta Fransız Yargıtay’ının 26 Nisan 1817’de vermiş olduğu, kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Fransız Ceza Kanunu’nun 87. maddesine ilişkin kararına göre, maddi olmayan hareketlerin yani söylemlerin ve yazıların hiçbir şekilde kalkışmayı oluşturan dışsal hareketi (davranışı) teşkil etmeyecekleri” şeklinde ifade edilmiştir. **Bu bilgi için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 129.

Ayrıca bkz.: F. EREM, “Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler”, C. 2, s. 1062.

⁴¹⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 131.

⁴¹⁶ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 100.

çünkü anayasayı ihlal suçu ile mevcut anayasal düzenin fıkren reddedilmesi⁴¹⁷ arasında önemli bir ayrım söz konusudur.

2.1.3.1.1. Cebir ve şiddet kullanımı

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'na ilişkin tasarıda anayasayı ihlal suçunun maddesindeki ifade “cebir veya tehdit kullanarak” şeklinde düzenlenmiştir ancak verilen önerge ile ifade “cebir ve şiddet” olarak değiştirilmiş ve mecliste o şekilde kabul edilerek kanunlaştırılmıştır.⁴¹⁸ Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun kanuni tanımı “cebir ve şiddet kullanarak” ifadesiyle başlamaktadır. Bu durumda kanuni suç tanımında “cebir ve şiddet kullanarak teşebbüs” etme hali söz konusu olup mevcut fiillerin oluşabilmesi adına teşebbüsü oluşturan hareketin “cebir ve şiddet” içermesi aranmaktadır.⁴¹⁹ Bu hususta “cebir ve şiddet” kavramının suç kapsamında ne olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair tartışmalar mevcuttur. Doktrinde çoğunluk ve iştirak edilen görüşe göre “cebir ve şiddet”, suçun unsuru⁴²⁰ olarak değerlendirilmektedir. Bunun aksine “cebir ve şiddetin” suçun unsuru olarak değil de suçun niteliği⁴²¹ şeklinde ele alınması gerektiği de mevcut görüşlerdendir. “Cebir ve şiddeti” suçun niteliği olarak değerlendirenler⁴²², “cebir ve şiddetin” harekete veya neticeye yönelik⁴²³

⁴¹⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 129-130.

⁴¹⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 60, Yasama Yılı: 2.

Bu hususta şunu da belirtmek gerekir ki Hükümet Tasarısında 363. maddede düzenlenen anayasayı ihlal suçu için öngörülen en önceki formül, hükmün “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle...*” şeklinde başlamasına yönelikti ancak TBMM Adalet Komisyonundaki müzakereler sırasında bu ifade değiştirilmiştir. (İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 281)

⁴¹⁹ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 347.

⁴²⁰ D. SOYASLAN, “... *Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 813; İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 278; N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 348; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4171; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 216; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1719;

⁴²¹ A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 171; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1069; İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 278; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 137; B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 126.

⁴²² “765 s. TCK döneminde kanun hazırlayıcıların, ilgili suç maddesinde (m. 146) yer alan “cebiri” ifadesinin fiil bakımından bir unsur olarak değil neticeye ait bir vasıf olarak değerlendirmesi söz konusudur. Bu bağlamda fiilin cebri olması aranmaz, failin istediği değişikliğin cebri olması aranır ki bu da anayasaya aykırı ve anayasa dışı vasıtalarla icra edilmek istenen değişikliğe ve de “cebre” ifadesinin “anayasa dışı” anlamına gelmesine işaret eder.” (F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1069.)

olduğunu dile getirerek ayrıca bir unsur teşkil etmediğini savunmaktadır. Bir başka görüş ise “cebrin” bir cezalandırabilme şartı olduğunu ileri sürmüştür.⁴²⁴

Öncelikle bu ifadenin açıklanmasında fayda görülmektedir. “Cebir” kavramı Türk Ceza Kanunu’nda farklı suç tiplerine ilişkin hükümlerde farklı şekillerde tanımlanabildiği dolayısıyla “cebir” kavramının, kanundaki çeşitli suç tiplerinde kullanılırken her zaman aynı anlama gelmediği ifade edilmektedir.⁴²⁵ Bununla da “cebir” kavramının kullanıldığı bağlama göre farklılık gösterebileceği⁴²⁶ çünkü kişiler arasında boy gösteren cebri hareketler ile toplulukların ve devletin bizzat kullandığı veya kendilerine karşı gerçekleştirilen cebir hareketlerinin ortak tanımını bulmanın zorluklar barındırdığını gösterdiği belirtilmektedir.⁴²⁷ Aksi yönde ise “cebrin” tüm suçlar bakımından aynı şekilde yani her ne kadar tanım yapılmamış olsa da TCK m. 108 uyarınca “*Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde...*” şeklindeki açıklamadan yola çıkılarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁴²⁸

Cebrin, genel anlamda fertlerin iradelerine etki ederek iradenin zorlanmasıyla ortaya çıkacağı açıktır.^{429,430} Nitekim “cebir ve şiddet” ifadesindeki

⁴²³ Özek ve Erem cebrin hem harekete hem de neticeye dahil olabileceğini savunurken *Gözübüyük* cebrin harekete (fiile) değil meydana getirdiği değişikliğe (neticeye) ilişkin olduğunu savunmaktadır. *Soyaslan* ise cebri suçun unsuru kabul etmekle birlikte suçun şekli bir suç olmasından dolayı bu tür bir tartışmanın faydasız olduğunu ve hareket yapıldığı anda neticenin meydana geldiğini söyleyerek cebrin hem harekette hem de neticede olduğunu ileri sürmektedir. (N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 180-181 ve D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 813.)

⁴²⁴ H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 183.

⁴²⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 175.

⁴²⁶ D. A. REIDY/ W. J. RIKER, “*Introduction*”, *Coercion and the State*, Springer, 2008, s. 1.

⁴²⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 175.

⁴²⁸ İ. ÜZÜLMEZ, “*Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*”, Ankara, 2007, s. 47.

⁴²⁹ İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 278; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8806-8807; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 303; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 423; K. İÇEL, F. SOKULLU-AKINCI ve diğerleri, *a.g.e.*, 3. Bası, s. 278-279; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. II, 5. Bası, s. 339; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 457; A. SÖZÜER, “*Tehdit Suçu*”, İÜHF, 1994 (54), s. 129; M. KOCA, “*Yağma Cürümleri*”, Ankara, 2003, s. 132 & 143.

⁴³⁰ Kelime anlamı olarak “bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanması” şeklindeki tanım için bkz.: E. YILMAZ, “*(Öğrenciler için) Hukuk Sözlüğü*”, Ankara, 2015, 6. Baskı, s. 133.

“cebir” kavramının genel anlamda aslında hem “maddi cebir (şiddet)” hem de “manevi cebir (tehdit)” kavramlarını içeren bir üst başlık olduğunu söylemek gerekmektedir.⁴³¹ Şiddet (maddi cebir) “bir engeli ortadan kaldırmak için fiziki anlamda bir güç kullanılmasını” ifade ederken tehdit (manevi cebir) ise “gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan gelecekteki kötülüğün gerçekleşecekmiş gibi gösterilmesine” işaret etmektedir.⁴³² Her iki cebir türü de zorlama aracı olarak kullanılmaktadır.⁴³³ Türk hukukunda, İtalyan doktrininin etkisiyle, “tehdit” kavramı⁴³⁴ ile manevi cebrin de ifade edilmesi, “tehdidin kişinin irade hürriyeti üzerindeki etkisi açısından” doğru kabul edilmektedir.⁴³⁵ Tehdit bu bağlamda, “kişinin irade oluşturma ve oluşturmuş olduğu iradeye göre hareket edebilme serbestisinin ihlal edildiği araçlardan biri”⁴³⁶, “kişinin bir zarara uğratılacağı hususunda korkutulmak suretiyle iradesine etkide bulunularak gelecekte belli bir şekilde hareket etmesinin sağlanması”⁴³⁷ veya “gelecekteki herhangi bir kötülüğün (haksızlığın) gerçekleştirileceği beyanı”⁴³⁸ olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla tehdit, manevi (maddi olmayan) güçten, etkiden, zorlamadan ibarettir.⁴³⁹

Ayrıca “zor, zorlayış, bir işi yaptıрма için zora başvurmak”, bir şey yaptırmak için maddi veya manevi kuvvet kullanma” yönünde yapılan tanımlamalar için **bkz.:** M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 131.

⁴³¹ N. TOROSLU/ Y. ERSOY, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu -II- Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 12; N. TOROSLU, a.g.e., s. 347; M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 131; N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 178.

“Cebir” kavramına “tehdidin” dahil olduğuna, “tehdidin” manevi cebirden ibaret olduğuna ancak uygulamada “tehdidin”, “cebirden” ayrı olarak nazara alındığına ilişkin **bkz.:** F. EREM, “Ceza Hukukunda “Cebir” Kavramı”, Yargıtay Dergisi, 1990 (16), s. 94-95.

⁴³² S. BAKICI, “Tehdit Suçu ve Unsurları”, ABD, 1992/5, s. 717.

⁴³³ M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 132.

⁴³⁴ K. İÇEL, F. SOKULLU-AKINCI ve diğerleri, a.g.e., 3. Bası, s. 280; İ. ÜZÜLMEZ, “Tehdit, Şantaj ve Cebir...”, s. 51; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, a.g.e., 22. Baskı, s. 243.

⁴³⁵ A. SÖZÜER, a.g.e., İÜHF, s. 131; İ. ÜZÜLMEZ, “Tehdit, Şantaj ve Cebir...”, s. 54; M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 174.

⁴³⁶ İ. ÜZÜLMEZ, “Tehdit, Şantaj ve Cebir...”, s. 49.

⁴³⁷ H. HAKERİ, a.g.e., 19. Baskı, s. 424; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, a.g.e., C. II, 5. Bası, s. 340; K. İÇEL, “...Genel Hükümler”, 2014, s. 426; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 458; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, a.g.e., V. Ö. ÖZBEK/ M. N. KANBUR/ K. DOĞAN/ P. BACAĞSIZ ve İ. TEPE, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2016, 7. Baskı, s. 433.

⁴³⁸ İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 411; F. EREM, a.g.e., Yargıtay Dergisi, s. 94.

⁴³⁹ F. EREM, a.g.e., Yargıtay Dergisi, s. 95; M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 132; İ. ÜZÜLMEZ, “Tehdit, Şantaj ve Cebir...”, s. 54.

Bunun yanında şiddet ise kişiler ve eşyalar üzerinde maddi (fiziksel) gücün, enerjinin kullanılması, uygulanmasıdır.⁴⁴⁰ Şiddetin kelime anlamlarına bakıldığında ise “*karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma, bir hareketin, bir gücün derecesi, sertlik, kaba güç*”⁴⁴¹ veya “*beden gücünün kötüye kullanılması, silahlı etkinlikler ve aşırı bir saldırganlık özelliği taşıyan ilişkilerle belirginleşen edimlerin tümü*” şeklinde tanımlandığı, dolayısıyla bu kapsamda hukuka aykırı olarak kullanıldığı ve hukuk kurallarına yönelik bir saldırı mahiyetinde olduğunun belirtildiği⁴⁴² de görülmektedir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun m. 2/1-d uyarınca da şiddet, “*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı*” şeklinde tanımlanmıştır. Buradan hareketle şiddetin, birden fazla boyutunun ve türünün olduğu da görülmektedir. Şiddetin dar veya geniş yorumlanması da söz konusu olduğundan bahsedilmekle birlikte bireysel ve grup halindeki aktörlerin birbirleri arasında gerçekleşen eylemlerin veya devletle arasında “kolektif olarak gerçekleşen terör eylemlerinin, savaşların, soykırımların, ihtilallerin” dar kapsamda; “fiziksel veya ruhsal etkisi açıkça ölçülemeyen, dolaylı veya somut olarak hissedilen baskıların”⁴⁴³ ise geniş kapsamda şiddet olarak değerlendirildiği kaydedilmektedir.⁴⁴⁴ Anayasayı ihlal suçundaki “şiddet” vurgusunda da bu

⁴⁴⁰ O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8806; V. BUFACCHI, “*Two Concepts of Violence*”, University College Cork Political Studies Review, 2005 (3), s. 196.

⁴⁴¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. (“<https://sozluk.gov.tr/>” adresinden erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 30.05.2021)

⁴⁴² A. TÜRAY, “*Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*”, Ankara, 2016, s. 260-261.

Bu noktada şiddetin maddi zor anlamına gelmesinden ayrı olarak özellikle kişi hak ve hürriyetlerine yönelik “ihlal, saldırı” anlamının da olduğunun altı çizilmiştir. (V. BUFACCHI, *a.g.e.*, s. 196.)

⁴⁴³ N. ÖZÇAKAR/ G. LİMNİLİ, “*Farklı Boyutlarıyla Şiddet*”, Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi, 2017 (9), s. 56. (Örneğin; medya terörü, ekonomik şiddet, trafik terörü gibi hallerin geniş anlamda şiddetin kapsamına girdiği belirtilmektedir. Bu örneklerinden de yola çıkarak geniş kapsamda şiddetin, bir *genellik* içerdiği de söylenebilecektir.)

⁴⁴⁴ A. TÜRAY, *a.g.e.*, 2016, s. 262.

bağlamda dar kapsamda bir şiddetin kabulü söz konusudur çünkü geniş kapsamda bir şiddetin kabulü; hem bu suç kapsamında kullanılan şiddetin, anayasal düzenin ortadan kaldırılmasına, değiştirilmesine ve fiilen uygulanmasının engellenmesine ilişkin olarak ortaya çıktığının belirlenmesinde yetersiz kalacaktır hem de şiddetin kavramını genişleterek bu suçun ortaya çıkışını daha kolaylaştıran bir kapsam çizmiş olacaktır.

“Cebir ve şiddet” kavramı ise “fiilen var olan veya beklenen bir mukavemeti kırmak veya engellenmek amacıyla bedensel olarak etki eden her türlü zorlama” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁴⁵ Bu kavrama ilişkin 2003 tarihinde sunulan Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nda m. 4/7 uyarınca “cebir ve şiddet deyiminden, maddi zor halleri anlaşılır.”⁴⁴⁶ ibaresiyle kavramın, içeriğinin belirlenmesi bakımından yetersiz kalmasına rağmen ne anlama geldiği açıklanmaya çalışılsa da kanunun kabul edilen halindeki “Tanımlar” başlığı adı altındaki 6. maddede tasarındaki bu kısım yer almamaktadır bu nedenle de 5237 sayılı kanunda kavramın nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin –manevi cebri de kapsayıp kapsamayacağı yönünde- bir açıklık mevcut değildir. Cebir, şiddet ve tehdit kavramlarının bu kadar iç içe ve belli bir standart uygulanmaksızın kullanıldığı bir kanunda, tasarındaki bu yetersiz ancak yine de suç tanımlarında yer alan bu kavramlar arasında ayırıcı bir kriter getiren isabetli açıklamanın yer alması gerektiği düşünülmektedir.⁴⁴⁷

Diğer yandan bağlamsal farklılığın söz konusu olduğu düşünüldüğünde “cebir” kavramının Türk Ceza Kanunu’nda gerçekte olduğu gibi geniş anlamda üst bir başlık şeklinde değil de dar bir kapsamda sadece “maddi cebir (şiddet) anlamında kullanıldığı bu nedenden ötürü de TCK m. 309 kapsamındaki “cebir” ifadesinin devamındaki “şiddet” kavramı ile aynı anlama⁴⁴⁸ denk gelecek şekilde kullanıldığı ve de bu suçun sadece tehdit içeren hareketlerle yani manevi cebirle

⁴⁴⁵ M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 143.

⁴⁴⁶ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 256.

⁴⁴⁷ Koca ise “tasarıdaki açıklamanın ne anlama geldiğini belirlemenin güçlüğünden ve kavramın içeriğine ilişkin bir tanım yapılmadığından ötürü **tanımın yapılması ile yapılmaması arasında bir fark olmadığını**” ifade etmiştir. (M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 131.)

⁴⁴⁸ İ. ÖZGENÇ, “Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)”, 2005, 2. Bası, s. 408.

işlenemeyeceği de belirtilmektedir.⁴⁴⁹ Ancak aynı görüş uyarınca mülga 765 sayılı TCK m. 146 uyarınca “*Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini ıskata veya vazifesini yapmaktan men e cebren teşebbüs edenler...*” ifadesindeki “cebren” kavramı için fiile yani teşebbüse ilişkin olduğu belirtilip “cebri” kavramının “maddi cebri (şiddeti)” olduğu kadar “manevi cebri (tehdidi)” de içerdiğinin dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun 765 sayılı TCK m. 146 uyarınca manevi cebirle (tehdit) de işlenebileceğinin altı çizilmiştir.⁴⁵⁰ Benzer yönde başka görüşler yeni TCK döneminde de anayasayı ihlal suçunun manevi cebirle işlenebileceği görüşünün yine kabul edilebilir olduğunu⁴⁵¹, “amacın elde edilmesine elverişli manevi baskıların da cebir unsuruna dâhil olduğunu”⁴⁵² ifade etmektedir.

Bu noktada doktrinde ayrıca “şiddet” kavramının “cebri” ifadesiyle bir arada verilmesinin suçun maddi unsurunu daha net bir şekilde ortaya koyduğundan ötürü iyi bir ek kavram olduğuna dair^{453,454} ve aksi olarak “cebri veya tehdit” ifadesinin daha yerinde olup “cebri” kavramının “şiddet” kavramını kapsadığı için ayrıca söylenmesine gerek olmadığına dair⁴⁵⁵ görüşler de

⁴⁴⁹ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 347. Ayrıca suç tanımındaki maddi unsurun yani fiilin “cebri ve şiddet” içermesi niteliğinden ötürü manevi cebri (tehdit) ile de oluştuğunu varsaymanın kanunilik ilkesine aykırı olacağı sebebiyle **benzer bir görüş için bkz.:** K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s.217.

⁴⁵⁰ N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 599-600; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1067; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 183; A. P. GÖZÜBÜYÜK, “*a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 171; V. SAVAŞ/ S. MOLLAMAHMUTOĞLU, *a.g.e.*, C. 2, 1995, s. 1495.

⁴⁵¹ D. SOYASLAN, “*... Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 810; V. BALTACI, *a.g.e.*, s. 142.

⁴⁵² A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4171. **Benzer yönde bkz.:** O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8806.

⁴⁵³ **Bu görüş için bkz.:** Köksal BAYRAKTAR. **Bu bilgi için bkz.:** S. BAYINDIR, “*İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, 2019, s. 161, dipnot 11.

⁴⁵⁴ Bu noktada “cebri ve şiddet” kavramlarının birlikte kullanıldığı haller ile “cebrin” bir unsur olarak yalnız kullanıldığı hallerin nitelik anlamında farklı olmadığını (**benzer yönde ayrıca bkz.:** H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 423) çünkü şiddetin cebri kavramıyla eş anlamlı olduğunu ve 1926’da İtalyan Ceza Kanunu çevirisinin yapılması esnasında terim birliği sağlanamamasından ve kanunun kabul edildiği dönemde Osmanlı Türkçesinin hala etkin olmasından ötürü kelimelerin anlamı güçlendirmek amacıyla birlikte kullanılmasının yaygın olarak devam etmesinden kaynaklandığı dolayısıyla “cebri ve şiddet” kalıbının kullanımının önceki TCK döneminden gelen bir alışkanlık olduğu da kaydedilmektedir. (İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, s. 42 & 45; M. KOCA, “*Yağma Cürümleri*”, s. 131, dipnot 34.)

⁴⁵⁵ **Bu görüş için bkz.:** Ahmet GÖKCEN ve Sesim GÜLEÇ SOYER. **Bu bilgi için bkz.:** S. BAYINDIR, *a.g.e.*, s. 161.

mevcuttur. Ayrıca TCK m. 309 kapsamında bir ihlalden bahsedebilmek için icra hareketlerine mutlaka başlanması gerektiği ve böylece cebri hareketlere bilfiil teşebbüsün gerçekleşmiş olmasının suçun oluşumu için gerekli ve yeterli kabul edilmesinden ötürü manevi cebirle anayasayı ihlal ihtimalinin ortadan kaldırıldığını benimseyen başka bir görüş olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁵⁶ Aslında madde tanımındaki “cebir” ifadesinin tek başına hem manevi hem de maddi cebri içermesinden ötürü anayasayı ihlal suçunun bu bağlamda manevi cebirle de işlenebileceği söylenebilirdi.^{457,458} Ancak bu yönde bir kabulün; “manevi cebrin”

⁴⁵⁶ **Bu görüş için bkz.:** İzzet ÖZGENÇ. **Bu bilgi için bkz.:** D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 806, dipnot 7 devamı; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s.204.

Yalnız burada hemen belirtmek gerekir ki *Soyaslan*’ın burada bahsettiği manevi cebirle anayasayı ihlal suçunu işlenmesi hali; devlete ait cebir ve şiddeti kullanma yetkisinin hukuka aykırı bir şekilde ya fiili görevin suiistimali ya yetki gaspı ya hile ya da keyfi işlemler yoluyla işlenmesini de kapsamaktadır. (Örneğin, yasamanın anayasaya aykırı kanun çıkarması.) *Özgenç* bu şekildeki kabulün özellikle 765 s. TCK m. 146 döneminde oldukça geniş yorumlanan cebir kavramına daha yakın olduğunu ifade etmektedir. *Soyaslan* ise suç fiilini oluşturan hareketin fiili mahiyetinin yanı sıra hukuki mahiyette de olabileceğini vurgulamakta ve hukuki mahiyetteki hareketin elverişli olduğunu da devletin cebri gücünün kullanılmasına dayandırmaktadır. Dolayısıyla *Özgenç* her ne kadar fiilin cebrin işlenmesinden suç fiilinin **cebir veya tehdit** kullanılarak ika edilmiş olmasının beklenmesi gerektiğini ifade etse de yazarın savunduğu bu mahiyette manevi cebirle anayasayı ihlal suçunun işlenebileceğini kabul etmemektedir. Burada belirtilen görüşün daha doğru ifade edilebilmesi adına bu açıklamanın yapılması gerekli görülmüştür.

D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 809-810; İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 277-280.

⁴⁵⁷ **Tasarının “cebir ve tehdit” ifadesindeki değişikliğine ilişkin verilen önerge öncesi TCK m. 309 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.” (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 698.)

⁴⁵⁸ **Bu yönde görüş için bkz.:** D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 810; İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 277; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8806; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4171; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 494; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 190-191; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1696-1697 ve B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 126. (Yazar özellikle kamu gücünü elinde bulunduranların ve kullananların genellikle manevi cebirle anayasayı ihlal eylemini işlediklerini söylemektedir.)

Ayrıca bkz.: “TCY’nin 146/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için...cebrin geniş anlaşılması gerekir. Cezalandırılan; Anayasa ile kurulmuş olan siyasi, hukuki, sosyal düzenin yasal olmayan usullerle kısmen veya tamamen değiştirilmesini ve kaldırılmasını hedef alan fiillerdir. Bu hedefe; yasaların suç saydığı tarzda, hukuk dışı ve gayrimeşru olarak cebir kullanmak suretiyle ulaşılmaya yönelmesi halinde bu suç oluşmaktadır.” (Yargıtay CGK, 02.04.1996, E. 9-59, K. 70)

“...Amaç suça ilişkin maddede aranan cebir/şiddet, her durumda ve her aşamada dar anlamıyla maddi cebir, fiziki kuvvet kullanımı olarak anlaşılmalıdır. *Suç, elverişli olmak kaydıyla manevi nitelikteki bir cebirle de işlenebilecektir.* Buradaki cebrin, suçun konusu, suçla korunan hukuki yarar da dikkate alındığında; hukuka aykırı iradede mevcut, cebirle ulaşılabilecek hukuka aykırı amaçlara cebir içeren zorlayıcı iradeyle yönelmiş ve gerektiğinde fiziki cebir kullanacağı, fiziki

elverişliliğini tayin ederken çok dikkatli davranmayı⁴⁵⁹ ve her türlü “manevi cebrin” bu suç için aranan cebir olmayabileceğinin unutulmamasını gerektirdiği ortadadır⁴⁶⁰ çünkü “tehdit” ifadesinin kapsamının haklı bir endişe olarak Türkiye’deki uygulamada bir belirsizliğin içinde kaybolabileceği ve temel hak ve hürriyetlere yönelik ciddi ve büyük problemlere yol açabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu endişenin her ne kadar madde gerekçesinin önerge metninde “cebir veya tehdit kullanılarak...” ifadesinin “cebir ve şiddet kullanılarak” şeklinde değiştirilmesine ilişkin “*Anayasamızda güvence altına alınmış olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların Anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğinin daha açık biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için*

cebirle sürdürüleceği duraksamaya yer vermeyecek biçimde ortaya çıkmış hareketler olarak anlaşılması zorunludur. Dolayısıyla maddedeki cebir geniş anlamıyla kabul edilmelidir.” (Yargıtay 9. CD, 09.10.2013, E. 2013/9110, K. 2013/12351)

“Teşebbüs suçlarının maddi unsuru içinde yer alan “hareket” alt unsurunun... zarar tehlikesini doğurmaya elverişli maddi/ manevi cebrin ika edilmesiyle tamamlanacağı, suçun asli failinin, cebri kullanan kimsenin yanı sıra, suçu birlikte işlemiş olmak ve suç fiili üzerinde ortak hakimiyet kurmuş kabul edilebilmek kaydıyla, suça cebri olmayan hareketiyle katılan diğer bir fail de olabileceği, darbeye teşebbüs diye bilinen amaç suçun oluşumu için aranan cebir/ şiddetin, her durumda ve aşamada dar anlamıyla maddi cebir, fiziki kuvvet kullanımı olarak anlaşılması gerektiği, suçun amacı gerçekleştirmeye elverişli olmak kaydıyla manevi nitelikteki bir cebirle de işlenebileceği, ...maddedeki cebrin geniş anlamıyla kabul edilmesi gerektiği, ...örgütsel amaçla gerçekleştirilen söylem ve propagandaların kalkışma suçlarının hareket unsurunun alt unsuru olan “cebir” teriminin öncülü ve ayrı düşünülemeyecek bir parçası olduğu...” (Ahmet Altan ve diğerleri davasının 2016/100447-S, 2017/10142-E, 2017/1515-İd sayılı ve 11.04.2017 tarihli **iddianamesi**. **Bu bilgi için bkz.:** A. TUNCEL YAZGAN, “Uzman Raporu: Ahmet Altan ve Diğerleri Davası”, 2020, s. 26.)

Yargıtay son dönemki FETÖ davaları ile ilgili kararlarında suç tanımındaki “cebir ve şiddet” ifadesinden kastedilenin “maddi (fiziki cebir)” olduğunu dile getirmektedir. Ancak aynı zamanda suçun ihmal suretiyle icra hareketleri ile yani garantör sıfatı kapsamında önleme yükümlülüğüne aykırı davranışlar görevin ihmali ile de işlenebileceğine hükmetmektedir. Bu noktada görevin ihmal edilmesiyle de söz konusu suçun oluşabileceğinin kabulünün, suçun “maddi cebir” unsurunu haiz olması yani fiziki güç kullanılması şartı ile bir arada bulunabilmesine ilişkin akıllara soru işareti getirebileceğini de ifade etmek gerekmektedir.

“Görüldüğü üzere, cebir ve şiddet bu suçun unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak *cebir ve şiddet kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle* ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir. Kanunun aradığı cebrilikten maksadın **fiziki/maddi cebir** olduğu açıktır....Ancak, ihmali fiillerle bu suçun işlenebilmesi sanığın gerçekleştirilmekte olan icrai fiiller yönünden görevi gereği **önleme yükümlülüğünün** mevcudiyetine başka bir deyişle garantör sıfatının bulunmasına bağlıdır.” (Yargıtay 16. CD, 05.07.2019, E. 2019/521, K. 2019/4769; Yargıtay 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758, Yargıtay 16. CD, 25.03.2019, E. 2018/7265, K. 2019/2013; Yargıtay 16. CD, 29.03.2019, E. 2019/1950, K. 2019/2164; Yargıtay 16. CD, 12.06.2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132.)

⁴⁵⁹ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 281, dipnot 33.

⁴⁶⁰ N. TOROSLU, a.g.e, ABD, s. 600.

böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görülmüştür." açıklamasıyla⁴⁶¹ giderilebileceği düşünülse de "cebir" başlığının içine "tehdit" unsurunun da dâhil olmasının göz ardı edildiğini⁴⁶² ve kanun koyucunun maddede amaçlamak istediğini tanımlarken kelime seçiminde özenli davranmadığını ve kavramları birbirinin yerine kullandığını söylemek gerekmektedir. Bu nedenle bu gerekçenin mevcut endişeyi bastıracak yönde bir çözüm olduğu düşünülmemektedir. **Ancak yine de Türkiye'nin "manevi cebrin (tehdidin)" kapsamının 765 sayılı TCK döneminde uygulamada adeta sınırsızlaştırılarak temel hak ve hürriyetlere yönelik ciddi problemlere yol açtığına ilişkin bir tecrübe de yaşadığı düşünüldüğünde kanun koyucuların tasarı esnasında sundukları öneri değişikliği ile mevcut olan haklı endişeleri bastırma iradesi ve amacını⁴⁶³ da dikkate almak lazım geldiğinden bu suçun oluşumu için, "cebir ve şiddet" ifadesindeki "şiddet" vurgusunun ön plana çıktığını söylemek daha uygundur.**

Öte yandan doktrinde anayasaya aykırı kanunların uygulanması dolayısıyla alınan kararlar ve verilen emirlerin **devletin cebri gücü** ile yerine getirilmesi hareketinin anayasayı ihlal suçu bakımından elverişli olduğuna dair başka bir görüş⁴⁶⁴ de vardır. Bu görüşe göre devletin manevi cebrini kullanarak kuralların için boşaltmak suretiyle keyfi bir rejim kurmasıyla bir subayın maddi cebir kullanarak darbe yapması arasında bir fark yoktur çünkü her iki durum da anayasayı ihlal ederek yeni bir düzen kurma ile sonuçlanmaktadır.⁴⁶⁵ Görüldüğü üzere bu görüş⁴⁶⁶, 765 sayılı TCK m. 146 döneminde baskın olarak kabul gören

⁴⁶¹ Nitekim yazar bu değişikliğin maddenin içeriğinde bir anlam farkı yaratmadığını aksine metnin ifadesini bir bakıma ahenksizleştirdiği için anlamsız olduğunu ifade etmiştir. **Bkz.:** İ. ÖZGENÇ, "Suç Örgütleri", 13. Bası, s. 278.

⁴⁶² **Benzer yönde görüş için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 179.

⁴⁶³ TBMM Tutanak Dergisi, 121. Birleşim, Dönem: 22, Cilt: 60, Yasama Yılı: 2.

⁴⁶⁴ D. SOYASLAN, "... Özel Hükümler", 13. Baskı, s. 806, dipnot 7 devamı.

⁴⁶⁵ D. SOYASLAN, "... Özel Hükümler", 13. Baskı, s. 806-807, dipnot 7 devamı. Ayrıca yazar, bu suçun Türkiye gibi "sosyal yapısına aykırı değerlere göre oluşmuş kurallarla modernleşmeye çalışan toplumlarda" manevi cebirle işlenmesinin oldukça kolay olduğunu ve 31.03.2019 tarihinde yapılan belediye seçimlerinde de İstanbul ilinin sonuçlarının hukuka aykırı olarak iptal edilmesinin 'seçilen başkan mazbatayı vermezse kendine karşı cebir kullanılarak elinden alınır' ifadesiyle anayasanın manevi cebirle ihlali olduğunu dile getirmiştir.

⁴⁶⁶ D. SOYASLAN, "... Özel Hükümler", 13. Baskı, s. 810; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 493-494. **Aksi görüş için bkz.:** N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 599; İ. ÖZGENÇ, "Suç Örgütleri", 13. Bası, s. 280.

“manevi cebrin”; fiili görevin suiistimali⁴⁶⁷, yetki gaspı, hile ve keyfi işlemler gibi anayasal hükümlere aykırı olarak ve anayasada izin verilmeyen *hukuka aykırı her türlü usul yoluyla*⁴⁶⁸ da ortaya çıktığını savunarak “manevi cebrin” bu boyutunu da TCK m. 309 tanımındaki “...cebir ve şiddet kullanarak...” ifadesinin kapsamına dâhil etmektedir.^{469,470} Ancak manevi cebrin dahi “cebir ve şiddet

⁴⁶⁷ 765 s. TCK m. 146 zamanında geçerli olan **benzer yönde görüş için bkz.:** F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1066.

⁴⁶⁸ 765 s. TCK m. 146 dönemindeki doktrin değerlendirmeleri için **bkz.:** “Anayasa iradesine aykırı, netice olarak, hukuka aykırı bulunan her türlü vasıta ve usulün cebir unsuruna dâhil olması gerekir.” Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 144; “Anayasa iradesine ve ihtiyarına aykırı her değişiklik ‘cebrî’dir. Burada kullanılan cebrîlik, Anayasa iradesinin ihlâli manasındadır.” F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1067; “Cebren deyimi niteliği bakımından anayasaya aykırılık anlamı taşır....meşru olmayan, hukuk dışı... gerek maddi gerekse manevi her türlü vasıtanın kullanılmasını ifade eder.” A. P. GÖZÜBÜYÜK, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 171-172; “Hukuk dışı ve anayasaya aykırı bilcümle usul ve vasıtalarla başvurulması halinde anayasadaki tebdil, tağyir ve ilganın cebren vuku bulmuş sayılacağı...” H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 183. “Özek ve Soyaslan tarafından benimsenen görüşlerden yararlanılarak hazırlanan Hükümet Tasarısında 363. maddede düzenlenen anayasayı ihlal suçu için öngörülen “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle...*” şeklinde başlayan en önceki formülün madde gerekçesinde, belirtilen usuller sonucu anayasal düzene aykırı bir netice ortaya çıksa da Anayasa Mahkemesi’ne başvurularak düzeltilirse bu suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Bundan dolayıdır ki madde ifadesinde “cebir” unsuru yerine “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usuller*” ibaresi kullanılarak cebri de içine alacak her türlü hukuka ve kanuna aykırı yol öngörülmüş ve maddi ve manevi cebrin olup olmadığına ilişkin özellikle 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra ortaya çıkan tartışmalara son verilmeye çalışıldığı dile getirilmiştir.” (İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 281) Bu yöndeki eylemler Acar tarafından da bizatihi manevi cevir sayılmıştır. (B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 126.) Baltacı da “maddenin (TCK m. 309) yalnızca anayasanın cebir ve şiddet kullanılarak hukuk dışı yolla değiştirilmesini ya da kaldırılmasını yaptırma bağlamadığını, anayasanın getirdiği düzene yönelik tüm hareketleri cezalandırdığını” savunmuştur. (V. BALTAÇI, *a.g.e.*, s. 142.)

⁴⁶⁹ Bu noktada anayasanın bu yolla ihlalini kabul eden Yüksek Adalet Divanı kararlarından da söz etmek gerekmektedir. Anılan kararlarda 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanlar yani eski iktidar üyeleri anayasayı manevi cebir yoluyla ihlal etmekten yargılanmış ve 15 siyasi, idam ile cezalandırılmış diğer siyasiler için ise hapis cezasına hükmedilmişti. İdam cezası alan siyasilerden dördünün cezası onanmış ve biri yaştan ötürü müebbet hapse çevrilerek kalan üçü infaz edilmişti.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 2017 tarihli bir kararında ise manevi cebir kavramı ve Yüksek Adalet Divanı kararlarına ilişkin şöyle bir açıklama yer almaktadır: “Manevi cebir kavramı, me’ haz kanun bakımından Faşizmin, Türk Ceza Hukuku yönünden ise meşru siyasi iktidarın yargılanmasına gerekçe arayan 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanları yargılamak amacıyla kurulan Yüksek Adalet Divanı’nın eseridir.” (Yargıtay 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758) Ancak bu açıklamaların sorunlu olduğuna dair görüşe iştirak edilmektedir. **Bu görüş için bkz.:** İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 281, dipnot 33.

⁴⁷⁰ Soyaslan’a göre bu şekilde anayasanın ihlalini mümkün kılan nedenlerden birisi de Türkiye’deki sosyolojik yapının buna izin vermesi çünkü Türk sosyal yapısının özellikle devlet başkanlarının her şeyi yapmaya muktedir olduğunu genel ölçüde kabul etmesidir. Yazar, bu yöndeki kabulün nedenini ise otoriter, özgürlükçü olmayan, insana güvenmeyen ve insana insan olduğu için saygı duyarak hak tanımayan bir rejim olarak tanımladığı Türk-İslam siyasi rejiminin

kullanılarak” ifadesine dahil olup olmadığının tartışmalı olduğu bir durumda, “hukuka aykırı her türlü yöntemle anayasanın delinmesinin anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi” oldukça geniş bir kapsamı ifade etmektedir ki nitekim bu da anayasayı ihlal suçunun işlenmesini kolaylaştıracak bir kabul olacağı için suçun kapsamı için sağlıklı bir sınır çizme imkanı tanımayacaktır. Burada ayrıca anayasayı ihlal suçunun icra hareketlerinin yanı sıra ihmali hareketlerle yani ihmal suretiyle icra hareketleriyle⁴⁷¹ de işlenebileceğine dair bir kabulün olduğu görülmektedir.^{472,473} Ancak şunu da belirtmek gerekir ki bu suçun ihmali suretiyle icra hareketleri ile işlenebileceğinin kabulü, suçun unsuru olan “cebir ve şiddet” ifadesinde vurgulanan fiziki zor kullanımının zorunluluğu ile

uzun yıllar boyunca etkisinde kalınmasına dayandırmaktadır. (D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 818, dipnot 19 devamı.)

⁴⁷¹ Doktrinde ihmal suretiyle icra hareketleri; “ihmal suretiyle icrai”, “görünüşte ihmali”, “garantörsel ihmali”, “ihmal benzeri”, “harekete geçmemek sureti ile icra”, “olumsuz hareketli icabi (icrai)”, “gerçek olmayan ihmali” veya “nitelikli ihmal” hareketleri şeklinde de adlandırılmaktadır. (A. TÜRDAY, “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, YeÜHFD, 2020 (17), s. 122; H. HAKERİ, “İhmali Suçlar”, CHD, 2007 (2), s. 141.)

⁴⁷² D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 804. **Benzer görüş için bkz.:** Vincenzo MANZINI ve Faruk EREM. (Z. HAFIZOĞULLARI, a.g.e, BÜHFD, s. 494, dipnot 35.)

Bu yönde **Yargıtay kararları için bkz.:** **Yargıtay 16. CD**, 12.06.2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132, s. 10; **Yargıtay 16. CD**, 19.07.2019, E. 2019/3288, K. 2019/5054; **Yargıtay 16. CD**, 25.03.2019, E. 2018/7265, K. 2019/2013.

Aksi yönde görüş için bkz.: İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 280; Ç. ÖZEK, a.g.e., 1967, s. 170-171.

765 s. kanunda ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin bir düzenleme yapılmayıp 5237 s. Kanunda da genel bir düzenlenmedense özel hükümlerde (TCK m. 83, m. 88, m. 94/5) bazı düzenlemeler öngörülmesi sebebiyle (M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, a.g.e., 13. Baskı, s. 392 & 406; N. CENTEL ve diğerleri, a.g.e., 9. Bası, s. 253-254; H. HAKERİ, a.g.e., 19. Baskı, s. 170-171; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, a.g.e., 3. Baskı, s. 212-213; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, a.g.e., 2. Baskı, s. 209; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, a.g.e., 10. Baskı, s. 242.) her ne kadar eski kanun döneminde doktrin ve uygulamada icra hareketiyle işlenen suçların ihmali davranışlarla da işlenebileceği kabul edilmiş olsa da yeni kanun döneminde, aksi kanunda öngörülmedikçe **kanunilik ilkesi gereği** belirtilen özel hükümler haricinde kalan TCK m. 309’un ihmali suretiyle icra hareketleriyle işlenemeyeceğine dair görüş için **bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, a.g.e., s. 139-140, dipnot 113.

Bu hususta kanunilik ilkesinin kabulüne ilişkin detaylı bilgi için bkz.: M. N. KANBUR, “Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler”, CHD, 2012 (7), s. 46-47.

İhmal suretiyle icra suçlarının koşulları oluşturma durumunda **diğer kasıtlı suçlar** bakımından da mümkün olabileceğine dair **bkz.:** K. İÇEL, a.g.e., 2016, s. 270-271. Benzer yönde ihmali suretiyle icra suçlarını tek tek saymanın mümkün olmadığına çünkü kural olarak gerçek ihmali suç sayılmayan suçların da bu suretle işlenebileceğine dair **bkz.:** T. DEMİRBAŞ, a.g.e., 11. Baskı, s. 231.

⁴⁷³ Suçun net bir şekilde icrai suç sayılarak ancak cebir ve şiddet kullanılan elverişli icra hareketleri ile işlenebileceğine dair **aksi görüş için bkz.:** E. ŞEN, ““Darbe Suçu” İhmali Davranışla İşlenebilir Mi?”, BaÜHFD, 2013 (8), s. 221.

çelişki içindedir.⁴⁷⁴ Suçun ihmal suretiyle icra hareketleriyle işlenebilmesi noktasında, öngörülen neticenin ortaya çıkmasını önlemekle özel bir yükümlülük altında olan kişilerin⁴⁷⁵ sorumluluğunun (garantör sorumluluğu)⁴⁷⁶ bulunduğu ve bu kişilerin sorumluluğuna aykırı davranması durumunda **fiziki olmayan manevi cebir yoluyla** anayasayı ihlal edebileceği kaydedilmektedir.⁴⁷⁷ Bu noktada devletin gücünü elinde bulunduranların görevin suiistimali, yetki gaspı, hile ve keyfi işlemler ile anayasayı manevi cebir yoluyla ihlal etmediğine örnek hukuk sistemleri olarak Mussolini İtalyası ve Hitler Almanyası gösterilmiştir.⁴⁷⁸ Bahsedilen sistemlerde *“iktidarı tamamen eline geçirmek için arkasına bir grup silahlı insanı alıp darbe yapma girişiminde bulunan beceriksizler cezalandırılırken, çeşitli anayasaya aykırı kanun ve seçim hileleri, olağanüstü hallerden istifade ile kamu gücüne dayanarak beyaz ihtilal yapan, vazifeyi suiistimal ederek yetki gaspına başvuran lider veya gruplar cezalandırılmazlar”*.⁴⁷⁹ Nitekim bu sistemlerde var olan düşüncenin; anayasaya uygun olarak iktidara gelenlerin arkalarına meclisi alarak yetkilerini tek elde yani kendilerinde toplamalarının⁴⁸⁰, halk tarafından seçildiklerinden ötürü meşru (!) sayıldığını söylemek pek de yanlış olmayacaktır. İktidar olarak kendilerinin anayasal düzene verdikleri zararın veya anayasal düzeni ihlal etmelerinin herhangi bir suç kapsamında sayılamayacağını çünkü tabiri caizse kendilerinin devlet

⁴⁷⁴ Benzer yönde bkz.: K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 217-218.

Aksi yönde bir değerlendirmenin yağma suçundaki “cebir ve şiddet” kullanımı bakımından yapıldığına dair bkz.: M. KOCA, “Yağma Cürümleri”, s. 161-162.

⁴⁷⁵ Örneğin, Soyaslan’a göre cumhurbaşkanının anayasaya alenen aykırılığı sabit olan bir kanuna karşı Anayasa Mahkemesi’ne gitmeyişi bu suçun ihmal suretiyle icra yoluyla işlenişinin tipik bir örneğidir. (İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 280)

⁴⁷⁶ Bu yönde Yargıtay kararları için bkz.: Yargıtay 16. CD, 05.07.2019, E. 2019/521, K. 2019/4769; Yargıtay 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758, Yargıtay 16. CD, 25.03.2019, E. 2018/7265, K. 2019/2013; Yargıtay 16. CD, 29.03.2019, E. 2019/1950, K. 2019/2164; Yargıtay 16. CD, 12.06.2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132; Yargıtay 16. CD, 01.07.2020, E. 2020/2422 K. 2020/3204.

⁴⁷⁷ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 397; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 215; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 253; V.Ö. ÖZBEK/ M. N. KANBUR/ K. DOĞAN/ P. BACAŞIZ ve İ. TEPE, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Ankara, 2010, s. 144.

⁴⁷⁸ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 812.

⁴⁷⁹ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 812.

⁴⁸⁰ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 813.

olduğu⁴⁸¹ yönünde bir hayal içinde oldukları yönünde olduğunu da eklemek gerekmektedir. Bu tür sistemlerde arka planda benimsenen anlayış, çoğunluğa sahip olarak yaptıkları kanunları yürütme tekeline sahip olarak “devletin iktidar araçlarının yasal sahipliğinin ve normların saf yürürlüğünü aşan bir siyasal kuvvetin kendilerine bahşedildiğine”⁴⁸² yöneliktir.

Ancak yine de bu tür anayasaya aykırılıkların anayasayı manevi cebir (tehdit) yoluyla ihlal etmediğini çünkü buna engel olarak Anayasa Mahkemesinin varlığının öne sürüldüğü iddialarına da dikkat çekilmektedir.⁴⁸³ Burada her ne kadar hukukumuzda anayasaya aykırılıkların bir üst yargı merciince çözümlenmesi öngörülmüş olsa da Anayasa Mahkemesi’nin bu işlevinin sözde kalmamasına ve işlevini fiilen de yerine getiriyor olup olmadığına, bir başka deyişle etkili ve siyasi atmosferden/baskıdan bağımsız bir merci⁴⁸⁴ olarak görevini yapıyor olup olmadığına⁴⁸⁵ da bakmak gerektiği düşünülmektedir. Çünkü “Anayasa Mahkemesi’ne yönelen ve mahkemenin vereceği kararların baskı altına alınması sonucunu doğuran hallerde anayasal düzenin işlemesinin fiilen engellenmesi söz konusu olabilecektir”⁴⁸⁶. Eğer pasif bir pozisyona geçen bir Anayasa Mahkemesi varsa⁴⁸⁷ sırf anayasaya aykırılıkları gidermekle görevli

⁴⁸¹ **Benzer yönde bkz.:** C. SCHMITT, “Kanunilik ve Meşruiyet” (çev.: Mehmet Cemil Ozansü), 2016, s. 37.

⁴⁸² C. SCHMITT, *a.g.e.*, s. 36-37.

⁴⁸³ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 812. **Bu yönde görüş için bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 486; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1714. Yine 1960 darbesi sonrası Türkiye’de yaşanan 12 Mart 1971 ve 12 Eylül 1980 olaylarına dikkat çekerek ülkede Anayasa Mahkemesinin bulunmasının darbeleri engellemediğine dair **görüş için bkz.:** D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 816.

⁴⁸⁴ Bu noktada Selçuk’un şu sözleri çok manidardır: “Hukukçuların dışında kalanlara, özellikle siyaset sahnesinde yer alanlara ise sözüm şudur: Anayasa ve şerefimiz üzerine ettiğiniz antlarınıza bağlı kalın ve hukukçuları rahat, saçmalıklarınızı da kararlardan sonraya bırakın.” (<https://t24.com.tr/yazarlar/sami-selcuk/turkiye-de-eyleyen-fail-suc-hukuku-degil-eylem-suc-hukuku-gecerlidir,30842>) adlı siteden erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 01.06.2021)

⁴⁸⁵ AB Komisyonu, adaylık müzakereleri kapsamında Türkiye hakkında her yıl hazırladığı AB’ye uyum sürecine ilişkin ilerleme raporlarında 2018’den bu yana mevcut olan ve her yıl daha da artan “yargı üzerindeki siyasi baskının” yargının bağımsızlığı, etkinliği ve kalitesi üzerinde olumsuz bir etki bıraktığını değerlendirmektedir. (**Bkz.:** AB Komisyonu 2018 Türkiye Raporu, Türkçe çevirisi, s. 22 vd.; AB Komisyonu 2019 Türkiye Raporu, Türkçe çevirisi, s. 24 vd.; AB Komisyonu 2020 Türkiye Raporu, Orijinal İngilizce metin, s. 21 vd.)

⁴⁸⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 122.

⁴⁸⁷ **Benzer yönde bkz.:** D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 815, dipnot 18. Yazar Anayasa Mahkemesi önüne giden kanunun, hukukun temel ilkelerine aykırı olmasına rağmen Anayasa’ya aykırı görmemesi halini anayasayı ihlal etme olarak ele almıştır.

olması dolayısıyla mevcut anayasaya aykırılıkları zaten otomatik olarak giderdiği düşüncesini benimsemek çok iyimser bir yaklaşım olup gerçeği yansıtmayacaktır çünkü siyasi iktidar tarafından bu kurumun giderek işlevsizleştirilmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin, salt varlığı ve üstlendiği işlevleri sebebiyle oluşmuş veya oluşacak olan anayasaya aykırılıkların önünde bir engel teşkil ettiği düşüncesi makul gelmemektedir. Bu noktada anayasallık denetiminin söz konusu olmadığı veya işlevsizleştirildiği hallerde iktidarda olanların, sistemin engelleyememesi üzerine anayasada öngörülen güvenceleri çiğnemeleri, bunları bertaraf eden kanunlar yapmaları veya uygulamalarda bulunmaları durumunda anayasal düzenin bir ceza normuyla koruma altına alındığının kabulünde çeşitli sıkıntılar ortaya çıkabileceği de söylenmelidir.⁴⁸⁸ Çünkü “her iktidar değişiminin bir “devr-i sabık” yaratarak⁴⁸⁹ daha önceki iktidarların, anayasal düzene aykırı olduğunu iddia ettiği uygulama ve kanunlarının ceza davası konusu yapılmasına yol açabilecek”⁴⁹⁰ olan bu yöntemin sakıncaları hukuk tarihimizde de tecrübe edilmiştir.⁴⁹¹ Bu nedenle burada netlik kazandırılması gereken husus suç olarak anayasayı ihlal ile anayasaya aykırılıktan kaynaklanan anayasayı ihlal arasındaki ayrımdır.⁴⁹²

⁴⁸⁸ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 60.

⁴⁸⁹ ““Devr-i sabık yaratmak” ifadesi Türk siyasi tarihinde yeni seçilen iktidarın kendinden önceki dönemi sorgulaması anlamında kullanılan bir ifade olup 1950’li yıllarda Demokrat Parti’nin iktidara gelmesiyle kendinden önceki Cumhuriyet Halk Partisi dönemine yönelik devr-i sabık yaratmayacakları yönündeki açıklama ile bilinmektedir.” (https://tr.wikipedia.org/wiki/Devr-i_sab%C4%B1k_yaratmak adresinden erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 01.06.2021)

⁴⁹⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 60-61.

⁴⁹¹ **Bkz.:** Yassıada yargılamaları. Yargılamaları **eleştiren bir karar için bkz.:** Yargıtay 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758.

Anılan yargılamalarda 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanlar yani eski iktidar üyeleri anayasayı manevi cebir yoluyla ihlal etmekten yargılanmış ve iki bakan idam ile cezalandırılmış diğer siyasiler için ise hapis cezasına hükmedilmişti. Verilen kararların **çok ağır politik hata olduğuna dair bkz.:** D. SOYASLAN, “... *Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 811, dipnot 12.

Yapılan yargılamalarda suçlamalar için delil olarak kullanılan ve gerekçeli karara dayanak yapılan belgelerden biri de dönemin eski meclis başkanı Refik Koraltan’ın hususi olarak not defterine yazdığı parti içi politik rahatsızlıkların özele yansımış hali idi, böylesi “mahrem” olarak nitelendirilen kişisel notların yargılamalarda kullanılması ise ceza vermek için dayanak bulma çabası olarak değerlendirilmiştir. (E. YÜKSEL, “*Refik Koraltan’ın Anayasayı İhlal Davasında Yargılanması: Suçlamalar ve Savunma*”, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Güz 2016, s. 393.)

⁴⁹² M. SOYSAL, “*100 Soruda Anayasanın Anlamı*”, İstanbul, 1993, 10. Baskı, s. 249.

Suç başlığında kanun maddesinden hareketle “*cebir ve şiddet kullanarak anayasal düzeni ortadan kaldırmak ve bu düzenin yerine başka bir düzen getirmek veya mevcut düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek*” şeklinde bir icraatın olması yönüyle bir anayasayı ihlalden bahsedilmek ve bu tür bir ihlal cezalandırılmak istenmektedir. Burada mevcut değiştirme yasağı ve sonsuzluk güvencesi ile anayasal düzene yapılması olası tüm müdahalelerin önüne geçilmek dolayısıyla anayasal statükonun korunmak istendiği aşikârdır. Sağlanan bu “sonsuzluk güvencesinin” Anayasada yer alması, aynı zamanda bu kuralı koyan 4. maddenin de zımnen değiştirilemez olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹³ Dolayısıyla ilk üç maddeyi ve bu maddelerde her ne kadar belirli bir çerçevesi çizilemese de gönderme yapılan başlangıç hükümlerinde belirtilen temel ilkeleri değiştirmeyi yasaklayan maddenin kendisinin değiştirilmesinin maddede yasaklanmamış olmasına dayanarak 4. maddeyi değiştirmeye kalkışmak “hile-i şer’iyye”⁴⁹⁴ olarak nitelendirilmiş ve hukukun genel ilkelerince korunmayacağı dile getirilmiştir.⁴⁹⁵ Bunun sonucu olarak da değiştirilmesi kanun koyucunun kendisi için bile yasaklanan Anayasanın ilk üç maddesinin, başlangıç hükümlerindeki temel ilkelerin ve bu yasağın belirtildiği 4. maddenin değiştirilmeye kalkışılmasının anayasal düzeni ihlale vücut vereceği kaydedilmektedir. Diğer yandan 4. maddenin bildirici nitelikte olmasından ötürü, Anayasada yer almamış olmasına binaen “değiştirilme yasağı”na da tabi olmaması ihtimalinde dahi ilk üç maddenin ve başlangıç hükümlerindeki temel ilkelerin değiştirilmeye⁴⁹⁶ kalkışılması da anayasal düzeni ihlal etmeye yeterli görülmektedir çünkü ilk üç madde ve başlangıç hükümlerindeki temel ilkeler, anayasanın meşruluğunu aldığı ve anayasal düzenin özünü oluşturan temel normun (Grundnorm) üzerinde somutluk kazandığı ifade edilmektedir. Bundan dolayıdır ki ilk üç maddeyle doğrudan

⁴⁹³ Z. GÖREN, *a.g.e.*, İTÜSBD, s. 10.

⁴⁹⁴ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, TBBD, s. 455-456.

⁴⁹⁵ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1701.

⁴⁹⁶ Doktrinde, Anayasa m. 4 olmasaydı anayasal düzene hâkim ilkelerin özlerine dokunmaksızın ve uygulama alanını daraltmaksızın ilk üç maddede maddi olmasa da şekli bazı değişikliklerin mümkün olabileceğine ancak m. 4’ün varlığının, ilk üç maddenin şekli değişikliğini bile yasakladığına dair görüşler vardır. **Bkz.:** E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1702. Anayasa m. 4’ün maddi içerikleri değiştirilmeden salt lafzi değişiklikleri engellemediğine dair **aksi görüş için bkz.:** Z. GÖREN, *a.g.e.*, İTÜSBD, s. 5.

bağılantılı olan ve değiştirilmesi halinde ilk üç maddede benimsenen anayasal düzeni oluşturan temel ilkeleri etkisiz hale getirecek başka anayasa hükümlerinin veya Anayasanın tamamının değiştirilmeye çalışılmasının⁴⁹⁷ bu ihlale mevcudiyet vereceği ileri sürülmektedir.⁴⁹⁸ Anayasal düzeni oluşturmayan ve belirtilen ilkelere ilişkin olmayan anayasal değişiklikler belirtilen anayasal usul ve kurallarına uygun olacak şekilde gerçekleştirildiği takdirde herhangi bir ihlale vücut vermeyecek ancak bu değişikliklerin *kanunda öngörülme* *gayrihukuki yollarla yapılmasına* kalkışılması hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden bir ihlal yaratacağı kaydedilmektedir.⁴⁹⁹ Anayasa m. 2’de vurgulanan hukuk devleti ilkesi gereği devlet organlarının hukuk kurallarına uygun olarak görevlerini kısmen ya da tamamen ifa etmemesi veya ifa etmesinin önüne geçilmesi de bu görüşe göre anayasal düzeni ihlal edecektir. Tüm bu bahsedilen olasılıklarda değiştirilemez maddelerin değiştirilmeye teşebbüsünde manevi cebirle hareket edildiği kabul edilmiştir.⁵⁰⁰ Ancak kanun tanımında yer alan “şiddet” vurgusu olmaksızın bahsedilen bu olasılıkların TCK m. 309 kapsamında bir suç olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir çünkü anayasanın değiştirilmesine ilişkin Anayasada öngörülen yolların (m. 175) dışında bir yola **maddi zor kullanarak başvurmak**, bu suç bakımından “cebir ve şiddet” kavramının içini doldurabilmektedir.⁵⁰¹ Ayrıca “anayasanın ihlali”nin 765 sayılı TCK döneminde kabul edildiği gibi, bir kanun hükmünün⁵⁰² veya idari işlemin “anayasaya aykırı” olmasına rağmen uygulanması sebebiyle oluşabileceği gibi bu anlamının ötesinde kişinin anayasal koruma altında olan bir temel hakkını kullanması sırasında yapılan haksız müdahale⁵⁰³ ile de oluşabileceği göz önünde bulundurulduğunda buradaki “anayasayı ihlal” hallerinde manevi cebrin olduğu bile söylenemezken “*cebir ve şiddet kullanılan*” elverişli hareketlerle hareket

⁴⁹⁷ Değişiklik yapılması yönünde mecliste teklif tasarısı hazırlanması anayasal düzenin ihlali için yeterli kabul edilmektedir. **Bu bilgi için bkz.:** E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1702.

⁴⁹⁸ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1700 & 1702.

⁴⁹⁹ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1704.

⁵⁰⁰ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1700 vd.

⁵⁰¹ M. SOYSAL, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 249-250.

⁵⁰² E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1691.

⁵⁰³ Benzer yönde kabulün 765 sayılı TCK m. 146 uyarınca suçta korunmak istenen hukuki menfaat olduğuna **dair bkz.:** H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 175.

edildiğinin kabul edilmesine imkân bulunmadığı için bu haller de TCK m. 309 kapsamında suç kabul edilmemektedir.

Her ne kadar bu tür müdahalelerin de anayasayı manevi cebir yoluyla ihlal ettiği görüşü mevcut olsa da, doktrinde bu tür “anayasayı ihlal” olarak değerlendirilen tasarrufların aslında “anayasaya aykırılık” olduğuna⁵⁰⁴ ve bu iki kavramın sıklıkla karıştırılarak iç içe kullanıldıklarına⁵⁰⁵ dair başka bir görüş de bulunmaktadır.⁵⁰⁶ Aslında bu noktada iştirak edilen görüş şudur ki anayasayı ihlal suçunun manevi cebir ile işlenebileceğinin kabulüne yol açabilecek şekilde yanlış kavram kullanılmasından ötürü, önünde kanunun lafzı gereği yasal bir engel bulunmadığı ileri sürülecek olsa bile –ancak “şiddet” vurgusunun olduğundan bahsetmek gerekir.- toplum dinamiği ve ülke gerçekleri dikkate alındığında suçun bu şekilde işlenmesinin önünde toplumsal bir engel olabileceği yönündedir. Bu bağlamda bir kanun hükmünün veya idari işlemin anayasaya aykırı olmasına rağmen anayasayı koruma hukuki yükümlülüğü altındaki devlet gücünü elinde bulunduranlar tarafından, iptal edilmesi yönünde herhangi bir şekilde harekete geçilmemesi söz konusu anayasayı ihlal hallerine neden olacaktır. Ancak bu hallerin TCK m. 309 uyarınca anayasayı ihlal suçu bünyesinde değerlendirilmesi halinde Türkiye’de önüne geçilemeyecek büyük problemlere neden olabilmesi⁵⁰⁷,

⁵⁰⁴ E. TEZİÇ, *a.g.e.*, 18. Bası, s. 210.

⁵⁰⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 61.

⁵⁰⁶ Burada yazara göre iki kavram arasındaki terimsel bazda bazı farklar vardır. Bunlar; anayasaya aykırılık halinin özü itibariyle cebri dışlayarak mevcut hukuk düzenine aykırı hususlara ilişkin olmasına karşı anayasayı ihlal hali temelde cebri benimsemesi, anayasaya aykırılıkta anayasallık denetim imkânının olmasının yanında anayasayı ihlalde ihlali önleyici bir denetimin Anayasa Mahkemesince yapılamaması, anayasaya aykırılığın genelde siyasi çoğunluğu elinde bulunduranlar tarafından ortaya çıkarılmasına karşı anayasayı ihlalin azınlık gruplarca da meydana getirilebilmesi, anayasaya aykırılıkta failde anayasaya aykırı davranma niyeti aranmaması veya bir niyetin zaten olmamasına karşılık anayasayı ihlalde failin iradesinin ve niyetinin anayasayı ihlal etme yönünde olması şeklinde sıralanabilmektedir. **Bu bilgi için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 61, dipnot 185; s. 62-65.

Ancak belirtilen bu farklardan anayasaya aykırı davranma niyetinin aranmaması veya bir niyetin aranmasının bu duruma uygun düşmemesi çünkü anayasaya aykırılığın ya var ya da yok olan bir olgu olması fikirlerine iştirak edilmemektedir çünkü anayasaya aykırılığın bir kanun hükmünün çıkarılması aşamasında mecliste kurulan ve hukukçulardan destek alan çeşitli komisyonlara öncesinde sorulabilme imkanı mevcuttur. Dolayısıyla aykırılığın meydana gelmesinde yeterli ihtimamı göstermemekten kaynaklanan dolaylı bir iradenin söz konusu olabilme ihtimalinin de olduğu düşünülmektedir. Yine anayasaya aykırılığı gerçekleştirenlerle ilgili olarak faillerin muhakkak siyasi çoğunluğu elinde bulunduranlar olması gerekmediğine dair yazarın da eleştiri olarak dile getirdiği benzer fikir paylaşılmaktadır.

⁵⁰⁷ **Bkz.:** Yassıada Yargılamaları.

suç bünyesinde değerlendirilmemesi halinde de devlet organlarında bulunan kişilerin bu ihlalleri meydana getirmesi karşısında bu kişiler için cezasızlık durumu yaratılabilmesi söz konusudur. Bu nedenle bazı yazarlar⁵⁰⁸ bu tür ihlallerin anayasayı ihlal suçu bünyesinde değerlendirilemeyeceğinin bariz olduğunu ancak “anayasayı ihlal” teriminin, suç olarak kullanımı ve bu yöndeki kullanımıyla birlikte kavramsal karışıklığa neden olduğunu savunmaktadır. Buna çözüm olarak ise “anayasayı ihlal” olan madde kenar başlığının, cebir ve şiddet içeren eylemlerle mevcut anayasal düzene yönelik bir saldırı halini öngörmesinin yanı sıra hukuki eylem ve işlemlerle de anayasanın koyduğu kurallara aykırılık oluşturulabilmesi halini de kapsaması nedeniyle eleştirel bir yaklaşım benimseyerek “devletin anayasal düzenini cebren değiştirmeye kalkışma”⁵⁰⁹ şeklinde değiştirilmesinin daha uygun olacağı yönünde bir kanaat oluşturmaktadırlar.

Burada aslında biraz da meşru iktidarın varlığına rağmen ve ona aykırı olarak yapılan “yasadışı” anayasayı ihlalin haricinde iktidarın meşruiyetine dayanarak yapılan “yasal(!)”^{510,511} anayasayı ihlal halinden⁵¹² de bahsetmek

⁵⁰⁸ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 486; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1691; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1066; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 129.

⁵⁰⁹ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 486; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1691; V. DİNLER, *a.g.e.*, s. 1566-1567.

Nitekim burada “cebren değiştirme” ifadesinden ziyade “şiddet yolu ile veya maddi cebir ile değiştirme” ifadesinin kullanılması “cebir” başlığının maddi ve manevi cebri kapsamı bakımından daha isabetli olacaktır.

⁵¹⁰ **Benzer yönde bkz.:** “Anayasal düzeni ortadan kaldıran cebir ve şiddet hareketleri, mutlaka gayri kanuni nitelikte olmak durumunda değildir. Tarih bunun örnekleri ile doludur.” N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 323.

⁵¹¹ “Hukuka uygun biçimde iktidara gelmiş ancak daha sonra bu iktidarı kötü ve zalimane kullanarak onu suiistimal edene *tyrannus ab exercitio* denilmektedir.” (C. SCHMITT, *a.g.e.*, s. 34.)

⁵¹² Bu noktada *Soyaslan*, iktidarın özgürlükçü hukuk düzenine uygun hareket etmek durumunda olduğunu aksi halde meşruiyetini kaybedeceğine ve toplumun hukuk düzenini yeniden kurma hakkına sahip olacağına; dolayısıyla iktidar uygulamalarının hukuk düzenini ortadan kaldırması halinde ortadan kaldırılan düzeni yeniden kurabilmek adına vatandaşların ihtilal hakkı doğduğuna dair bir görüş benimsemektedir. (D. SOYASLAN, “... *Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 808, dipnot 7 devamı.) Böylesi bir durumda iktidarın mevcut hukuk düzenine uygun davranma sorumluluğunun olduğuna iştirak edilmekle birlikte ortada kaldırılan düzenin yeniden ihdas edilmesi için vatandaşların ihtilal hakkının doğduğu fikrinin, Türkiye gibi tansiyonu yüksek bir ülke göz önünde bulundurulduğunda çok farklı ve istenmeyen noktalara (örneğin iç savaş) gidebileceği düşünüldüğünden sakıncalı bulunmaktadır.

Bu noktada belki **direnme hakkından** bahsedilebilir. Bu hususla ilgili daha ayrıntılı açıklama için **bkz.: Bölüm 2.3.1**

gerektiği düşünülmektedir. Özellikle devletin şiddeti kullanma tekeli dikkate alındığında siyasi iktidarın bu tekeli, hukuk devletini yok saymaya elverişli hareketlerle anayasanın öngördüğü düzene aykırı olarak kullanması halinde veya siyasi iktidarın silah gücüne sahip ortaklarla işbirliği yaparak anayasanın öngördüğü düzeni hiçe sayıp iktidarını cebren sürdürmesi halinde ilgili suçtaki cebir unsurunun ortaya çıktığı ileri sürülmektedir.⁵¹³ Bahsedilen bu olasılıkları meydana getiren tehdit içerikli elverişli hareketlerin vahametinin, şiddet içeren elverişli hareketlerden daha az olduğuna dair bir genel bir havanın olduğu ihtimali düşünüldüğünde; aslında vahamete her iki durumun oluşturduğu sonuçlara bakılarak karar verilmesi gerektiği sonuca varılmaktadır. Bu hususta, söz konusu durumların mevcut madde tanımında yer alan “cebir ve şiddet kullanılarak” ifadesine uygun olarak ortaya çıkması, ilgili hareketlerin anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılarsa da fiziki bir güç kullanılmaksızın ortaya çıkması, bu ihtimalin ceza normu kapsamı dışında kaldığının ileri sürülmesine neden olabilecektir. Söylemek gerekir ki meşru siyasi iktidarın bu yöndeki olası faaliyetlerinin içerebileceği fiziki nitelikte olmayan cebrin, Yassıada yargılamalarının yarattığı kaygılardan ötürü ceza normu hazırlanırken unsur olarak suça dahil edilmemesi amaçlanarak görmezden gelinmiştir. Ancak yine de ülke gerçekleri dikkate alındığında eğer sonuç olarak mevcut anayasal düzen bozuluyorsa ve toplumdaki bireyler ve hatta devletin temel yapıtaşları ve benimsediği ilkeler de bu durumdan olumsuz etkileniyorsa ve ciddi bir ihlalle karşılaşılıyorsa aslında hem tehdit hem de şiddet içeren hareketlerin neden olduğu vahamet aynı demektir.⁵¹⁴ Bir başka deyişle manevi cebrin vahametini araştırırken **tehdit içeren hareketlerin sonucunun toplum üzerinde etkisine ve işe yarayıp yaramadığına bakılması ile eğer ciddi bir etki oluşturduğu gözleniyorsa ancak o zaman cezalandırılabilir mahiyete büründüğünü** söylemek daha hakkaniyetli bir yaklaşım olacaktır. Ciddi ve gerçek bir toplumsal etki yaratıldığının tespitinin yapılması ve bu halde her iki türlü anayasayı ihlalin yargıya taşınması da ancak ideal bir hukuk toplumunda mümkün olabilecektir.

⁵¹³ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 194-195.

⁵¹⁴ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 806, dipnot 7.

Dolayısıyla Türkiye gibi bu konularda tansiyonu yüksek ve geleceğine haklı kaygılar getiren bir geçmişe sahip ülkelerde bu tespitin objektif olarak yapılması pek zordur. Buna ve TCK m. 309'daki "şiddet" vurgusu ile "elverişli icra hareketlerinin" aranmasının zorunlu olmasına rağmen Türkiye'de hala iktidarlar için "tehdidin", bu suç bakımından bir motivasyon olarak değerlendirildiği, daha doğrusu çoğu zaman soruşturmayı ve hatta kovuşturmayı mümkün kılacak şekilde "hukuki bir bahane" olarak kullanıldığı da gözlerden kaçmamaktadır.⁵¹⁵ Yine Türkiye uygulamasında manevi cebir (tehdit) içeren hareketler bu suç kapsamına ya hareketlerin sebebinin iktidardaki çoğunluktan kaynaklanması halinde hiç dâhil edilmemekte^{516,517} ya da tarihi boyunca askeri darbelerden⁵¹⁸ çok çekmiş olan Türkiye'nin askeri güçlere yönelik ihtimamlı olması beklenen yaklaşımının daha çok önyargılı olmasına bağlı olarak hareketlerin sebebinin askeri kesimden kaynaklanması halinde dâhil edilmektedir.⁵¹⁹ Gerçi yine de takip edilmemesinin bu yöndeki fiilleri suç olmaktan çıkarmadığı kaydedilmektedir.⁵²⁰ Ancak bu tür eşitsizliklerin ve haksızlıkların giderilmesi adına madde tanımında daha net bir

⁵¹⁵ **Blkz.:** 104 emekli amiralin Montrö Boğazlar Sözleşmesi kapsamında yayınladığı bildirinin "darbe çağrısı" olduğu iddiasına ilişkin soruşturma başlatılması:

<https://www.dw.com/tr/emekli-amiraller-soru%C5%9Fturmas%C4%B1nda-84-%C5%9F%C3%BCpheli-ifadeye-%C3%A7a%C4%9Fr%C4%B1ld%C4%B1/a-57680748> ve <https://www.evrensel.net/haber/429765/emekli-askerlerin-bildirisi-darbe-tartismasina-donustu-sorusturma-baslatildi> adreslerinden erişim sağlanmıştır. (Son erişim tarihi: 29.05.2021) Gazetecilerin "Türk lirasının değer kaybettiğine" ilişkin yaptığı haberlerin ekonomik darbe girişimi iddiası altında yargılanması:

<https://www.dw.com/tr/gazeteciler-ekonomik-darbe-giri%C5%9Fiminden-yarg%C4%B1lan%C4%B1yor/a-50516584> adreslerinden erişim sağlanmıştır. (Son erişim tarihi: 29.05.2021)

⁵¹⁶ Örneğin, 31.03.2019 tarihinde yapılan belediye seçimlerinde İstanbul ilinin sonuçlarının hukuka aykırı olarak iptal edilmesinin 'seçilen başkan mazbatayı vermezse kendine karşı cebir kullanılarak elinden alınır' ifadesiyle anayasanın manevi cebirle ihlal edilmesi. (D. SOYASLAN, "... Özel Hükümler", 13. Baskı, s. 807, dipnot 7.)

⁵¹⁷ Oysaki ideal özgür bir hukuk toplumunda kanunların keyfi olarak yürütülmesi mümkün değildir ve yürütme yetkisine kişilerin hukukun üstünlüğü çerçevesinde hareket etmesi ve hareketlerin ötürü de sorumlu olması gerekmekte ve beklenmektedir. (Report of International Commission of Jurists, "The Rule of Law in a Free Society", 1959, s. 217.)

⁵¹⁸ "Darbeler döneminde TSK'nın Türk siyasetinde "demir yumruk" olarak kullanılabileceği kurumsallaşmalar aracılığıyla etkisi artmıştır." (O. O. VAROL, "The Democratic Coup d'E'tat", Harvard International Law Journal, 2012 (53), s. 333.)

⁵¹⁹ Genelkurmay eski başkanı Yaşar Büyükanıt'ın 27.04.2007'de yayınladığı e-muhtıradan ötürü anayasayı ihlal şüphesi ile 8 yıl sonra ifadeye çağrılması. https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/12/151204_buyukanit_ifade ve <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/e-muhtiraya-takipsizlik-41418165> adlı siteden erişim sağlanmıştır. (Son erişim tarihi: 21.04.2021)

⁵²⁰ Z. HAFIZOĞULLARI, a.g.e, BÜHFD, s. 494.

ifade kullanılması gerektiği ve “cebir ve şiddet” ifadesinin, eğer 765 sayılı TCK dönemindeki m. 146’nın “tehdit” unsurunu da içerecek şekilde temel özgürlüklere yönelik bir saldırı mahiyetinde uygulanmasının önüne etkili bir şekilde geçilmek isteniyorsa, salt “maddi cebir” veya “şiddet” kavramı ile ifade edilmesi gerektiğinin de altını çizmek lazımdır.

2.1.3.1.2. Anayasayı ihlal suçu kapsamında öngörülen hareketler

Anayasayı ihlal suçunun nasıl işleneceğine yönelik fiilin ortaya çıkış biçimleri açısından kanun maddesindeki suç tanımı şu şekildedir: “*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...*”. Burada tanımdan yola çıkarak suçun ortaya çıkmasında öngörülen suç fiillerinin;

- Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek
- Anayasanın öngördüğü düzen yerine başka bir düzen getirmeye teşebbüs etmek
- Anayasanın öngördüğü düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek şeklindeki hareketlerle oluştuğu görülmektedir.

2.1.3.1.2.1. Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek

Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek, madde tanımında anayasayı ihlal suçunun ortaya çıkış görünümlerinden biri olarak düzenlenmiştir. Burada öncelikle bilinmesi gereken husus, anayasanın öngördüğü düzen ile nasıl bir kapsam oluşturulduğu ve nasıl bir çerçeve çizilmek istendiğine yöneliktir. “Anayasanın öngördüğü düzen” kavramından anlaşılması gerekenin yukarıdaki bölümde⁵²¹ açıklandığı üzere anayasanın değiştirilemeyen çekirdek alanını oluşturan ilk üç maddesi ve Başlangıç Hükümlerine yaptığı gönderme

⁵²¹ Bkz.: Bölüm II, Kısım 2.1.1.1.1.

çerçevesinde şekli anayasadan daha kapsamlı ancak maddi anayasanın belirsizliğine de mahal vermeyecek şekilde yer alan ilke ve kuralların olduğu söylenebilmektedir. Bu bağlamda düşünüldüğünde “anayasanın öngördüğü düzen”i ortadan kaldırmaya çalışmak, anayasal kurallara uygun olmayacak şekilde yerine yenisi konulmaksızın yani bir değişim adı altında olmaksızın ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir.⁵²² Ortadan kaldırılmasının anayasayı ihlal suçuna vücut vereceği öngörülen şey ise ya Anayasanın tamamı ya Anayasanın değiştirilmesi yasaklanan ilk üç maddesi ve bu amaca hizmet edebilmesi için bu kapsama sokulması gereken 4. maddesi ya da Anayasanın değiştirilemeyen maddelerine aykırılık teşkil edecek şekilde diğer ilgili maddeleri olarak ele alınmaktadır.⁵²³ Bu bağlamda anayasanın hukuka ve koyduğu kurallara uygun olarak ve değiştirilmesinin yasaklanmadığı maddelerinin yürürlükten kaldırılabilmesinin önünde hiçbir engel yoktur ve elbette ki yürürlükten kaldırılan o maddeler anayasayı ihlal suçunun kapsamına girmeyecektir. Bu kapsam çerçevesinde hangi hareketlerin anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya elverişli hareket olduğu hususu icra hareketlerinin başladığını ve hareketlerin cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini araştırmak suçun ortaya çıktığını söyleyebilmek açısından önem taşıyacaktır. Dolayısıyla anayasanın değiştirilemez maddelerinin elverişli cebir ve şiddet hareketleri ile ortadan kaldırılması yönünde bir teklif verilmesi icra hareketlerinin başlamasına örnek teşkil edebilecektir.⁵²⁴

2.1.3.1.2.2. Anayasanın öngördüğü düzen yerine başka bir düzen getirmeye teşebbüs etmek

Anayasanın öngördüğü düzen yerine başka bir düzen getirmeye kalkışmak, ilgili ceza hükmünde suçun başka bir görünümle tezahür etmesi halidir. Bu ifadeyle anlatılmak istenen “Anayasanın tamamının, değiştirilemeyecek maddelerinin ya da Anayasanın değiştirilemeyen ilk üç

⁵²² Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 127-128.

⁵²³ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1704.

⁵²⁴ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1705.

maddesine aykırı olacak şekilde diğer maddelerinin, yerine yenisini koymak suretiyle değiştirilmesi”dir.⁵²⁵ Bu noktada mesela demokratik esaslara uygun seçim sistemini ve hürriyet rejimini, totaliter bir cumhuriyet haline veya kişi hak ve özgürlüklerini geliştirmeye yönelik olması fark etmeksizin değiştirmeye elverişli cebri fiillerin bu duruma örnek teşkil edebileceği belirtilmektedir.⁵²⁶ Anayasal düzenin içeriğini ve sınırlarını teşkil eden değiştirilmesi yasaklanan maddelerin değiştirilmesinin tali kurucu iktidarca teklif edilmesinin bu bağlamda manevi cebri oluşturmaya elverişli bir hareket olarak değerlendirildiği kaydedilmektedir.⁵²⁷ Bunun nedeni ise mevcut anayasal düzenin hukuka uygun olarak ve anayasal usullerle yürürlükten kaldırılarak yerine yeni başka bir anayasal düzenin getirilebilmesinin ancak mevcut anayasanın hukuki olarak yürürlükten kaldırılabilmesine imkân veren pozitif bir hukuk normunun varlığına bağlanmış olup böyle bir normun şu anki hukuk düzenimizde olmayışına bağlanmaktadır çünkü “1982 Anayasası da diğer tüm anayasalar gibi kendi ilga ediliş usulünü öngörmemiş ve sadece 175’nci maddesinde kendi değiştiriliş usulünü öngörmüştür”.⁵²⁸ Böylesi bir değişiklik teklifinin hukuki niteliği bakımından ise şekil yönünden evleviyetle sakat hatta ölü doğmuş olacağı nedeniyle anayasanın değiştirilemeyen maddelerine aykırı değişiklik teklifinin yok hükmünde olduğuna dair⁵²⁹ veya değişiklik teklifinin biçim sakatlığıyla iptal edilebileceğine dair⁵³⁰ iki farklı görüş mevcuttur. Bu noktadaki ayrım, şu açıdan önem kazanmaktadır: Eğer değişiklik yönündeki kanun teklifi “yok” hükmünde değerlendirilirse; işlemde “varlık” ön şartı bulunmadığı için diğer şekil şartlarının ele alınmasına gerek kalmaksızın Anayasa Mahkemesi’nin sadece yokluk tespiti

⁵²⁵ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1705.

⁵²⁶ İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 277, dipnot 14.

⁵²⁷ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1705.

⁵²⁸ K. GÖZLER, “*Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?*”, *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler* (edit.: Ece GÖZTEPE ve Aykut ÇELEBİ), İstanbul, 2012, s. 53.

⁵²⁹ Y. YILDIZHAN, “*1982 Anayasasına Göre Devletin Özü*”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1983 (4), s. 145.

Benzer yönde yasama işleminin kurucu unsurunda sorun olduğu için **bkz.:** Y. ALİEFENDİOĞLU, “*Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Yokluk" ya da "Yok İşlem"*”, *TBBD*, 2009, s. 221.

⁵³⁰ B. TANÖR/ N. YÜZBAŞIOĞLU, *a.g.e.*, 15. Baskı, s. 492.

yapması⁵³¹ yeterli olup bir anayasa değişikliği söz konusu olmayacak⁵³² ve aslında anayasayı ihlal suçu bakımından da “yok” olan bir işlemin elverişli icra hareketi olarak değerlendirilmesi söz konusu olamayacaktır. Eğer değişiklik teklifi “iptal edilebilir” olarak değerlendirilirse; değişiklik teklifi, Anayasa Mahkemesi önüne getirilip iptal edilene kadar geçerli olacak⁵³³ ve dolayısıyla anayasayı ihlal suçu bakımından manevi cebirle elverişli icra hareketinin varlığına ilişkin tartışma yapılabilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi, önüne iptali için gelen değişiklik teklifinin iptal edilmesine karar vermez ve değişiklik teklifini geçerli kabul ederse o noktada Anayasa Mahkemesi kararının kesinleşip bu teklifle anayasayı ihlalin başarıya ulaşarak “sivil darbe” yapıldığı ve yeni kurucu iktidarın oluştuğunu dolayısıyla da başarıya ulaşan bu suçun meşruiyetini kazanan yeni iktidar döneminde yargılanamayacağı ifade edilmektedir.⁵³⁴

Hemen belirtmek gerekir ki ilgili suçtaki bu ifadenin, yeni bir anayasa yapmaya yönelik TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonunca yapılan çalışmaları kapsayıp kapsamadığı hususu tartışmalara yol açmıştır.⁵³⁵ Mevcut komisyonun TBMM’nin kendisine “anayasa taslak metni hazırlamak” yetkisinin verilmemesi dolayısıyla komisyon oluşturma yetkisinin de bulunmamasından hareketle hukuki bir dayanağı olmayıp fiilen oluşturulduğu iddiası çerçevesinde dayanağını mevcut anayasadan alan TBMM’nin yeni anayasa çalışmaları tamamlandığında mevcut

⁵³¹ Burada hemen belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı “yokluk” tespiti bildirici nitelikte olduğundan tespit yapılmaması yok olan işlemi var etmez. (E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1712.)

⁵³² E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1710-1712.

⁵³³ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1710-1712.

⁵³⁴ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1713.

⁵³⁵ Anayasayı yapma görevi asli kurucu iktidara, değiştirme görevi ise tali kurucu iktidara aittir. *Gözler*, bu konuda aslî kurucu iktidarın ancak hukuk boşluğu ortamında belirlediğini, bu ortamın ise devrim, hükümet darbesi ve savaş gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıktığını savunmaktadır. Dolayısıyla yazara göre “TBMM’nin veya bir başka organın yeni bir anayasa yapabileceğini düşünenlerin, öncelikle, yürürlükte olan 1982 Anayasasının nasıl yürürlükten kaldırılacağını açıklamaları çünkü zira yeni bir anayasa yapmak için, öncelikle yürürlükteki anayasayı ilga etmeleri” gerekmektedir. Halkın egemen olarak asli kurucu iktidara her zaman sahip olduğu yönündeki düşüncelerin ise hukuki bir değerinin bulunmadığını dile getirmektedir. (K. GÖZLER, *a.g.e.*, s. 52-53.) **Benzer yönde bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, TBBD, s. 458; B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 186 vd. Ancak belirtmek gerekir ki Türkiye tarihine de bakıldığı zaman yeni bir anayasasının ancak devrim, hükümet darbesi ve savaş gibi olağanüstü durumlarda ortaya çıkan hukuk boşluğu olmaksızın yapılamayacağını kabul etmenin mevcut anayasayı ortadan kaldırmak isteyenlerin (siyasiler de dahil olmak üzere) elinde toplumun huzurunu ve kalan demokratik yapısını bozmak için bir koz olarak kullanılabilme ihtimalini yüksek tuttuğu ve toplumda sürekli bir ihtilal korkusuna neden olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

anayasayı yürürlükten kaldırma yetkisinin olmadığı –bu yetkiyi verecek pozitif bir normu da mevcut çalışmalar sonucunda oluşturmayaacağı⁵³⁶ ve nihayetinde de hazırlanan anayasa taslak metninin fiili bir belge olmaktan çıkarılamayıp hukukileştirilemeyeceği ileri sürülmektedir.⁵³⁷ Dolayısıyla böyle bir komisyonun yaptığı çalışmaların anayasayı ihlal suçunun hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi söz konusudur. Ancak bu çalışmaların tamamlanıp nihai bir anayasal metin şeklinde kabul edilerek yeni bir anayasa olarak yürürlüğe konulması için mevcut anayasanın yürürlükten kaldırılmasına yönelik gerçekleştirilen hareketlerin, cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleşmesi halinde söz konusu suçu, elverişli icra hareketleriyle teşkil etmeye imkân tanıyacaktır.

2.1.3.1.2.3. Anayasanın öngördüğü düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek

Anayasal düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye kalkışmak, anayasayı ihlal suçunun kanun koyucu tarafından öngörülen bir diğer görünümüdür. Bu ifadede kastedilen ise Anayasada değiştirilemezlik teminatı altına alınmış olan maddelerin şeklen korunmasına rağmen uygulanmasına cebir ve şiddet kullanılarak engel olmaya kalkışılmasıdır.⁵³⁸ Cebri yollarla anayasal düzeni ihlal etmeye elverişli olması şartıyla anayasal düzeni oluşturan ilkelere fiilen uymamak veya uymamaya zorlamak; anayasaya aykırılık iddiasıyla önüne gelen başvuruda Anayasa Mahkemesinin, normun Anayasal düzeni ihlal edip etmediğine ilişkin üyelerin karar almasına engel olmaya veya kararı etkilemeye çalışmak; Anayasa Mahkemesi’nin anayasal düzene ilişkin olarak vermiş olduğu kararını uygulamamak⁵³⁹ veya uygulanmasına engel olmaya kalkışmak bu duruma örnek

⁵³⁶ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 216.

⁵³⁷ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 191 vd.

⁵³⁸ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1714-1715.

⁵³⁹ Örneğin; AYM’nin **Enis Berberoğlu (2) başvurusunda** özgürlük ve güvenlik hakkının ihlaline ve yeniden yargılanmasına yönelik verdiği kararın İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilmesi üzerine ilk derece mahkemesinin bu kararı tanımaması(!) “tutukluluğun devamı”na ilişkin kararında ısrarcı kalması, yine AYM’nin **Şahin Alpay (1) başvurusunda** özgürlük ve güvenlik hakkının ihlaline ve ihlalin sonucu olan tutukluluk halinin sona erdirilmesine yönelik

olarak gösterilmektedir.⁵⁴⁰ Belirtilen durumlarda mevcut anayasal düzeni uygulayan “iktidarı devirecek şekilde bir grup silahlı insanın veya askerin devlet organlarına ait kurumları kuşatması maddi cebir olarak”⁵⁴¹ kabul edilmektedir. Ya da “Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına yasama, yürütme ve yargı organı yerindeki kimselerin, idari makamlardaki kamu görevlilerinin⁵⁴², gerçek kişilerin ve tüzel kişileri temsile yetkili kimselerin uymamasının, uygulamamasının ya da uygulatmamasının diğer şartları da mevcutsa manevi cebir olarak”⁵⁴³ kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararların derece mahkemelerince uygulanmaması güncel bir sorun olarak karşımıza çıktığından tartışılması gerektiği düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların muhataplarından biri -ve belki de en önemlisi- olan derece mahkemeleri, AYM’nin tespit ettiği hak ihlalleri çerçevesinde yargılama pratiğinin etkilenmesine açıktır. Dolayısıyla bu pratiğin etkilenmesinin, belki değişmesinin somutlaşması hususunda da AYM ile derece mahkemeleri arasında sorunlar yaşanabilmektedir. Özellikle bireysel başvuru yolunun kabulünden sonra her derece mahkemesinin anayasa hukukunu uygulama ve uyuşmazlıklarda somutlaştırma konusundaki yükümlülüğü belirginleşmiştir.⁵⁴⁴ Bundan hareketle de hem derece mahkemelerinin hem de yüksek yargı organlarının beklenen

verdiği kararın İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilmesi üzerine ilk derece mahkemesinin bu kararı uygulamaması(!); söz konusu ağır ceza hâkimlerinin anayasayı ihlal ettiğini göstermektedir. **Benzer yönde görüş için bkz.:** “...Anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını, diğer mahkemelere göre kapsam bakımından daha geniş tutmuştur. Anayasa mahkemesi doğrudan anayasal normu uyguladığından, Mahkemenin kararlarını uygulamamak, şartları varsa anayasayı ihlal suçuna vücut verebilir...” (E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1716.)

⁵⁴⁰ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1715; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 123.

⁵⁴¹ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 810.

⁵⁴² Anayasa Mahkemesinin yükseköğretimde dinsel giyimin kamusallaştıramayacağına ilişkin 07.03.1989, E. 1989/1, K. 1989/12; 09.04.1991, E. 1990/36, K. 1991/8 ve 22.10.2008, E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararları karşısında “Yükseköğretim Kurulu yönetici ve yetkililerinin, yükseköğretimde türbanı fiilen serbest bırakması, fiili uygulamanın manevi cebirle uygulatılarak açık bir biçimde TCK m. 309 uyarınca anayasayı ihlal suçunun işlendiğine” işaret etmektedir. (B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 185; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1716, dipnot 62.)

⁵⁴³ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1716.

⁵⁴⁴ E. GÖZTEPE ÇELEBİ, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, Anayasa Yargısı, 2016 (32), s. 101. (Yazar, derece mahkemelerinin bu yükümlülüğünün sadece kamu-birey ilişkisindeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin değil, “dolaylı ışıma etkisiyle” (mittelbare Drittwirkung) –Alman hukukunda ortaya çıkan bir kavram- özel hukuk alanında da mevcut olduğunu dile getirmektedir.)

ihlimamı göstererek gerekli tedbirleri almasının, yerleşik içtihatlarında zorunlu değişikleri yapmasının; **hukuk sisteminin bütünselliği ve tutarlılığı** açısından zorunlu olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴⁵ Ancak derece mahkemeleri son zamanlarda “*gerekçeli ihlal kararlarının Resm  Gazete’de yayımlanmadığı veya kendilerine tebliğ edilmediği, AYM’nin yetkisini aşıp kendilerinin yerine geçerek yargılamanın esası ile ilgili karar verdiği ve bunun görev gaspı olduğu, yerindelik denetimi yaptığı, delillerle ilgili takdir ve değerlendirmede bulunduğu, bir anlamda beraat kararı anlamını taşıyabilecek karar verdiği, verdiği kararın yasal sınırları aşmasından dolayı kesin ve bağlayıcı olamayacağı*”⁵⁴⁶ gibi dayanaklar (ya da bahaneler)  reterek AYM’nin verdiği ihlal kararlarını uygulamamaktadır.⁵⁴⁷ Bu uygulamama pratiğinin, başvurucuların temel hak ve özgürlüklerine yönelik ciddi ve keyfi bir ihlal niteliği taşımasıyla birlikte ayrıca Anayasa’da değiştirme yasağı kapsamında koruma altına alınan “hukuk devleti” olma ilkesini de açıkça ihlal etmesi söz konusudur.⁵⁴⁸ Söz konusu ihlallerin TCK m. 309 kapsamında “anayasanın öngördüğü düzenin fiilen uygulamasını engellemek” fiiliyle örtüştüğü çok açıktır. Ancak maddenin “cebiri ve şiddet kullanılması” araması nedeniyle AYM kararlarının derece mahkemelerince uygulanmaması halinde fiziki bir güç kullanımının olup olmadığı sorgulandığında fiziki bir g  kullanılarak kararları uygulamama pratiği geliştirildiği söylenemeyecektir.⁵⁴⁹ Her ne kadar “cebiri ve şiddet” unsuru bakımından kanunun

⁵⁴⁵ E. GÖZTEPE ELEB , *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 101.

⁵⁴⁶ M. KAHRAMAN/ M. şAH N, “*Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi*”, Anayasa Yargısı, 2019 (36), s. 42.

⁵⁴⁷ **Bkz.: AYM Mehmet Hasan Altan (3) başvurusu**, B. No: 2018/2620, 09.01.2020, ř 18; **AYM şahin Alpay (2) başvurusu [GK]**, B. No: 2018/3007, 15.03.2018, ř 18; **AYM Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK]**, B. No: 2020/32949, 21.01.2021, ř 40; **AYM Gülser Yıldırım başvurusu**, B. No: 2013/9894, 02.01.2014, ř 49.

⁵⁴⁸ AYM kararlarının derece mahkemelerince uygulanmaması dolayısıyla anayasanın işlevsiz hale gelebileceğine, hukuken içtihatların uygulanmasında problemler yaratacağına ilişkin **bkz.:**

“<https://tr.euronews.com/2021/02/09/arslan-aym-kararlar-n-n-uygulanmamas-anayasa-y-tamamen-islevsiz-hale-getirebilir>” (Son erişim tarihi: 31.05.2021)

“<https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/yerel-mahkemenin-aym-kararini-uygulamamasi-mumkun-mu-6080911/>” (Son erişim tarihi: 31.05.2021)

“<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/sedat-ergin/aymnin-ihlal-karari-uygulanmazsa-buna-da-ihlal-geliyor-41442728>” (Son erişim tarihi: 31.05.2021)

⁵⁴⁹ Bu bağlamda son dönemde AİHM ve AYM tarafından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edilmesine ilişkin olarak verdiği kişinin tahliye edilmesine yönelik kararların uygulanmaması bireyi keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakmak ve zorlamak da geniş anlamda şiddet kapsamında

istediği yoğunluğun olmadığı söylenecek olsa da derece mahkemelerinin, bu tutumunu sürdürmesi halinde birbirlerini de olumsuz yönde etkilemeleri söz konusu olursa bu durum, bireysel başvuruların işlevselliğinin ve etkinliğinin pratikle ortadan kaldırılması tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla bu hallerin, TCK m. 309 kapsamında yargılanamayacak olsa bile hukuken ciddi bir yaptırıma bağlanması elzemdir.

2.1.3.3. Netice (Sonuç)

Anayasayı ihlal suçunda, suç tanımında belirtilen amaçlara nail fiillerin söz konusu sonuçları gerçekleştirmesi aranmamakta⁵⁵⁰ ve beklenmemektedir çünkü belirtilen netice gerçekleştiği takdirde olayın doğası gereği zaten yeni anayasal düzeni oluşturan güç, kurucu iktidar olarak meşruiyetini yeni hukuki düzende⁵⁵¹ kazanmış olacak ve artık mevcut olmayan anayasal düzen ve takibindeki ceza düzenine göre sorumlu tutulamayacaktır.⁵⁵² Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun açıklanan sebepten ötürü mevcut hukuk düzeninde cezalandırılabilmesi için tamamlanamamış olması yani amaçlanan neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Bu da anayasayı ihlal suçundaki teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasına⁵⁵³ olanak tanımaktadır. Ancak tamamlanmış suçlarda neticenin yapılan hareketin sonucu olup olmadığına dair maddi illiyet bağı aranırken; tamamlanmamış ve teşebbüs halindeki suçlar bakımından da farazi bir illiyet bağı kurulması düşünülerek nedensellik ihtimal veya imkânının araştırılması⁵⁵⁴, failin hukuka aykırı fiilinin maddede öngörülen

değerlendirilmelidir ancak TCK m. 309 kapsamında öngörülen “cebir ve şiddet kullanma” ifadesinden dar anlamda şiddetin anlaşılması gerektiğinden bu fiillerin yine de anayasayı ihlal suçu kapsamına dâhil edilemeyeceğini üzülerek belirtmek gerekmektedir.

⁵⁵⁰ A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4171.

⁵⁵¹ D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 69.

⁵⁵² B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 115.

⁵⁵³ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 345; İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 281; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 436-437; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 241. **Aksi görüş için bkz.:** B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 100-101. Yazar, suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının hukuk politikası gereği söz konusu olduğunu ancak anayasayı ihlal suçunun zaten tamamlanması mümkün olmayan bir suç olduğu için tamamlanmış gibi cezalandırılmayacağını söylemektedir.

⁵⁵⁴ N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 594-595.

netice ile arasında şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde düşüncel olarak bir nedensellik bağının kurulduğunun saptanması⁵⁵⁵, suç tanımındaki neticelerin ortaya çıkmasına neden olan cebrî davranışların meydana gelen netice açısından nedensel olması⁵⁵⁶ gerekmektedir.

Doktrindeki bazı görüşler suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için teşebbüs edilen suçun tamamlanabilir⁵⁵⁷ ve tamamlandığında mevcut hukuk düzenince cezalandırılabilir bir suç olması gerektiğini ifade etmektedir. Bundan bahisle de bir teşebbüs suçu olarak anayasayı ihlal suçunun elverişli icra hareketleri gerçekleştiği anda tamamlandığından ötürü şekli⁵⁵⁸, neticesiz, tamamlanması mümkün olmayan (tamamlanabilir olmayan) ve tamamlandığında mevcut hukuk düzenince cezalandırılabilir olmayan bir suç olduğunu ileri sürmektedir.⁵⁵⁹ Ancak diğer yandan doktrinde teşebbüs suçlarının, tamamlanması öne alınmış veya peşinen tamamlanmış suç olarak da değerlendirilmesi söz konusudur.⁵⁶⁰ Bu değerlendirmeye göre suç tanımında hem harekete hem de neticeye yer verilmekte ancak suçun tamamlanabilmesi için neticenin gerçekleşmesi aranmamakta⁵⁶¹, neticeyi doğurmaya elverişli icra hareketlerinin

⁵⁵⁵ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 114.

⁵⁵⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 241.

⁵⁵⁷ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 99.

⁵⁵⁸ D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 70.

⁵⁵⁹ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 100; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 488.

⁵⁶⁰ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 103; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4171; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 303; D. SOYASLAN, "... Özel Hükümler", 13. Baskı, s. 803; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 197; H. H. BAYRAKLI & A. BOZDAĞ, "Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi", Maliye Dergisi, 2010, s. 24.

Aksi görüş için bkz.: B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 103-105. Yazar, kalkışma suçlarını bu şekilde nitelenmesiyle kavramların birbirine karıştığını, söz konusu anayasayı ihlal suçunun tanımında hareketten ayrı olarak neticenin de yer almasının söz konusu olamayacağını çünkü tanımda neticeye yer verilmediğini, Türk ceza hukukunda geçerli olan neticenin tabiatçı anlayışı gereği neticenin dış dünya değişikliği olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 495. "Özelliğinden ötürü, bu suçta bir netice mümkün değildir... Suç, ne teşebbüsü tamamlanan suç gibi cezalandırılan (ör. 310), ne de tüketilmesi öne çekilmiş olan (ör. 288) bir suçtur."

E. AYGÜN EŞİTLİ, "Kalkışma Suçları", 2016, s. 22. "Kalkışma suçları ise neticesi kanunda öngörülmediğinden teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırılan suçlardan olmadıkları gibi, doğrudan suça yönelik olan hareketle hedeflenen başarıya ulaşılması halinde, onu cezalandırabilecek olan kurulu hukuk düzeni ortadan kalktığından tamamlanması öne alınmış suçlar arasında da yer almamaktadırlar."

⁵⁶¹ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 102.

cebren gerçekleşmesi aranmaktadır.⁵⁶² Ayrıca söz konusu 309. maddenin uygulanabilmesi için icra hareketlerinin şart koşulmuş olması; belirli bir sonucun arandığını gösterdiği ve maddede sayılan anayasal düzeni ortadan kaldırma, yerine başkasını getirme veya fiilen uygulamanın önlenmesi şeklinde tezahür edebileceği de ileri sürülmektedir.⁵⁶³ Gerçekten de suç tanımına bakıldığında “...Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye...” şeklindeki ifadelerin ortaya çıkmasının istenmediği netice unsuru olarak⁵⁶⁴, bu neticelere “teşebbüs etmenin” ise tanımlanan neticelerin ortaya çıkması için başlanılan ve yeterli yoğunluğa sahip ve elverişli olan icra hareketleri kapsamında hareket unsuru olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda suçun neticesinin teşebbüs değil, anayasal düzeni ortadan kaldırma, bu düzenin yerine başka bir düzen getirme ve bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme şeklinde olduğu söylenebilmektedir.⁵⁶⁵

Bazı yazarlar anayasayı ihlal suçunun bir teşebbüs suçu olmasından ötürü sonuçsuz suç olarak değerlendirilmesi gerektiğini çünkü netice gerçekleştiği takdirde zaten “yeni anayasal düzeni kuran ve oluşturan güç olan kurucu iktidarın, ortadan kaldırılan artık mevcut olmayan anayasal düzene ve bu düzene bağlı ceza düzenine göre anayasal düzeni ortadan kaldırma eyleminden sorumlu tutulamayacağını”⁵⁶⁶, “ihtilal olduğu için artık yeni bir kurucu iktidarın olduğunu, suçun da olmadığını”⁵⁶⁷ ve “bu suça yönelik teşebbüs hareketinin, onu cezalandırabilecek kurulu hukuk düzeni ortadan kalktığından cezalandırılma imkânının olmayacağını”⁵⁶⁸ ve ayrıca maddedeki “anayasal düzenin ortadan kaldırılması, yerine başkasının getirilmesi veya fiilen uygulanmasının önlenmesi”

⁵⁶² İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 283; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, a.g.e., C. 4, 2. Baskı, s. 4171.

⁵⁶³ N. TOROSLU, a.g.e., s. 343.

⁵⁶⁴ N. TOROSLU, a.g.e., s. 342-343. Bu suç tanımında anayasal düzeni ortadan kaldırmaya, bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya anayasanın fiilen uygulanmasını önlemeye yönelik hareketleri suçun konusu olarak değerlendiren **aksi görüş için bkz.:** B. H. ACAR, a.g.e., s. 105.

⁵⁶⁵ N. TOROSLU, a.g.e, ABD, s. 595; N. TOROSLU, a.g.e., s. 345.

⁵⁶⁶ B. H. ACAR, a.g.e., s. 115.

⁵⁶⁷ Z. HAFIZOĞULLARI, a.g.e, BÜHFD, s. 495.

⁵⁶⁸ E. AYĞÜN EŞİTLİ, a.g.e., AÜHFD, s. 1690.

ifadelerinin sonucun aksine suçun konusunu oluşturduğunu⁵⁶⁹ savunmaktadır. Bahsedilen sebeplerin doğruluğuna belli ölçüde katılmak mümkün olmakla beraber⁵⁷⁰ bu sebeplerin “suçun sonuçsuz olmasına” neden olmadığı⁵⁷¹ düşünülmektedir. Aslında bu suçun tamamlanması halinde her ne kadar yeni bir hukuk düzeni ve anayasal düzen inşa edilecek olsa da gerçekleştirilen fiillerin cezalandırılabilmesi durumu her zaman mümkün olmayabilmektedir.⁵⁷² Bu durumlar için çeşitli senaryolardan bazıları; “anayasal düzeni ortadan kaldıran bir kuvveti başkaca bir kuvvetin ortadan kaldırması halinde ilk grubun suçu tamamlamasına rağmen bu suçtan dolayı yargılanması ve cezalandırılmasına”⁵⁷³ veya “objektif olarak anayasal düzeni yıkabilecek bir güce sahip olmayan küçük bir cunta yapılanmasının, bir başka grup tarafından başkentteki önemli savunma birimlerine sabotaj düzenlemesi sonucunda ortaya çıkan güç boşluğunu doldurmasıyla elverişli hareketler eşliğinde suçun neticesini meydana getirmesi halinde neticeden sorumlu olmasına”⁵⁷⁴ ilişkindir. Dolayısıyla cezalandırılmazlık ile suçun tamamlanması birbirinden farklı iki olgu olarak değerlendirilmelidir⁵⁷⁵ çünkü söz konusu suçun tamamlanması halinde bile farklı ihtimaller eşliğinde farklı senaryoların yaşanması⁵⁷⁶ durumunda suçun takibinin ve cezalandırılabilmesinin mümkün olma ihtimali mevcuttur.

⁵⁶⁹ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 105.

⁵⁷⁰ “Anayasayı ihlal, geçerliliğini kendi koyduğu kurallardan ve hukuk düzeninden aldığı için hukuk düzenlerinde, anayasayı ihlal etmek değil, anayasayı ihlal etmeye kalkışmak suç sayılmaktadır. Tarihte, aksi de görülmüş değildir.” Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 494. Tarihimizdeki 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 darbeleri başarılı olarak, failleri darbe sonrası kurulan yeni sistemce yargılanmak ve cezalandırılmak beri dursun devletin yönetiminde söz sahibi olmuşlardır çünkü artık kurulan yeni düzen uyarınca eylemleri suç kapsamında olmaktan çıkmıştır ama önceki sistemde öngörülen suç da tamamlanmıştır.

⁵⁷¹ Benzer yönde bkz.: Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 126.

⁵⁷² N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 344; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 243.

⁵⁷³ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 344.

⁵⁷⁴ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 243.

⁵⁷⁵ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 344.

⁵⁷⁶ Lütfen üst satırlardaki açıklamalara bakınız.

2.1.3.4. Suç Fiilinin Özelliğine Göre Değerlendirilmesi

2.1.3.4.1. Teşebbüs (Kalkışma) Suçu Olması

Anayasayı ihlal suçu bir teşebbüs (kalkışma) suçudur.⁵⁷⁷ Ancak kanun koyucu suçtaki teşebbüs halinin, tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasına⁵⁷⁸ olanak tanımaktadır. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihi ise; suçun icrasına elverişli hareketlere başlanmasını, tek başına ağır bir zarar veya zarar tehlikesi yaratacağından hareketle söz konusu suç ile korunan hukuki menfaatin hassasiyeti göz önüne alındığında en az suçun tamamlanması kadar vahim kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.⁵⁷⁹ Dolayısıyla suçun tamamlanmasının istenmeyerek ancak yine de tamamlanmış gibi cezalandırılmasını sağlayacak şekilde teşebbüs suçu olarak düzenlenmesi söz konusu olmuştur.

Bu noktada bahsedilen “teşebbüs” kavramının yorumlanması hususunda genel hükümlerde kabul edilen TCK m. 35 kapsamındaki “teşebbüs” hükmünün dikkate alınıp alınamayacağına değinmek gerekmektedir. Anayasayı ihlal suçunda “anayasal düzeni cebren ortadan kaldırmak, yerine yeni bir düzen getirmek veya düzenin fiilen uygulanmasının önüne geçmek” kararının fiilen hayata geçirilmiş olabilmesi için en azından yeterli yoğunluktaki icra hareketlerine başlanmış olması ve bu hareketlerin belirtilen amaçları gerçekleştirmeye elverişli nitelikte

⁵⁷⁷ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Baskı, s. 281; D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 803; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 437; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 303; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 178.; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 246; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 177; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCEN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8804; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 177; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 488; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1690; B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 95; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 165; F. TURİNAY, *a.g.e.*, YÜHFD, s. 289; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 207.

⁵⁷⁸ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 345; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 436-437; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 178.; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 464; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 253; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 177; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 241. **Aksi görüş için bkz.:** E. AYGÜN EŞİTLİ, “Kalkışma Suçları”, 2016, s. 22; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 495; B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 100-101 (Yazar, suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının hukuk politikası gereği söz konusu olduğunu ancak anayasayı ihlal suçunun zaten tamamlanması mümkün olmayan bir suç olduğu için tamamlanmış gibi cezalandırılmayacağını söylemektedir.).

⁵⁷⁹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 169-170; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 114.

olması aranmaktadır.⁵⁸⁰ Burada dikkat çeken iki husus, TCK m. 35 teşebbüs hükmünde de “işlenmesi kastedilen bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamak”⁵⁸¹ şeklinde belirtilen **icra hareketlerine başlanmasının ve elverişliliğin**⁵⁸² varlığıdır. Dolayısıyla genel hükümlerdeki “teşebbüs” hükmünün, anayasayı ihlal suçunun lafzında geçen “teşebbüs edenler” kavramını yorumlarken özellikle mevcut hareketin, hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğunun değerlendirilmesinde yani teşebbüs aşamasına gelinip gelinmediğinin belirlenmesinde ve söz konusu kanun maddesini ihlal etmiş sayılıp sayılmadığının tespit edilmesinde dikkate alınması gerektiği açıktır.⁵⁸³

Anayasayı ihlal suçunun teşebbüs suçu olarak nitelendirilmesinde en büyük gerekçe, suçun tamamlanabilir olmamasına dolayısıyla neticeli bir suç olmamasına dayandırılmaktadır.⁵⁸⁴ Aksi halde teşebbüs suçlarında da suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi gerekeceği ifade edilmektedir.⁵⁸⁵ Ancak diğer yandan doktrinde bir teşebbüs suçu olarak anayasayı ihlal suçunda suçun tamamlanabilmesi için neticenin gerçekleşmesinin aranmayıp⁵⁸⁶ neticeyi doğurmaya elverişli icra hareketlerinin cebren gerçekleşmesinin arandığını ve icra hareketlerinin zorunlu varlığının belirli bir sonucun arandığını⁵⁸⁷ gösterdiğini ifade eden görüşler de vardır.⁵⁸⁸ Suç tanımındaki “...*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye...*”

⁵⁸⁰ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 283; N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 342; D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 70; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 102.

⁵⁸¹ S. DÖNMEZER, “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, İÜHF, 1942, s. 436; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 449; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 408; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 455; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 487; M. E. ARTUK/ A. GÖKÇEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 600; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 343.

⁵⁸² TCK m. 35 gerekçesinde “suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması ancak elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği bu nedenle suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden “uygun hareketler” kavramının tanıma dâhil edildiği” ifade edilmiştir. (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 60, Yasama Yılı: 2, s. 444.)

⁵⁸³ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 104; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 240.

⁵⁸⁴ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 100; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 488; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, s. 95.

⁵⁸⁵ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 99.

⁵⁸⁶ B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 102.

⁵⁸⁷ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 343.

⁵⁸⁸ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 283.

ifadelerinin bu bağlamda düşünüldüğünde ortaya çıkmasının istenmediği neticeler⁵⁸⁹ olduğu görülmekte ancak söz konusu neticelerin ortaya çıkmasını istemeyen kanun koyucunun da bu suçu teşebbüs suçu olarak düzenleyerek “anayasal düzene karşı gerçekleştirilen ve başarıya ulaşan hareketlerin sonrasında eski düzenin korunmayacak olup yeni düzenin kendini koruyan kurallar düzenlenmesinin desteklenecek olacağı”⁵⁹⁰ ihtimalini bertaraf etmeye çalıştığı görülmektedir. Bu noktada yeni düzen kurulsaydı da söz konusu fiillerin suç olmaktan çıkmayacağına ancak fiilen takip edilemeyeceğinin altını yeniden çizmek gerekmektedir.⁵⁹¹

2.1.3.4.2. Seçimlik Hareketli ve Tek Hareketli Suç Olması

Anayasayı ihlal suçunun madde tanımında yer alan “*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.*” ifadesi uyarınca kanun koyucunun istenmeyen anayasanın ihlal edilmesi sonucuna ulaşılmasına elverişli üç farklı hareket tanımladığı görülmektedir. Fail(ler)in, ilgili suçu işlemesi için kanunda öngörülen “anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırma”, “mevcut anayasal düzen yerine başka bir düzen getirme” veya “mevcut düzenin fiilen uygulanmasının önlenmesi” şeklinde hareketlerden birini gerçekleştirmesi yeterli görülmüştür. Bir başka deyişle bir seçimlik hareketli suç (seçenek hareketli suç)⁵⁹² olarak, suç tanımında birden fazla hareket gösterilmiş ancak bunlardan birinin icra edilmesi halinde neticenin

⁵⁸⁹ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 342-343. Bu suç tanımında anayasal düzeni ortadan kaldırmaya, bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya anayasanın fiilen uygulanmasını önlemeye yönelik hareketleri suçun konusu olarak değerlendiren **aksi görüş için bkz.:** B. H. ACAR, *a.g.e.*, s. 105.

⁵⁹⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 168.

⁵⁹¹ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 126; N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 343-344; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 168.

⁵⁹² **Bu yönde adlandırma için bkz.:** O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8804; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 162.

gerçekleşeceği, birden fazlasının icra edilmesi halinde de suçun sadece bir kez işlendiği kabul edilmiştir.⁵⁹³

Diğer yandan anayasayı ihlal suçunun kanuni tanımındaki hareketlerini, suçun ancak belli hareketlerin yapılmasıyla işlenebileceğinin kanunda öngörülmüş olduğunu kabul eden⁵⁹⁴ bağlı hareketli suçla bağdaştıran görüşler de mevcuttur.⁵⁹⁵ Bu görüş, söz konusu hareketlerin gerçekleşmesini, suçun gerçekleşmesi için icra hareketi olarak kabul edilen “cebir ve şiddet” içeren hareketlerin varlığına bağlamaktadır.⁵⁹⁶ Ayrıca “cebir ve şiddet” hareketlerinin dışında gerçekleştirilen herhangi bir hareketin mevcut suçu oluşturmayacağını da ifade ederek suçun seçimlik hareketli suç olmamasını, “cebir ve şiddet” içeren hareketlerin iki farklı hareket tipini göstermemesi çünkü şiddetin cebir kavramına dâhil olması üzerinden gerekçelendirmektedir.⁵⁹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki suçun seçimlik hareketli suç olmasını sağlayan husus, “cebir ve şiddet” içeren hareketler değil; anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırma, değiştirme veya fiilen uygulanmasını engelleme şeklinde ortaya çıkacak olan hareketlerdir.

Bir başka görüş ise anayasayı ihlal suçunun, kanunda sadece neticenin belirtildiği ancak hangi hareketlerle suçun işlenebileceğinin belirlenmediği suç tipi olan serbest hareketli suçlardan olduğunu savunmaktadır. Bu görüş uyarınca kanunda belirtilen fiillerde eriyen anayasayı ihlal etme amacına yönelik her türlü hareketle söz konusu suçun meydana gelebileceğini belirtmektedir.⁵⁹⁸ Ancak bu yönde bir kabulün kanun maddesinde belirtilen fiillerin mahiyetini ve suçun ortaya çıkmasında aranan ölçüt olma özelliğini açıkça yok sayacağı ortadadır. Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun bu kapsamda seçimlik hareketli bir suç

⁵⁹³ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 257; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 169; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 162; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 192; K. İÇEL, *a.g.e.*, 6. Bası, s. 255; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 222; U. ALACAKAPTAN, “Suçun Unsurları”, 1970, s. 43; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 233; M. E. ARTUK/ A. GÖKÇEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 236.

⁵⁹⁴ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 257; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 122; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 162; K. İÇEL, *a.g.e.*, 6. Bası, s. 256; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 221; U. ALACAKAPTAN, “Suçun Unsurları”, 1970, s. 42; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 235.

⁵⁹⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 135-136.

⁵⁹⁶ O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8804.

⁵⁹⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 135-136.

⁵⁹⁸ E. AYĞÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1696.

olduğu düşünülmektedir.^{599,600} Bununla birlikte anayasayı ihlal suçunun, gerçekleşmesi için tanımda belirtilen hareketlerden birinin dahi icra edilmesinin suçun oluşumu için yeterli görülmesi ve farklı hareketlerin birlikte icra edilmesinin aranmamasının sebebiyle tek hareketli suç olduğu da kaydedilmektedir.⁶⁰¹

2.1.3.4.3. Zarar Suçu Olması

Anayasayı ihlal suçu, kanun gerekçesinde yer alan “*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 vasıtanın neticeyi elde etmeye elverişli olmasından daha çok tehlikenin doğmasına elverişli olup olmadığı göz önünde bulundurularak hâkim tarafından takdir edilecektir.*” ifade ışığında bir tehlike suçu olarak belirtilmiştir.⁶⁰² Nitekim doktrinde⁶⁰³ de Yargıtay kararlarında⁶⁰⁴ da çoğunluk

⁵⁹⁹ Benzer yönde görüş için bkz.: O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8804.

⁶⁰⁰ Seçimlik hareketli suçların genelde bağlı hareketli suçlar olduğuna dair görüş için bkz.: M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 122.

⁶⁰¹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 137.

⁶⁰² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 180.

⁶⁰³ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 802; F. EREM, “Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler”, C. 2, s. 1062; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4171; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 213; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1696; suçun somut tehlike suçu olduğuna dair İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 285; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8804 (Yazarlar kitabın ilk basısında suçun soyut tehlike suçu olduğunu ifade etmiştir.); suçun soyut tehlike suçu olduğuna dair; V. S. DARAGENLİ, “Tehlike Suçları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1998, s. 57.

⁶⁰⁴ “Suç, bir teşebbüs suçu ise de, gerek yargısal kararlarda gerekse, doktrinde duraksamasız biçimde kabul edildiği üzere fiilin, hazırlık hareketlerinden çıkıp icra aşamasına ulaşması gerekir. Korunan değerlere matuf tehlike oluşturmaya elverişli eylemlerin bu fiil kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle **suçun bir somut tehlike suçu** olduğunun kabulü gerekir.” (Yargıtay 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758, s. 5.)

“Bir **tehlike suçu niteliğinde olan** Anayasa düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun niteliğinin doğal sonucu olarak ancak amaçlanan sonucun gerçekleşebilmesi tehlikesini doğurabilecek eylemlerin teşebbüs olarak kabulü mümkündür. Bu nedenle eylemin amaçlanan sonucu meydana getirmeye elverişli olması, elverişli vasıtalarla zorlayıcı eylemlere girişilmesi gerekir.” (Yargıtay CGK, 27.05.1997, E. 1997/9-102, K. 1997/127; Yargıtay CGK, 23.11.1999, E. 1999/9-274, K. 1999/284)

“TCK. nun 146. maddesinde yer alan Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçunda, suçun **tehlike suçu oluşunun tabii sonucu olarak** ancak kastedilen neticenin gerçekleşebilmesi

görüŖ, maddede belirtilen amacın gerekleŖmesine elveriŖli fiillerin cebri hareketlerle icrasına “teŖebbüs edilmesi” halinin gerekmesinden ötürü anayasayı ihlal suçunu bir tehlike suçu olarak kabul etmektedir. Suçun oluŖması için zarar tehlikesinin doğmasının yeterli kabul edildiği tehlike suçlarının⁶⁰⁵ ayrıca somut ve soyut tehlike suçları olarak alt baŖlıklara ayrılması söz konusudur. Somut tehlike suçlarında tehlikenin gerçekten var olması ve suçun tipik unsurunu oluŖturduęu için her somut olayda “açık ve yakın”⁶⁰⁶ gerçek bir tehlikenin varlığının somut olarak ispatlanması gerekmektedir.⁶⁰⁷ Soyut tehlike suçlarında ise tehlikenin var olduğu kabul edilmekte ancak somut olarak varlığı araştırılmamaktadır dolayısıyla kanunda belirtilen fiillerin gerçekten tehlike yaratıp yaratmadığına bakmaksızın gerekleŖmesi suçun oluŖmasında yeterli kabul edilmektedir.⁶⁰⁸

Tehlike suçlarının özellikle suçun oluŖması için neticenin gerekleŖmesinin gerekmediği teŖebbüs suçu niteliğinde olan suçlarda ortaya çıktığı kabul edilmektedir.⁶⁰⁹ Anayasayı ihlal suçunun da öngörölen neticeleri gerekleŖtirmeye, cebir ve Ŗiddet kullanarak teŖebbüs edilmesi aranmasından ötürü bir teŖebbüs suçu olup henüz zararın meydana gelmediği ancak zararın doğabileceği yönündeki tehlikenin ortaya çıktığı ihtimalinin cezalandırılması nedeniyle bir tehlike suçu olduğu kaydedilmektedir.⁶¹⁰ Ancak burada belirtilmelidir ki teŖebbüs suçu olması, suçun tehlike suçu olarak nitelendirilmesini gerektirmesi anlamına gelmemektedir⁶¹¹ çünkü her ne kadar tehlike teŖkil ettiği için ilgili suç fiilinin teŖebbüs hali, tamamlanmıŖ suç gibi

tehlikesini doğuran eylemlerin teŖebbüs kabulü mümkündür.” (Yargıtay 9. CD, 12.05.1987, E. 1987/739, K. 1987/2514)

⁶⁰⁵ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 260; V. S. DARAGENLİ, *a.g.e.*, Yüksek Lisans Tezi, s. 32; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 175; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 237.

⁶⁰⁶ Daha öncesinde 1919 yılında ABD Yüksek Mahkemesi tarafından geliŖtirilen bir kriter olduğuna iliŖkin bkz.: T. DEMİRBAŖ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 224.

⁶⁰⁷ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 262-263; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 143; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 119; T. DEMİRBAŖ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 224; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 176; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 196; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 238.

⁶⁰⁸ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 262; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 143; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 119; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 175; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 197; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 239.

⁶⁰⁹ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 285.

⁶¹⁰ N. K. KARCILIOğLU, *a.g.e.*, s. 146.

⁶¹¹ N. K. KARCILIOğLU, *a.g.e.*, s. 146.

cezalandırılrsa da fiilin kanunda öngörülen neticeleri gerçekleştirme ihtimali kapsamında⁶¹² suçun neticesiz bir suç olmadığını⁶¹³ dolayısıyla da zararın ortaya çıkabileceğini söylemek gerekmektedir.⁶¹⁴ Bu noktada anayasayı ihlal suçunu tehlike suçu kapsamına sokmak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla ilgili suçu, korunan hukuki yarara zarar verilen zarar suçlarından biri olarak değerlendirmek daha mümkündür.^{615,616} Ayrıca kanun maddesinde kullanılan “*cebiri ve şiddet kullanılarak*” ifadesi de suçun bir unsuru olarak söz konusu suçun gerçekleştirilmesi için öngörülen “makul ve güncel bir tehlikeden”⁶¹⁷ daha fazlasının olmasına işaret etmektedir. Sonuçta anayasayı ihlal suçunun kanunda belirtilen neticelerin gerçekleşmesi ihtimalinde de ortaya çıkacağı ancak mevcut düzenin haricinde yeni bir düzen kurulmasıyla cezalandırılmasının mümkün olmayacağı dikkate alındığında anayasal düzenin ortadan kalkması, değişmesi veya fiilen uygulanamaması halleri bu suçun öngördüğü zararın doğduğunu ancak takibinin gerçekleşemeyeceğini göstermiş olacaktır. Kaldı ki tarihimizdeki Yassıada yargılamaları da ortaya çıkması mümkün olan bir tehlikeden dolayı değil, çıktığı düşünülen zarardan ötürü yapılmıştır.

2.1.3.4.4. Müttemadi veya Ani Suç Olması

Anayasayı ihlal suçunun fiil unsuru açısından incelemesinde genelde suçun elverişli cebri icra hareketlerinin başladığı yani suç tanımında öngörülen

⁶¹² Yukarıda 2.1.3.3. kısmında “Netice” başlığı altında bu husus açıklanmış ve söz konusu ihtimallere örnek gösterilmiştir.

⁶¹³ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 153.

⁶¹⁴ “Suçun tehlike suçu olarak kabul edilmesi, suçun neticelenmesi durumunda cezalandırmanın imkânsız olacağı öngörüsüne dayanmaktadır...Nitekim bu suç tipi açısından zarar neticesinin ortaya çıkması da mümkündür. Aynı suç tipinin, zararın ortaya çıktığı hallerde zarar suçu, çıkmadığı hallerde ise tehlike suçu olarak tasnif edilmesi mümkün değildir.” (N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 146.)

⁶¹⁵ Benzer yönde bkz.: Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 420-421; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, AÜSBFD, s. 362.

⁶¹⁶ “TCK.’nın 146. maddesinde düzenlenen suçun icrasına başlandığına, faile; suçun tamamlanmış halinin cezasının uygulanabilmesi **nedeniyle öğretideki bir görüşe göre bu suç tipinin “salt tehlike suçu”** veya “salt hareket suçu” olarak **nitelendirilmesi de yerinde değildir.** Zira tehlike ve salt hareket suçları hukuka aykırı hareketten ayrı olarak hukuka aykırı neticenin öngörülmediği suç tipleridir. Oysa TCK.’nın 146. maddesinde, hareketten ayrı olarak netice de belirtildiğine göre bu suç aynı zamanda bir **zarar suçudur.**” (Yargıtay CGK, 07.07.1998, E. 1998/ 9-187, E. 1998//272)

⁶¹⁷ E. AYĞÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1696.

neticelere teşebbüs edildiği anda suçun oluştuğu kabul edilmektedir⁶¹⁸, ayrıca mütemadi veya ani suç olarak bir niteleme yapılmamaktadır. Ancak bu suçun bir teşebbüs suçu olarak düzenlenmesinden ötürü işlendiği anda tükenerek biten, hemen son bulan ani suçlardan⁶¹⁹ olduğu da ifade edilmektedir. Bu görüşe⁶²⁰ göre suç tanımında bahsedilen tehlikeliliğin kesintisiz olarak devam etmesi gerekmeyip bu devamlılık, failin davranışının sürekliliği nedeniyle suçun etkilerinin devam etmesinin yarattığı tehlikeli durumun kesintisiz devam etmesi haliyle karıştırılmaktadır çünkü suç işlendiği anda tamamlanmış ve bitmişse bile etkileri devam edebilir ve bu, hareketlerin elverişliliğini etkilediği ve suçun tüketilmesiyle alakalı olmadığı için ani suçu mütemadi suç yapmamaktadır.

Diğer yandan mütemadi (kesintisiz) suç ise süreklilik gösteren, devam eden bir özellik göstermektedir.⁶²¹ Bu noktada devamlılığının söz konusu olduğu failin icrasında neticenin mi yoksa hareketin mi temadiliğinin arandığına dair doktrinde tartışmalar mevcuttur.⁶²² Doktrindeki baskın görüş neticenin devam ettiğine dairdir.⁶²³ Nitekim bu noktada mütemadi suçun neticesinin devamının, ani suçlarda netice sonucu meydana gelen tesirin (örneğin yara izi gibi) devamından farklı olduğu çünkü ilk durumda devamlılık arz eden suç iken ikinci durumda devamlılık arz edenin suç mahiyetinde olmadığı ve iki hususun birbirine karıştırılabileceği dile getirilmelidir.⁶²⁴ Bunun aksine hareketin devam ettiğini⁶²⁵ veya hem hareketin hem de neticenin devam ettiğini⁶²⁶ kabul edenler de vardır.

⁶¹⁸ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 278; A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, s. 4171.

⁶¹⁹ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 263; U. ALACAKAPTAN, “Suçun Unsurları”, 1975, s. 51; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 180; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 194; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 239; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 235; M. E. ARTUK/ A. GÖKÇEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 247.

⁶²⁰ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, s. 91.

⁶²¹ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 123.

⁶²² N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 148.

⁶²³ **Bu görüş için bkz.:** Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, Hakan HAKERİ (**Bu bilgi için bkz.:** İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 172, dipnot 147.); U. ALACAKAPTAN, *a.g.e.*, 1975, s. 52; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 239; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 185.

⁶²⁴ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 264; A. ÖNDER, “Mütemadi Suç”, İÜHF, 1963 (29), s. 92.

⁶²⁵ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 123; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 172.

⁶²⁶ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 264; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 272.

Anayasayı ihlal suçunda da cezalandırılması öngörülen cebir içeren fiillerin, zamana yayılması veya başarıya ulaşarak öngörülen neticeyi gerçekleştirdikten sonra düzenin kabul ettirilebilmesi adına bir süre daha devam ettirilmesi ihtimalinin mevcut olmasından ötürü hareketin temadiliğini temel alarak mütemadi suç olarak değerlendirilmesi de söz konusudur.⁶²⁷ Ancak suçun kendine özgü mahiyetinden dolayı farklı durumların⁶²⁸ oluşabileceğini söylemek mümkün olduğundan suçun pek muhtemel olmasa da ani veya kesintisiz olarak⁶²⁹ ortaya çıkabileceği dolayısıyla bu özelliğinden ötürü muhtemel mütemadi suç olarak nitelendirilmesi de tartışılmaktadır.⁶³⁰ Sonuçta anayasayı ihlal suçunun oluşması için elverişli cebir içeren icra hareketlerinin gerçekleştirilmesinin kanunda yeterli kabul edilmesi hali dikkate alındığında bu hareketlerin gerçekleştirilmesinin zamana yayılıp yayılamayacağına göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun bu bağlamda kesin bir tanım içine girebilecek bir suç olduğu düşünülmemektedir.

2.2. SUÇUN MANEVİ UNSURU

2.2.1. Suça İlişkin Kast

Suçun manevi unsuru veya sübjektif unsuru -aynı zamanda “kusurluluk” kavramı ile de ifade edilmektedir⁶³¹ - fiil ile fail arasındaki psikik bağı⁶³² ifade

⁶²⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 150-151.

⁶²⁸ Söz konusu **ihmallere örnek için bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 151-152.

⁶²⁹ D. SOYASLAN, “... Özel Hükümler”, 13. Baskı, s. 802.

⁶³⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 150-151.

⁶³¹ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 199; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 350-352; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 265; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 401; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 293; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 364; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 427.

⁶³² N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 196; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 401; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 214; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 265.

Bu bağ, bazı yazarlarca manevi bağ veya psikolojik bağ olarak da ifade edilmektedir. (M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 144; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 350; ; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 293; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 221.)

etmekte olup kast veya taksir şeklinde tezahür etmektedir. Kastın oluşmasından söz edilebilmesi için suçu oluşturan fiilin kanunda yer alan unsurlarının bilinmesi⁶³³ ve söz konusu fiilin gerçekleştirilmesinin istenmesi⁶³⁴ gerekmektedir. TCK m. 21 uyarınca da “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Ayrıca kastın suçun teşebbüsü halinde veya teşebbüs suçlarında ceza hukuku açısından cezalandırılabilirlikte ağırlıkta olması için icra hareketleri sırasında tespit edilmesi gerekmektedir, hazırlık hareketleri aşamasında tespit edilmesi halinde hukukun geçerliliğine sarsıcı etkide bulunmadığı için cezalandırılmasının söz konusu olmayacağı da dile getirilmektedir.⁶³⁵

Doktrinde bazı hallerde kastın varlığının suçun oluşması için yeterli olmadığı, failin ayrıca belli bir saikle hareket etmesinin arandığı dolayısıyla saikin de bu hallerde suçun unsurlarından biri haline gelip özel kastı⁶³⁶ oluşturduğu çünkü kanundaki tanımın failin özel bir amaçla hareket etmesini gerekli kıldığı tasavvur edilmektedir.⁶³⁷ Ancak saikin, suçu ağırlaştıran neden olan nitelikli hal⁶³⁸

Doktrinde kusurun failin fiili ile arasındaki psikik bağ olmadığını bundan ziyade failin haksızlık teşkil eden eylemi hakkındaki değer yargısı olduğunu ve bu bağlamda manevi unsurdan ayrıldığını belirten görüşler de vardır. (M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 476; **aktaran** A. TÜRAY, *a.g.e.*, 2016, s. 313, dipnot 426.)

⁶³³ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 213; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 190; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 154; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 231-232 (Ancak yazar, istemenin kastın bir unsuru olduğunu düşünmemektedir.); T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 367; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 221; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 426; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 277; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 300.

⁶³⁴ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 362; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 210; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 245; H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 190; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 154; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 367; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 221; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 426; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 277; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 300.

⁶³⁵ A. SÖZÜER, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 110-111.

⁶³⁶ Özel kastın, manevi unsurun içinde genel kastın gelişmiş, incelmış, zenginleşmiş biçimi olduğuna **dair bkz.:** T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 130.

⁶³⁷ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. II, 5. Bası, s. 248; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 319 (Yazarlar bu hususu, “saik”in suçun manevi unsurlardan biri olması şeklinde de değerlendirmektedir.) ; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 216-217; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 370; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 434; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 284; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 375; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 437.

⁶³⁸ Örneğin TCK m. 82/1-k uyarınca kasten öldürme suçunun “töre saikiyle” işlenmesi, suçun nitelikli hallerinden biridir.

veya hafifletici sebep⁶³⁹ olarak görüldüğü hallerin olduğu da belirtilmektedir.⁶⁴⁰ Aksi yönde bir görüş; bu hali, 5237 sayılı TCK uyarınca kastla eşdeğerde olmaması savıyla kasttan ayrı olarak suçun manevi unsuru olarak değerlendirmektedir.⁶⁴¹

Saik genel olarak kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşünce olarak tanımlanmaktadır.⁶⁴² Bazı yazarlar saik ve amaç ifadelerini birbirini yerine kullanmakta⁶⁴³, bazıları ise iki ifadenin birbirinden farklı olduğunu dile getirmektedir.⁶⁴⁴ Kavramların birbirinden farklı olduğunu savunanlara göre saik; *“failin harekete geçmesine yol açan neden”*⁶⁴⁵, *“bir kimseyi suç işlemeye iten neden, çıkar”*⁶⁴⁶, *“faile suç işleme kararını verdiren etken”*⁶⁴⁷, *“faili haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten iç etken, dürtü”*⁶⁴⁸ veya *“failin sadece içsel belirlenimlerini konu eden, dışsal iradesini oluşturan etmen”*⁶⁴⁹ şeklinde tanımlanmaktadır. Bunun yanı sıra amaç (maksat) ise *“failin suç işlerken gerçekleşmesini istediği kanunda yer alan netice”*⁶⁵⁰, *“failin suç ile ulaşmayı*

⁶³⁹ Örneğin TCK m. 144/1-b uyarınca işlenen hırsızlık suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde daha az bir ceza yaptırımını öngörülmektedir.

⁶⁴⁰ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. II, 5. Bası, s. 247; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 375; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 370; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 434; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 369; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 252; D. SOYASLAN, *“Ceza Hukuku Genel Hükümler”*, 4. Baskı, s. 437.

⁶⁴¹ İ. ÖZGENÇ, *“Genel Hükümler”*, 12. Bası, s. 284; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 300.

⁶⁴² İ. ÖZGENÇ, *“Genel Hükümler”*, 12. Bası, s. 284; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 367; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 370; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 434; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 251.

⁶⁴³ M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 367 (Yazarlar, aynı zamanda “gaye” ifadesine de yer vermektedir.); İ. ÖZGENÇ, *“Genel Hükümler”*, 12. Bası, s. 284; K. İÇEL, *a.g.e.*, 2016, s. 434 (Yazar, “saik”ın özel kast olarak nitelendirdiği hallerde “amaç” ifadesini tercih etmiştir.).

⁶⁴⁴ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 371 (Yazarlar, saik ile amacın bazı olaylarda birleşebileceğini de ileri sürmektedir.); T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 374 (Yazara göre saik, maksat ve gaye kavramları farklı tanımlara sahiptir.) ; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 251 (Yazarlar amaç yerine “maksat” ifadesini de kullanmaktadır.); B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 277; M. C. OZANSÜ, *a.g.e.*, s. 138.

⁶⁴⁵ T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 374; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 285.

⁶⁴⁶ H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 300.

⁶⁴⁷ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 371.

⁶⁴⁸ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 251.

⁶⁴⁹ M. C. OZANSÜ, *a.g.e.*, s. 138.

⁶⁵⁰ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 371; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. II, 5. Bası, s. 245; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 11. Baskı, s. 374 (*Dönmezer/Erman* ve *Demirbaş* bu noktada “gaye” kavramını da ayrıca değerlendirerek failin “maksadı” ile hedeflediği neticenin ötesinde kalan ve kanuni tarifi ötesinde olan bir keyfiyet olarak nitelendirmektedir. “Gaye”nin “saik”le

tasavvur ettiği husus/nihai hedef”⁶⁵¹, “failin iradesini dışsallaştırdığı hareketin ulaştığı objektif özellikleri taşıyan bir uğrak”⁶⁵² veya “iradenin belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olması”⁶⁵³ olarak ifade edilmektedir. Bu kavramların kast ile ilişkisi hakkında ise fiile karşılık gelen dışsal olguların bilinmesi şeklinde ortaya çıkan kastın, bu olguların anlamsal içeriğinin bilinmesi hali olan amaca (maksada) geçişi halinde fiilin genel karakterine ulaştığı ve vazgeçilmez bir özelliği olduğu kaydedilmektedir.⁶⁵⁴ Bunun yanı sıra maksat, kastı en dar anlamda ifade eden bir kast çeşidi olarak da görülmektedir. Saikten ise saikin, kastın konusu olmayıp kasttan bağımsız sübjektif nitelikte bir unsur olmasıyla ayrılmaktadır.⁶⁵⁵ Aslında bu görüşe göre maksat, bir anlamda “özel kast”ı ifade etmekte ancak literatürde bu kavramın kullanılmasının yerinde olmadığı gözlemlenmektedir.

Anayasayı ihlal suçunun kanun tanımındaki “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...” ifadeye bakıldığında ise söz konusu suçun işlenebilmesi için sayılan fiillerin sonuçlarının gerçekleşmesinin istenmesi ve failin zihninde önceden bir görünüme sahip olması yani bilinmesi gerektiği görülmektedir. Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun doğrudan kastla⁶⁵⁶ işlenmesi mümkündür ancak yapısı gereği olası kasta uygun değildir.⁶⁵⁷ Ayrıca TCK m. 22/1 gereği suçun taksirli halinin cezalandırılması, ilgili kanun maddesinde de öngörülmediğinden anayasayı ihlal suçunun taksirle⁶⁵⁸ işlenebilmesi de mümkün değildir.

birleşebileceğini ifade etmekle birlikte farklı olabileceğine de işaret etmektedir. *Nur/Centel/Zafer* ise bu hususta saik ile amacın bazı olaylarda birleşebileceğini de ileri sürmektedir.)

⁶⁵¹ H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 300; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 251.

⁶⁵² M. C. OZANSÜ, *a.g.e.*, s. 138.

⁶⁵³ B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 277.

⁶⁵⁴ M. C. OZANSÜ, *a.g.e.*, s. 31.

⁶⁵⁵ B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 277-278.

⁶⁵⁶ Özgenç; bu suçtaki kastı, “cebiri ve şiddet” kastı veya daha doğru ifadeyle “cebiri” veya “tehdit” kastı şeklinde adlandırmaktadır. (İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 288.)

⁶⁵⁷ O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8814; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 497; E. AYĞÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1718; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 248; F. TURİNAY, *a.g.e.*, YÜHFD, s. 304.

⁶⁵⁸ **Bkz.:** TCK m. 309.

Doktrinde bir görüş, kanuni tanımda sayılan “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye*” ifadelerinin, ilgili suç bir teşebbüs suçu olduğu için amaç unsurunu oluşturduğunu söylemektedir. Bu görüşe göre fail “cebir” veya “tehdit” kastıyla hareket ederken Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmayı, bu düzen yerine başka bir düzen getirmeyi veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeyi amaçlamaktadır.⁶⁵⁹ Ayrıca bazı Yargıtay kararlarında da “amaç unsuru”ndan “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak, bu düzen yerine başka bir düzen getirmek veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemek amacına matuf*”⁶⁶⁰, “*Anayasayı zorla değiştirmeyi amaçlayan düşünce ile*”⁶⁶¹, “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasını zorla değiştirip yerine dini esaslara dayalı bir sistem getirmek şeklindeki amacına yönelik*”⁶⁶² şeklinde bahsedildiği ifade edilmektedir. Aynı şekilde failin anayasayı ihlal amacıyla hareket etmesini arayan (amacı, unsur olarak görmeksizin), genel kastın yeterli olup özel bir kastın varlığını aramaya gerek duyulmayacağını savunan görüşler⁶⁶³ de vardır. Benzer yönde⁶⁶⁴ başka bir görüş ise fiilin iradi

⁶⁵⁹ İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 288-289 (Yazar ayrıca “kastın maddi unsurlarından farklı olarak suçun tamamlanabilmesi için amaç unsurunun gerçekleşmesine gerek olmadığını” ifade etmektedir.); N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 246; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 219.

⁶⁶⁰ **Yargıtay 9. CD**, 20.02.1975, E. 1975/2-6, K. 1975/2. (İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 289, dipnot 56.)

⁶⁶¹ **Yargıtay 16. CD**, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758. (İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 289, dipnot 57.)

⁶⁶² **Yargıtay 9. CD**, 06.02.2008, E. 2007/9830, K. 2008/651. (N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 246, dipnot 338.)

⁶⁶³ A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4172; . YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8814; V. BALTACI, *a.g.e.*, s. 143.

⁶⁶⁴ **Benzer yönde olmasının sebebi; özel kastın kural olarak özel bir maksattan, özel bir bilmeden veya failin özel bir saikinden ibaret olduğunun belirtilmesidir.** (M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 145.) **Ancak amaç veya saik unsurunun “kasttan önce gelen, kastı hazırlayan düşünce” olarak tanımlanmasının Türk hukukunda Fransız hukukunun etkisiyle “özel kast” olarak ifade edilmesinin yeni TCK sistemi uyarınca kastın bir türü olmadığı için mümkün olamayacağı ve genel kast-özel kast ayrımının ortadan kalktığı da ifade edilmektedir.** (İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 284; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 230; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 285.)

Erem, bu husustan suçun umumi kastla ancak fiilin muayyen bir maksada matuf irade ile işleneceğini belirtmektedir. (F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1076.)

olmasının⁶⁶⁵ (genel kast) yanı sıra failin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırma, bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacıyla hareket etmesini özel kastın varlığı ile açıklayarak suçun genel ve özel kastla birlikte işlendiğini savunmaktadır.⁶⁶⁶ Ancak bu görüşlerin aksine anayasayı ihlal suçunun işlenmesi için genel kastın haricinde ayrıca özel bir kasta, özel bir saike veya amaca ihtiyaç duyulmadığını çünkü kanun koyucunun ilgili kanun maddesine “özel kasta” veya “özel saike” ilişkin bir ibare koymadığını, ayrıca belirtilen suç fiillerinin fail tarafından gerçekleşmesinin istenmesinin özel kast olarak kabul edilemeyeceğini ve hatta failin amacının öneminin olmadığını belirten bir görüş de mevcuttur.⁶⁶⁷ Benzer bir görüş de anayasayı ihlal suçunun manevi unsurunun failin “cebri ve elverişli davranışlarla anayasada öngörülen düzeni iltibasa yer vermeksizin ortadan kaldırmaya, başka bir düzenle değiştirmeye veya düzenin fiilen uygulanmasını engellemeye yönelik bir fiili işlemeye kalkıştığını bilip istemesi şeklindeki kastın oluşturduğunu ve failin amacının öneminin olmadığını”⁶⁶⁸ belirtmektedir.

Bu görüşler ışığında anayasayı ihlal suçunun manevi unsurunun kast olduğu konusu şüphesizdir ancak suçu oluşturmaya elverişli cebir içeren hareketlerin suç tanımında da belirtildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırma, bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacıyla gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Ancak söz konusu suç fiillerinin bir amaç unsuru olarak ele alınmasındansa⁶⁶⁹ belirtilen fiillerde öngörülen amaçların “kast” unsurunun içinde eriyerek özel kastı oluşturması şeklinde değerlendirilmesi nispeten daha doğru

⁶⁶⁵ İradiliğin hareketin zorunlu unsuru olduğuna iradenin içeriğinin ise kusura ilişkin olduğuna **dair bkz.:** H. AKDAĞ YÜKSEL, *a.g.e.*, s. 5.

⁶⁶⁶ N. TOROSLU, *a.g.e.*, s. 348. **Aynı yönde görüş için bkz.:** Eugenio FLORIAN, Vincenzo MANZINI, IMPALLOMENI. (**Bu bilgi için bkz.:** Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 162-163.)

⁶⁶⁷ H. H. SUNGUR, *a.g.e.*, 1961, s. 190; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 163; D. SOYASLAN, “... *Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 814; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1718. **Aynı yönde görüş için bkz.:** Arturo SANTORO, Gennaro GUADAGNO. (**Bu bilgi için bkz.:** Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 161.)

⁶⁶⁸ Z. HAFİZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 498.

⁶⁶⁹ Bu noktada *Manzini*; bu suçun oluşması için belirli bir amacın/saikin, anayasaya aykırılık amacının da ötesinde bir hususun gerçekleşmesinin aranmasını suça belirsiz ve gereksiz bir unsur katmak anlamına geldiğini ifade etmiştir. (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 164.)

bulunmaktadır çünkü “amaç”, suçun bir manevi unsuru olan “kast”ı hazırlayan bir düşünceden ibaret olup kastın içinde eriyerek kastı biçimlendirmekte ve özelleştirmektedir.

2.2.1.1. Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Hata

Hatanın önemi, suç teşkil eden fiili gerçekleştiren fail bakımından mazeret sayılıp sayılmayacağına ilişkin yapılacak değerlendirmede ortaya çıkmaktadır.⁶⁷⁰ Geleneksel anlayışta genellikle failin gerçekleştirdiği fiillerin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi yani suç olduğunu bilmemesi hukuki hataya yönelik bir değerlendirme olup “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.” ilkesinden de yola çıkılarak mazeret sayılmamaktadır.⁶⁷¹ Ancak “kanunun bilinmesinin herkes için mutlak zorunluluk olması” hali artık tartışmalı hale gelmiş olup genel kanaat “içinde bulundukları durum bakımından kişilerin kanunu bilmelerinin imkânsız olması halinde bilmemenin mazeret sayılabileceği yönünde” şekillenmiştir.⁶⁷² Dolayısıyla hatanın kaçınılmaz nitelikte olup olmamasının failin içinde hareket ettiği somut koşullara, kişisel durumuna (zarar vermeyi veya kötü davranmayı gerçekten isteyip istememesi) bakılarak belirlenebileceğinden hareketle failin **ancak** içinde bulunduğu koşullarda hataya düşmekten kaçınması mümkünken kaçınmaması durumunda hukuki hatasını mazeret olarak ileri süremeyeceğini söylemek mümkündür.⁶⁷³ Nitekim TCK m. 30/4 uyarınca da “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi yumuşatılmış ve “sadece fiilin haksızlığı konusundaki

⁶⁷⁰ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 246.

⁶⁷¹ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 166-167; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 246; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 469; K. İÇEL, “...*Genel Hükümler*”, 2014, s. 428; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 448; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Baskı, s. 317; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 460; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 410; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 427; A. SÖZÜER, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 174.

⁶⁷² Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 318; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 454.

⁶⁷³ Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 319-320; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 253.

kaçınabilir hata" ile sınırlandırılmıştır.⁶⁷⁴ Bu bakımdan anayasayı ihlal suçu için de "anayasanın koyduğu, anayasanın değiştirilemez olan kurallarını bilmemek konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmenin mümkün olmadığı"⁶⁷⁵ çünkü "suçun icrasına elverişli hareketlerle başlayabilecek güce sahip kimselerin, bu fiillerinin suç kapsamında olmayacağına samimi olarak inanmalarının gerçekçi olmadığı"⁶⁷⁶ dile getirilmektedir.

2.2.1.2. Kastı Kaldıran Hata

Fiili hata ise failin algılama yanlışlığından doğmakta olup failin suçu oluşturan ve ceza normunda yasaklanan fiilden başka bir fiili icra ettiğini zannetmesiyle ortaya çıkmaktadır.⁶⁷⁷ Failin fiili hatasından yararlanabilmesi için icra ettiği suç fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi ama bunu gerçekleştirmesinde hukuka uygunluk sebebi olduğunu zannetmesi durumu da söz konusu olabilmektedir.⁶⁷⁸ Anayasayı ihlal suçunda fiili hatanın mümkün olup olmadığı konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Bazı görüşler "anayasal düzenin ihlal edildiğini bilmemek veya yanlış bilmek yönündeki bir fiili hatanın anayasanın ilk üç maddesinin bilinmeyeceğinin kabulünü gerektirdiğinden hareketle hukuki

⁶⁷⁴ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 256; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 427.

⁶⁷⁵ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 167; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 498; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1718.

⁶⁷⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 251-252. Yazar bu hususa bazı **Yargıtay kararlarını** örnek göstermiştir:

"TCK.nun 146. maddesindeki suçun kasten işlenmesi zorunluluğunda ise kuşku yoktur. Bu belirleme failin *Anayasada değişiklik yaratmak irade ve isteği ile hareket etmesini zorunlu kılmaktadır*. Burada kastın hukuka aykırı vasıtalar kullanılmasını da kapsadığını belirtmek gerekir. Ancak, failin gerçekleştirmek istediği sonucun Anayasaya aykırı olup olmadığını bilip bilmemesi, bu konuda düşeceği yanlış suç kastına ve dolayısıyla sonuca etkili değildir." (**Yargıtay 9. CD**, 30.9.1996, E. 1996/688, K. 1996/4716)

"Bu suçun kasten işlenebilen suçlardan bulunduğu ise kuşku yoktur. Ancak failin gerçekleştirmek istediği sonucun Anayasa'ya aykırı olup olmadığını bilmemesi, bu konuda düşeceği yanlış suç kastına ve dolayısıyla sonuca etkili değildir." (**Yargıtay CGK**, 7.7.1998, E. 1998/9-187, K. 1998/272)

⁶⁷⁷ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 257; K. İÇEL, "...Genel Hükümler", 2014, s. 428; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 413; İ. ÖZGENÇ, "Genel Hükümler", 11. Bası, s. 450-451; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 431; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 246-247; A. SÖZÜER, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 174.

⁶⁷⁸ İ. ÖZGENÇ, "Genel Hükümler", 12. Bası, s. 446; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 546; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 251.

hataya dönüşerek mazeret kapsamında olmayacağını”⁶⁷⁹ ifade ederken bazı görüşler ise “kanuna uygun olduğu zannıyla hareket eden failde hukuka aykırı hareket etmeme iradesinin olması sonucu gerçek durum ile failin iradesi arasında bir zıtlığın söz konusu olmasından ötürü failin düştüğü hatanın hukuki nitelik kazanacağını”⁶⁸⁰ belirtmektedir. Bu noktada konusu suç teşkil eden “**amirin emri**”nden de bahsetmek gerekmektedir. TCK m. 24/3 uyarınca konusu suç teşkil eden emri yerine getirenin emri verenle birlikte sorumlu olacağı ancak m. 24/4’te de belirtildiği üzere emrin hukuka aykırı olduğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellenmesi halinde emri verenin sorumluluğunun doğacağı ifade edilmektedir. Özellikle asker kimselerin fail olarak değerlendirildiği anayasayı ihlal suçunun icrası halinde TCK m. 30/3’te belirtilen hatanın değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada TCK m. 30/3’ün, esas olarak hatanın kaçınılmaz olması halinde TCK m. 30/1’e gönderme yapması itibarıyla kastı kaldıran hata bağlamında değerlendirilmesi de söz konusudur.^{681,682}

Kamusal bir hizmeti yerine getiren asker kişiler arasında düzenin sağlanması adına güçlü bir hiyerarşik bağın varlığı mecburidir ve hiyerarşi uyarınca ast, üstün emrini ivedilikle ve değiştirmeden yerine getirmekle ve ona

⁶⁷⁹ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 498; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1718.

⁶⁸⁰ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 169.

⁶⁸¹ Doktrinde bu hususta çeşitli teoriler yer almaktadır: **suçun olumsuz unsurları teorisi, sınırlı kusur teorisi ve katı kusur teorisi.** *Suçun olumsuz unsurları teorisi* uyarınca hukuka aykırılığa ilişkin unsurlar da tipiklikte yer almakta olup kastın kapsamına dahil olmadığından ötürü kişinin hataya düşmesi halinde zaten kasıtlı hareket ettiği kabul edilmemektedir. (M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 553; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 454; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 255) *Sınırlı kusur teorisine* göre de söz konusu hataya düşülmesi halinde kastın varlığından bahsedilemeyeceği ve bu durumda suça iştirak edilemeyeceği kabul edilmektedir. (M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 553; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 455)

TCK sistematığında de esas alınan *katı kusur teorisinde* ise söz konusu hata halinin kasta etki etmediği çünkü fiilin işlenmesi sırasında failde, haksızlık yaptığına dair bir bilinç olmadığı söz konusu olduğundan haksızlık yanlışlığının –m. 30/4- mevcut olduğu ve hatanın kastı değil kusurluluğu kaldırdığı kabul edilmektedir. (M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 553; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 454 & 461, s. 458, dipnot 820; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 315; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 458; E. KEÇELİOĞLU, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK.’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, TBBD, 2010/87, s. 315.)

⁶⁸² U. ALACAKAPTAN, “Suçun Unsurları”, 1970, s. 85-86, B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 313; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 458.

itaat etmekle yükümlüdür.⁶⁸³ Dolayısıyla bu bağlamda verilen askeri emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi Askeri Ceza Kanunu m. 41/2 ve TSK İç Hizmet Kanunu m. 14/2 uyarınca yasaklanmıştır ve mümkün değildir, aksi üste itaatsizlik teşkil edecektir. Anayasa m. 137/3 de yine askeri hizmetlerin görülmesi halini “kanunsuz emrin” istisnası şeklinde düzenlemiştir.⁶⁸⁴ Ancak Askeri Ceza Kanunu m. 41/3 uyarınca astların mutlak itaati *yumuşatılmış* ve astın, emri veren üstüyle birlikte “kendisine verilen emrin sınırlarını aşması” veya “amirinin emrinin adli ve askeri bir suç amacı taşıyan bir fiile ilişkin olduğunu bilmesi” hallerinde sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir.⁶⁸⁵ Bundan ötürü üstünden görevi dâhilinde bir emir alarak cebri hareketler gerçekleştiren veya aldığı emrin adli veya askeri bir suç olduğunu bilmeyen askerin icra ettiği fiillerinden ötürü sorumlu sayılması mümkün olmayacaktır, aksi hallerde üstüyle birlikte müşterek fail olarak sorumluluğu doğacaktır.⁶⁸⁶ Fakat bu noktada şunun altını çizmek gerekmektedir ki astların sorumluluğunun ACK m. 41/3 uyarınca doğabileceğinin kabul edildiği haller için asker kişilerin kişisel durumları ve hareket ettiği somut olay şartları ve durumları da değerlendirilmelidir. Nitekim 15 Temmuz 2016’da yaşanan olaylarda askeri harp okulu öğrencilerinin ve erlerin durumu ele alındığında, yaşlarının oldukça genç olduğu ve çok fazla tecrübelerinin olmadığı da düşünüldüğünde önceden haber verilmeksizin birden ortaya çıkan ve tatbikat yapılacağı yönünde olan emirlerin o gece yaşanan kaos içinde hukuka uygun olup olmadığının taraflarınca değerlendirilmesinin beklenmesinin hem somut olaydaki şartlara hem de hukuki vicdana uygun olmayacağı ve kişilerin anayasayı ihlal suçundan asıl failmiş gibi mesul tutulmalarının⁶⁸⁷ hukuka uygun olmayıp TCK m. 30/3’teki hatadan yararlanmaları⁶⁸⁸ gerektiği düşünülmektedir.

⁶⁸³ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 301; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 342; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Baskı, s. 239; K. İÇEL, “...Genel Hükümler”, 2014, s. 301; H. DEMİREL, “Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar”, AÜHFD, 1950 (7), s. 116.

⁶⁸⁴ O. DEĞİRMENCİ, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2012 (10), s. 469.

⁶⁸⁵ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 346; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 222.

⁶⁸⁶ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 222; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 288.

⁶⁸⁷ **Askeri öğrencilerin yargılandığı davalara ilişkin bkz.:**

“<https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/hava-harp-okulundaki-askeri-ogrenciler-muebbet-5545934/>” (Erişim tarihi: 20.05.2021)

2.3. HUKUKA AYKIRILIK TARTIŞMASI

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile çatışma veya çelişki halinde olmak, bütün hukuk sistemine aykırı olmak olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸⁹ Bu terim, bazen özellikle Alman ceza hukukçuları arasında “*haksızlık*” kavramı ile de ifade edilmektedir.^{690,691} Bu hususun, suçun bir unsuru olarak kabul görüp görmemesi doktrinde tartışmalıdır.⁶⁹² Suçu, unsurlarına ayırırken yapılan ikili veya üçlü (daha çoklu ayırım yapanlar da mevcuttur)⁶⁹³ ayırma göre “hukuka aykırılık” hususunun suçun yapısındaki yeri farklı şekillerde ele alınmaktadır.⁶⁹⁴ Hukuka aykırılık,

⁶⁸⁹ <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/15-temmuzda-istiklal-marsi-okuyarak-teslim-olan-askeri-ogrenciler-icin-karar-durusmasi-956507>” (Erişim tarihi: 20.05.2021)

⁶⁹⁰ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55483532>” (Erişim tarihi: 20.05.2021)

⁶⁹¹ <https://tr.euronews.com/2020/07/15/ah-ra-goturulen-tegmen-15-temmuz-u-anlatt-gece-egitime-cagr-ld-k-sabah-darbeci-olduk>” (Erişim tarihi: 20.05.2021)

⁶⁸⁸ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 251-252.

⁶⁸⁹ S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 2; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 125; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 11. Bası, s. 295; K. İÇEL, F. SOKULLU-AKINCI ve diğerleri, *a.g.e.*, 3. Bası, s. 94; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 302; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 363; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 286; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 374; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 255 & 257; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 256; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 286; U. ALACAKAPTAN, *a.g.e.*, 1970, s. 81; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 209.

⁶⁹⁰ **Bu bilgi için bkz.:** K. İÇEL, F. SOKULLU-AKINCI ve diğerleri, *a.g.e.*, 3. Bası, s. 94.

Ayrıca bkz.: M. C. OZANSÜ, *a.g.e.*, s. 25-27. (Yazar, hukuka aykırılık kavramındansa haksızlık kavramını hukuk ile çelişki içinde bulunmak olarak tanımlayarak kullanmış ve haksızlığı da kendi içinde medeni hukuk haksızlığı ve ceza hukuku haksızlığı olarak ayırarak suçu, ceza hukuku haksızlığı olarak ifade etmiştir.)

⁶⁹¹ **Aksi görüş için bkz.:** N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 285; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 286; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 11. Bası, s. 299; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 214.

⁶⁹² Karşılaştırmalı hukukta “hukuka aykırılığın”, suçun unsuru olmasına ilişkin fikir Alman hukukunda ortaya çıkmıştır, daha sonra bu düşünce İtalyan hukukunda da destek görmüştür. Fransız hukukunda ise doktrindeki ağırlıklı görüş; hukuka aykırılığın, suçun unsuru olmadığına ilişkindir. Hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak gören düşüncenin son zamanlarda ağırlığını yitirdiğini düşünen İtalyan ceza hukukçuları da mevcuttur ve genel yönelimin “hukuka aykırılığın, tüm kurucu unsurlarının varlığı ile suçu ve suçun cezalandırılabilirliğini” ifade ettiği yönünde şekillendiği kaydedilmektedir. (**Bu bilgi için bkz.:** T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 140, dipnot 723 & s. 143-144.)

⁶⁹³ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 126, dipnot 1.

⁶⁹⁴ T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 133-134.

Dönmezer/Erman, bu hususta hukuka aykırılığın ceza hukuku bağlamında dar anlamda ele alınması halinde suçun özü sayılmasının veya diğer unsurların içine dahil olmasının mümkün olduğunu ancak bütün hukuk düzenine aykırılık olarak geniş manada anlaşıldığı takdirde ayrıca bağımsız bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. (S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 8.)

“suçun hukuka aykırı, kusurlu bir şekilde işlenen bir fiil olduğu”ndan⁶⁹⁵ hareketle doktrinde bazı yazarlar tarafından suçun bağımsız bir unsur olarak kabul edilmektedir.⁶⁹⁶ Bunun yanı sıra hukuka aykırılığın, suçun bir unsur olarak kabul edilmemesi suçun yapısında nerede yer aldığına dair tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu kabulü yapan yazarlardan bazıları “hukuka aykırılığın” suçun bir niteliği veya özelliği olarak görülmesi gerektiğini⁶⁹⁷, bazıları suçun diğer (maddi ve manevi) unsurları içinde yer aldığını⁶⁹⁸, bazıları ise suçun bir ceza normunun ihlali olmasını, hukukla çatışmasını en belirgin özelliği olarak ileri sürerek hukuka aykırılığın suçun tüm unsurları içinde eriyerek suçun özünü oluşturduğunu⁶⁹⁹ savunmaktadır. Nitekim hukuka aykırılığın suçun bir unsur olarak kabul edilmesi halinde dıştan bir değerlendirme yapılarak suçun hukuka aykırı bulunması söz konusu olduğundan başka bir deyişle suça bir değer kattığından⁷⁰⁰ hareketle suçun zaten kendisinin hukuka aykırılık olduğu ve hukuka aykırılığın suçun bir unsur olmadığı⁷⁰¹ fikri daha makul görünmektedir.

Hafizoğulları/Özen ise hukuka uygunluk nedenlerinin suçun unsuruna ilişkin ayrımların ne şekilde yapılırsa yapılsın, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde failin bilmesinden veya bilmemesinden ayrı olarak fiili suç olmaktan çıkaran objektif nedenler olarak değerlendirmektedir. (Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Baskı, s. 237.)

⁶⁹⁵ T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 134; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 124.

⁶⁹⁶ K. İÇEL, F. SOKULLU-AKINCI ve diğerleri, *a.g.e.*, 3. Bası, s. 98; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 374; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 257; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 285; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 287; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 11. Bası, s. 295; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 256; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 301; A. ÖNDER, *a.g.e.*, s. 213; U. ALACAKAPTAN, *a.g.e.*, 1970, s. 81.

⁶⁹⁷ **Bu bilgi için bkz.:** T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 139-140.

⁶⁹⁸ **Bu bilgi için bkz.:** T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 144; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 365.

⁶⁹⁹ F. EREM, “*Ceza Hukukunda "Hakkın Kullanılması"*”, AÜHFD, 1990 (41), s. 6. (Yazar, hukuka aykırılığı suçun esaslı bir karakteri olarak nitelendirmektedir.); N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 115 & 125; T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 160.

⁷⁰⁰ Hukuka aykırılığın suçun bir unsuru değil, bir yargı, hukukun ihlal üzerinde yaptığı bir dışsal değerlendirme olduğuna, hukuka uygunluk nedenlerinin dışsal olduğuna yani hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde de yalın anlamda fiilin yine aynı fiil olduğuna ve doğasında bir değişiklik olmayacağına ilişkin **bkz.:** T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 142 & 147.

⁷⁰¹ “Yapılan üçlü ayırım, hukuka aykırılık ile suçun maddi ve manevi unsurunun aynı doğada olmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir.” (T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 160.)

Hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde artık söz konusu olmaz.⁷⁰² Dolayısıyla bir suç işlenirken hukuka uygunluk sebebi varsa o suçun cezalandırılması mümkün değildir⁷⁰³ çünkü “bir fiil aynı zamanda hem suç⁷⁰⁴ hem meşru bir hareket olamaz”.⁷⁰⁵ TCK m. 24, 25 ve 26 uyarınca “kanunun hükmü, amirin emri, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası” halleri hukuka uygunluk sebepleri olarak sayılmıştır. Bu noktada genel anlamda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin anayasayı ihlal suçunun işlenmesi esnasında ortaya çıkabilmesinin mümkün olmadığını söylenmektedir.⁷⁰⁶ Ancak yine de buna ilişkin bazı noktalarda açıklama yapılması gerekli görülmüştür. Bu bağlamda, **amirin emri** ile ilgili açıklamalar önceki bölümde yapıldığı için bu bölümde ayrıca değinilmeyecektir.⁷⁰⁷

2.3.1. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Öncelikli olarak “**kanunun hükmü**” ifadesi ele alınacak olursa TCK m. 24/1 uyarınca kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Kanun hükmünü yerine getirme hususu, 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 darbelerinde, darbeyi gerçekleştirenler tarafından 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 35 (eski kanun m. 34) dayanak olarak gösterilerek kanun hükmünün yerine getirildiği ileri sürülmüştür. 1960 darbesindeki gerekçe şu şekilde aktarılmıştır:

*“Ordunun Dâhili Hizmet Kanunun 34 üncü maddesi ile Türk yurdunu ve Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile tayin edilmiş olan **Türk Cumhuriyetini kollamak ve korumak vazifesi kendisine verilmiş olan Türk ordusu,***

⁷⁰² S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 20; T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 147.

⁷⁰³ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 116.

⁷⁰⁴ T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 148.

⁷⁰⁵ **Bu görüş için bkz.:** Faruk EREM. (**Bu bilgi için bkz.:** U. ALACAKAPTAN, *a.g.e.*, 1970, s. 84.)

Fiilin bir bütünlük teşkil ettiği ve hukuka aykırılık yargısının fiilin bütününe ilişkin olduğuna **dair bkz.:** T. KATOĞLU, *a.g.e.*, Doktora Tezi, s. 158.

⁷⁰⁶ Z. HAFİZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 497; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1717; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 252-270; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 220.

⁷⁰⁷ **Bkz.:** Bölüm II, Kısım 2.2.1.2.

vatandaşı birbirine düşürmek suretiyle Türk vatanını ve milli varlığı tehlikeye koymuş olan eski iktidara karşı bu mukaddes kanuni vazifesini yerine getirmek ve hukuk devletini yeniden kurmak için Türk Milleti adına harekete geçerek milleti temsil vasfını kaybetmiş olan Meclisi dağıtıp iktidarı geçici olarak Milli Birlik Komitesine emanet etmiştir.”⁷⁰⁸

1980 darbesinde yapılan açıklama da aynı yöndedir: “İşte bu ortam içinde Türk Silahlı Kuvvetleri, **İç Hizmet Kanununun verdiği Türkiye Cumhuriyetini kollama ve koruma görevini** yüce Türk Milleti adına emir ve komuta zinciri içinde ve emirle yerine getirme kararını almış ve **ülke yönetimine bütünüyle el koymuştur.**”⁷⁰⁹ Benzer yönde 12 Mart 1971 askeri muhtırasında da TRT’den yapılan yayın ile, ilgili kanunun orduya verdiği yetkiden bahsedilerek darbe imasında bulunulmuştur:

*“Parlamento ve hükümet, süregelen tutum, görüş ve icraatıyla yurdumuzu anarşi, kardeş kavgası, sosyal ve ekonomik huzursuzluklar içine sokmuş, Atatürk’ün bize hedef verdiği çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak ümidini kamuoyunda yitirmiş ve anayasasının öngördüğü reformları tahakkuk ettirememiş olup, Türkiye Cumhuriyeti’nin geleceği ağır bir tehlike içine düşürülmüştür...Bu husus süratle tahakkuk ettirilemediği takdirde, Türk Silahlı Kuvvetleri kanunların kendisine vermiş olduğu Türkiye Cumhuriyeti’ni korumak ve kollamak görevini yerine getirerek, idareyi doğrudan doğruya üzerine almaya kararlıdır. Bilgilerinize...”*⁷¹⁰

⁷⁰⁸ Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin Meclis’e sunulan kanun değişikliği teklifi ve gerekçesi, 29.07.2010. (“<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0747.pdf>” adresinden erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 01.06.2021)

⁷⁰⁹ Milli Güvenlik Konseyinin Bir Numaralı Bildirisi, *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, Cilt 1, 1. Birleşim, 19.09.1980, s. 4.

(“https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c001/mgk_01001001.pdf” adresinden erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 01.06.2021)

⁷¹⁰ Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin Meclis’e sunulan kanun değişikliği teklifi ve gerekçesi, 29.07.2010. (“<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0747.pdf>” adresinden erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 01.06.2021)

Ayrıca “<https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/12-mart-muhtirasinin-uzerinden-50-yil-gecti-12-mart-muhtirasi-nedir-6309218/>”, “<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/12-mart-muhtirasinin-uzerinden-50-yil-gecti-563614.html>” adreslerinden erişim sağlanmıştır. (Son erişim tarihi: 01.06.2021)

Bahsedilen kanun maddesinde yer alan “Türkiye Cumhuriyeti’ni koruma ve kollama görevi” ifadesine atfedilen anlamın; orduya, anayasal düzenin işlevini kaybettiğini veya bozulduğunu kendilerince takdir ettikleri⁷¹¹ herhangi bir anda ihtilal yapma yetkisi verdiğini kabul etmek başka bir deyişle görevin ifası olarak değerlendirmek, demokratik rejimin anayasa ile güvence alındığı bir ülkede pek de yerinde olmayacaktır. Ayrıca Anayasa ilgili “*Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” maddesi (m. 6) herhangi bir istisna içermeksizin egemenlik yetkisinin millete ait olduğunu ve bu yetkinin, devamındaki maddelerde sayılan yetkili organlar -yasama, yürütme, yargı erkleri- aracılığıyla kullanılacağını açıkça belirtmektedir.⁷¹² Dolayısıyla TSK İç Hizmet Kanununun ilgili ifadesinin bu anlamda TSK’ya egemenliği yönetme yetkisi verdiğinin söylenmesinin ve de anayasayı ihlal suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülmesinin imkanı bulunmamaktadır.⁷¹³ Geçmişte yaşanan bu olaylar sonucunda, ilgili kanun hükmünün yanlış yorumlanması birkaç kez tecrübe edilmesi nedeniyle söz konusu ibare 2013 yılında bir kanun değişikliği teklifi ile “*Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askeri gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmaktır.*” şeklinde değiştirilmiştir.⁷¹⁴

⁷¹¹ Bu maddenin takdiri uygulanmasının keyfiliğe yol açabileceğine ilişkin ayrıca bkz.: D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 88.

⁷¹² N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 265-266; Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin Meclis’e sunulan kanun değişikliği teklifi ve gerekçesi, 29.07.2010. (“<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0747.pdf>” adresinden erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 01.06.2021)

⁷¹³ D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 87.

⁷¹⁴ Değişikliklere ilişkin gazete haberleri için bkz.:

“<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tsk-35-madde-degistirildi-23718265>”

“<https://t24.com.tr/yazarlar/dogan-akin/35-madde-hakkinda-her-sey,3761>”

“<https://www.cnnturk.com/2013/turkiye/07/13/tsk.ic.hizmet.kanununun.35.maddesi.degisti/715269.0/index.html>”

İlgilinin rızası meselesi hususunda ise TCK m. 26/2 uyarınca “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Bu maddenin anayasayı ihlal suçu için bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi mümkün gözükmemektedir.⁷¹⁵ Bunun nedeni ise anayasayı ihlal suçunun mağduru olarak toplumdaki her bireyin olduğu düşünüldüğünde hepsinden tek tek, geçerli bir rıza almanın mümkün olmamasıdır –çoğunluğun rızası alınabilecek durumda olsa bile çoğunluk, toplumun tamamını temsil edemez, toplumun kendisi değildir.- ki geçmişte tecrübe edilen ihtilallerde ileri sürülen “Türk milleti adına harekete geçme” iddiasının da bu anlamda bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi söz konusu olamaz.⁷¹⁶

Meşru müdafaa ise TCK m. 25/1 uyarınca “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceğini*” belirtmektedir. Burada failin, gerçekleşmekte olan **tecavüzü uzaklaştırmak amacıyla** suç teşkil edecek bir fiil işlemesi söz konusudur.⁷¹⁷ Meşru savunmanın özünde insanın kendini koruma içgüdüğü yatmaktadır ve bu,

⁷¹⁵ <https://www.milliyet.com.tr/siyaset/darbenin-yasal-kilifi-denen-yasa-degisiyor-1728942>

adreslerinden erişim sağlanmıştır. (Son erişim tarihi: 01.06.2021)

⁷¹⁶ Bu hususa ilişkin bir tartışma bakımından **bkz.:** K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 220. Yazar, “yerel bir alanda sınırlı sayıdaki kişi orda yaşayan bireylerin hepsinin rızalarının alınarak, anayasanın öngördüğü düzeni uygulanmayıp kendi düzenlerini uygulamaya başladıkları tespit edildiği bir örnekte, cebir ve şiddet kullanımına başvurmaksızın her bir bireyin rızası ile katıldığı pasif direniş durumunda anayasayı ihlal suçunun değil ancak başka suçların oluşabileceğine –zaten suç fiili oluşmadığı için- ve cebir ve şiddet kullanarak mesela ilçe girişine silahlı korumalar koyarak gerçekleştirmeleri halinde suçla korunan hukuki değer olan anayasanın öngördüğü düzenin sadece belli bir bölgede yaşayan insanlara değil, toplumun her kesimine yönelik olması sebebiyle verilen rızanın geçerli olmayacağına ilişkin bir değerlendirme yapmıştır.” **Ancak bu örnekte toplumun belli bir kısmında söz konusu rızanın alınması, anayasanın öngördüğü düzendeki bütünlük olgusunu da bozacak nitelikte olduğu için rızanın geçersiz olmasındansa bu durum, başlı başına zaten anayasanın öngördüğü düzene aykırıdır.**

⁷¹⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 270.

⁷¹⁸ İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 347; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 309; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 391; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 269; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s.110.

hukuken korunmaktadır.⁷¹⁸ Bundan hareketle saldırının bireysel menfaatlere ve değerlere ilişkin olacağı dolayısıyla kamu düzeni veya hukuk düzenine yönelik değerlerin bu kapsamda savunulmasının mümkün olmadığı çünkü bu saldırılara karşı savunmayı devlet organlarının yapması gerektiği de ifade edilmektedir.⁷¹⁹ Meşru müdafaaanın anayasayı ihlal suçu bakımından ortaya çıkması incelendiğinde ise failin anayasal düzeni ortadan kaldırma, değiştirme veya fiilen uygulanmasını engelleme amacıyla cebir ve şiddet kullanmasının bu kapsamda incelenmesinin pek mümkün olmadığını söylemek gerekmektedir. Bu noktada belki ancak mevcut rejimin çok baskıcı ve anayasanın öngördüğü demokratik düzeni uygulamıyor olması veya ülkedeki iç karışıklıkların boy göstermesi halinde, bireylerin, haklarına yönelik saldırıları önlemek için cebir ve şiddet kullanarak anayasal düzene yönelik fiiliyata geçmesinin tartışılabilirliği ifade edilse de bu halin de hukuka uygunluk nedeni olamayacağı belirtilmektedir.⁷²⁰ Bunun aksine anayasal düzenin “ne adla ve maksatla olursa olsun” ortadan kaldırılmasına, yerine başka bir düzen getirilmesine, fiilen uygulanmasının engellenmesine teşebbüs edilmesine karşı “hürriyeti yok etme hürriyetinin olmayacağından (AİHS. m. 17)” bahisle toplumdaki her kişinin, içinde bulunduğu demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti düzenini, haksız bir saldırı karşısında savunma hakkının olduğu da ifade edilmektedir.⁷²¹

TCK m. 25/2 uyarınca ise “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” ifadesiyle

⁷¹⁸ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 161; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 306; K. İÇEL, “...Genel Hükümler”, 2014, s. 308; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 308.

⁷¹⁹ H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 321; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 222. **Aksi görüş için bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Baskı, s. 245.

⁷²⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 267-268. Yazar, “anayasal düzene ilişkin cebir ve şiddet kullanılarak icra edilen fiillerin meşru müdafaa kapsamında değerlendirilebilmesinin belki anayasal düzeni elinde tutanların, bireylere yönelik saldırılarını sonlandırabilmenin tek yolu olarak meşruiyetini kaybetmiş olan anayasal düzeni yıkmaktan, değiştirmekten geçtiğinin ileri sürülebileceğini” de ifade etmektedir.

⁷²¹ Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 497.

zorunluluk hali hükme bağlanmıştır. Anayasayı ihlal suçunun “başka suretle korunmak olanağı bulunmayan bir tehlikeden kurtulmak” için bir zorunluluk hali nedeniyle işlendiğinin ileri sürülmesi ise demokratik rejimlerde anayasal düzenin korunmasına ilişkin başka hiçbir çare bulunamaması anlamına gelecektir, bu da pek inandırıcı değildir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülemeyecektir.

Hakkın kullanılması hususu da “hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği” ifadesiyle TCK m. 26/1’de düzenlenmiştir. Kişinin suç teşkil eden fiili, hukuken korunan bir hakkını kullanmasıyla icra etmesi kanun tarafından korunmaktadır.⁷²² Anayasayı ihlal suçunu oluşturmaya yönelik fiillerin icra edilmesi halinde hukuken korunan bir hakkın kullanılmış olabileceğinden bahsetmenin mümkün olup olamayacağı, iktidarın meşruiyetini kaybetmesi veya zaten gayrimeşru olması hallerinde tartışılmaktadır.⁷²³ Bu noktada doktrinde “iktidarın özgürlükçü hukuk düzenine uygun hareket etmek durumunda olduğuna aksi halde meşruiyetini kaybedeceğine ve toplumdaki bireylerin, hukuk düzenini yeniden kurma hakkına sahip olacağına; dolayısıyla iktidar uygulamalarının hukuk düzenini ortadan kaldırması halinde ortadan kaldırılan düzeni yeniden kurabilmek adına vatandaşların ihtilal hakkı doğduğuna”^{724,725} dair bir görüş mevcuttur. Ancak böylesi bir durumda iktidarın mevcut hukuk düzenine uygun davranma sorumluluğunun olduğuna iştirak edilmekle birlikte ortadan kaldırılan düzenin yeniden ihdas edilmesi için vatandaşların ihtilal hakkının doğduğu fikrinin, Türkiye gibi tansiyonu yüksek bir ülke göz önünde bulundurulduğunda çok farklı ve istenmeyen noktalara (örneğin iç savaş)⁷²⁶ gidebileceği

⁷²² T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 302; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 323; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 11. Bası, s. 305.

⁷²³ D. SOYASLAN, “... *Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 808; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 254-255.

⁷²⁴ D. SOYASLAN, “... *Özel Hükümler*”, 13. Baskı, s. 808, dipnot 7 devamı. Yazar, “iktidarın hukuk düzenini hafif ihlal etmesi halinde de bireylerin eleştirisi, protesto ve gösteri hakkını kullanmasının söz konusu olduğunu” eklemektedir.

⁷²⁵ **Cebir kullanılarak ihtilal yapmanın bir hak olamayacağına dair bkz.:** W. SCHWARZ, “*The Right of Resistance*”, The University of Chicago Press Journals, 1964 (74), s. 126.

⁷²⁶ Direnme hakkının meşru bir şekilde kullanıldığının söylenebilmesi için hukuk kurallarına itaat etmeyi tamamen yok edecek bir biçimde bir anarşiye veya iç savaşa yol açmaması gerektiğine **dair bkz.:** H. BIELEFELDT, *The Right to Resist*, International Handbook of Violence Research (edit.: Wilhelm HEITMEYER ve John HAGAN), 2003, s. 1104.

düşünüldüğünden sakıncalı bulunmaktadır. Bu noktada belki direnme hakkından bahsedilebilir.

Direnme hakkı; siyasi eleştiri, muhalefet, itaat etmeyi reddetme, nefsi müdafaa gibi olgulardan sınırlandırılarak daha dar bir kapsamda şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Amacı, iddia edilen veya de facto ağır siyasi adaletsizliği ortadan kaldırmak olan ve iktidardaki otoriteye karşı son çare olarak yapılan anayasa himayesindeki mevcut meşru siyasal veya yasal araçlardan farklı olan başka araçlara başvurulmak suretiyle gerçekleştirilen gerçek anlamda siyasi bir eylem.*”⁷²⁷ Bu bağlamda devletin gücünün yasal olmasına dayanılarak her türlü direnme hakkının kaldırılması ve inkâr edilmesi gerektiği ifade edilse de devlet gücünün kötüye kullanılmasına ve haksızlığa karşı yani “tırana karşı” direnme durumu varlığını muhafaza etmektedir.⁷²⁸ Ancak iktidarlar, yasal devlet gücünün kullanılmasının arkasındaki kanunilik iddiası dayanağını ileri sürerek “haksızlığa ve hukuksuzluğa karşı yapılan her direnişi ve savunmayı kanun dışılığı” dönüştürmektedir.⁷²⁹ Dolayısıyla bu noktada direnme hakkının meşruluğunu açıklamak için farklı iddialar ortaya atılmaktadır. Bu hakkın insan haklarından biri⁷³⁰ (pozitif hukuk üstü bir temel hak/superpositive law)⁷³¹ olduğu için, anayasayı savunma amaçlı kullanılabilecek bir hak⁷³² olduğu için, pozitif bir hukuk kuralı^{733,734} olduğu için veya nefsi müdafaa⁷³⁵ olarak değerlendirilebileceği için meşruluk kazandığı kaydedilmektedir.

⁷²⁷ H. BIELEFELDT, *a.g.e.*, s. 1101; C. J. FINLAY, “Justice, oppression, and the right to resist”, Terrorism and the Right to Resist: A Theory of Just Revolutionary War, Cambridge University Press, 2015, s. 20-21.

⁷²⁸ C. SCHMITT, *a.g.e.*, s. 34.

⁷²⁹ C. SCHMITT, *a.g.e.*, s. 35.

⁷³⁰ H. BIELEFELDT, *a.g.e.*, s. 1104.

⁷³¹ H. BIELEFELDT, *a.g.e.*, s. 1103.

⁷³² T. GINSBURG/ D. LANSBERG-RODRIGUEZ/ M. VERSTEEG, “When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions”, UCLA Law Review, 2013 (60), s. 1222-1223.

Örneğin, Almanya, anayasasının m. 20/4’deki açık hüküm ile her vatandaşına başkaca bir çıkar yol bulunmaması koşuluyla anayasal düzenin ortadan kaldırılması veya uygulanmasının engellenmesi hallerinde bir direnme hakkı tanımaktadır. Benzer şekilde 1993 tarihli Çek Cumhuriyeti anayasası da vatandaşlarına anayasal organların ve yasal yolların çalışmasının imkânsız kılınması şartıyla anayasada yer alan temel insan haklarının ortadan kaldırılması halinde bir direniş hakkı tanımıştır.

⁷³³ Bu hususta direnme hakkının, pozitif bir kuralı olmadığına ve direnene tanınan bir hak olmasından ziyade direnenin kendisine tanıdığı, kendisinde zaten var gördüğü bir hak olduğuna dair bkz.: H. ÖKÇESİZ, “Sivil İtaatsizlik”, İstanbul, 2001, 3. Baskı, s. 16.

Direnme hakkının “darbeye karşı savunma” (*anti-coup defence*) olarak genel veya organize bir şekilde kullanılması söz konusudur. “Genel direnme”, gerçekleşecek olan saldırıdan önce topluma genel olarak hangi noktalarda direnmesi gerektiğine ilişkin hususun açıklamasını ifade etmektedir. “Organize direnme” ise direnmeyi yöneten bir grubun talimatları çerçevesinde hareket etmeyi gerektirmektedir. Faillerin anayasal düzeni ihlal etmeye yönelik gerçekleştirdiği herhangi bir eylem de direnme hakkına başvurmak adına bir sinyal olarak ele alınmaktadır.⁷³⁶ Direnme hakkını kullanırken grupların öncelikli olarak başvurdukları silahlar; herkese evde kal çağrısı yaparak sokakları boşaltmak, politik kararları yerine getirmeme çağrısı yapmak, caddeleri göstericilerle doldurmak, grev yapmak, ekonomik kapanmaya gitmek gibi şiddet kullanmaksızın yaptıkları uygulamalar olabilmektedir.⁷³⁷ Ancak bir noktadan sonra direnme hakkı kullanılırken cebir kullanılması kaçınılmaz olmaktadır.

Direnme hakkını kullanırken cebir kullanılması hali, bu hakkın oldukça aşırılığını ifade ettiğinden ötürü; hakkın bu şekilde **aktif** olarak, devletin gücünü olağanüstü bir şekilde kötüye kullandığı hallerde, tüm barışçıl ve yasal yolların tüketilmesinden sonra son çare olarak gerekli görüldüğü için ölçülü ve uygun bir şekilde kullanılabileceği de belirtilmektedir.⁷³⁸ Son çare olarak başvurulmasının vurgulanması; direnme hakkının, ortaya çıktığı hallerde zaten demokratik bir rejimin varlığını sürdürmeyi bıraktığını⁷³⁹ gösterecektir.⁷⁴⁰ Dolayısıyla bu durumlarda direnme hakkı, bir hukuka uygunluk nedeni olmasından ötürü değil

⁷³⁴ H. BIELEFELDT, *a.g.e.*, s. 1103; T. GINSBURG/ D. LANSBERG-RODRIGUEZ/ M. VERSTEEG, *a.g.e.*, s. 1221-1222.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin önsözünde yer alan “*İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olmasına...*” ifadesi direnme hakkının pozitif hukuk dayanağından biri olarak örnek gösterilmiştir.

⁷³⁵ T. GINSBURG/ D. LANSBERG-RODRIGUEZ/ M. VERSTEEG, *a.g.e.*, s. 1223-1224.

⁷³⁶ G. SHARP/ B. JENKINS, “*The Anti-Coup*”, s. 22.

⁷³⁷ G. SHARP/ B. JENKINS, *a.g.e.*, s. 25.

⁷³⁸ W. SCHWARZ, *a.g.e.*, s. 128-129; H. BIELEFELDT, *a.g.e.*, s. 1104; H. ÖKÇESİZ, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 146, dipnot 249.

⁷³⁹ Örneğin; Nazi Almanyasında, insanların, insan haklarını yok sayan ve onları insan altı bir varlık olarak gören ve ona göre davranan tüm yasaların hukuki karakterinin eksik olduğu ve bu durumun yazılı hukuksuzluk (statutory lawlessness) yarattığı dile getirilmektedir. (G. RADBRUCH, “*Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)*”, Oxford Journal of Legal Studies, 2006 (26), s. 8.)

⁷⁴⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s.257.

anayasal düzenin olmamasından ötürü meşru sayılacaktır. Direnme hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılması ise yukarıda ve dipnotlarda belirtildiği gibi iktidarın anayasal düzenin meşruluğunu ortadan kaldıran yöntemler benimsemesi ve uygulaması halinde teorik açıdan mümkün olabileceksede bunun, uygulamada fiili hukuksuzluklarına devam eden mevcut iktidar hala görevdeyken dikkate alınabileceği pek mümkün görünmemektedir.

Tüm bu hukuka uygunluk sebeplerinin haricinde başka bazı hallerin de anayasayı ihlal suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkıp çıkmayacağı tartışılabilir. Bu noktada yeniden belirtmek gerekir ki suçta öngörülen tipik fiilin “cebir ve şiddet kullanılarak” işlenmemesi halinde zaten suçu oluşturan tipik fiil ortaya çıkmayacağı için suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir dolayısıyla bu hal, bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmayacaktır.

2.3.2. Sivil İtaatsizlik

Bahsedilen hallerden biri sivil itaatsizliktir. Sivil itaatsizlik “hukuk ve devlet düzenini, toplum gerçekliğini sorgulayan direnme hakkının çağdaş bir biçimi”⁷⁴¹ olarak “hukuk devleti fikrinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve kanuna aykırı olarak ancak üçüncü kişilerin daha üstün hakkını çiğnemeyen barışçıl bir protesto”⁷⁴² şeklinde veya “politik olarak motive edilmiş, kamusal, şiddet içermeyen, vicdani ancak hükümetin politikalarında veya kanunlarda bir değişiklik meydana getirmeyi amaçlayan kanuna aykırı eylem”⁷⁴³ olarak tanımlansa da onu oluşturan eylemlerinin⁷⁴⁴ ve ortaya çıkma şekillerinin kesin olarak tanımlanması mümkün değerlendirilmemektedir.⁷⁴⁵ Sivil itaatsizlik kapsamında toplantı ve gösteri yürüyüşlerine de değinmekte fayda görülmektedir.

⁷⁴¹ H. ÖKÇESİZ, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 16.

⁷⁴² H. ÖKÇESİZ, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 123.

⁷⁴³ **Bu görüş için bkz.:** John RAWLS. (**Bu bilgi için bkz.:** R. BLEIKER, “*Rawls and the Limits of Civil Disobedience*”, *Social Alternatives*, 2002 (21), s. 37.)

⁷⁴⁴ **Bu eylemlere ilişkin ülkesel bazda verilen örnekleri incelemek için bkz.:** H. ÖKÇESİZ, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 51-76.

⁷⁴⁵ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s.259.

Elbette ki toplantı ve yürüyüş hakkı ancak “bir görüşü kamuoyuna ifade etmek için pasif direniş aracılığıyla belirli bir kanun hükmünün ihlalini protesto etmenin seçilmesi”⁷⁴⁶ halinde sivil itaatsizlik eylemi olarak değerlendirilebilmektedir. Bu noktada anayasayı ihlal suçunu oluşturduğunu söyleyebilmek için sivil itaatsizlik eyleminin ilgili suçu oluşturan ve kanununda tanımlanan unsurlarının mevcut olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Sivil itaatsizlik eylemlerinin “*şiddet içermediği ve barışçıl olduğu*” ifade edilmektedir.⁷⁴⁷ Dolayısıyla fiil, bu nitelikte ise o noktada bir hukuka uygunluk nedeninden değil TCK m. 309 bağlamında tipik suç fiilinin oluşmadığından bahsedilecektir.⁷⁴⁸ Ancak zaten herhangi bir sivil itaatsizlik fiilinin, barışçıl olması doğası gereği anayasayı ihlal suçunu oluşturması da hiçbir zaman teoride mümkün değildir. Teoride mümkün değildir çünkü uygulamada siyasi iktidar, kendi varlığının ve otoritesinin sürdürülebilirliğini tehlikede gördüğü her anı kendine yönelik bir itaatsizlik olarak görmekte ve bu itaatsizliğin önünü cezalandırma yoluyla kesmeye çalışmaktadır.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ Ö. KÜÇÜKTAŞDEMİR, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 2201.

⁷⁴⁷ Eylemin, sivil itaatsizlik eylemi olarak değerlendirilebilmesi için içermesi gereken unsurları incelemek için **bkz.:** Ö. KÜÇÜKTAŞDEMİR, “*Ceza Hukuku Bağlamında Sivil İtaatsizlik Üzerine Bazı Değerlendirmeler*”, AÜHFD, 2016 (65), s. 2201.

Ancak şiddetin sadece fiziksel olmayacağı ve fiziki bir temas olmadan gerçekleştirilen psikolojik şiddetin de sivil itaatsizlikte bir araç olarak kullanılabilmesi söylenmektedir. (J. MORREALL, “*The Justifiability of Violent Civil Disobedience*”, Canadian Journal of Philosophy, 1976 (6), s. 35-40.)

⁷⁴⁸ **Benzer yönde bkz.:** N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s.262; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 221. (Yazar pasif direniş kavramını kullanmaktadır.)

⁷⁴⁹ **Bkz.:** Örneğin, MİT tırları olarak bilinen olayda sanıkların yaptıkları gazete haberinden, haberin aslının yetkili mercilerce soruşturulmasından ötürü haklarında açığa alınma kararı verilmesi, dava açılması, tutuklanması ve 15 Temmuz olaylarından sonra terör örgütü ile bağlantıları olduğunun ileri sürülmesi.

“<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-54747856>”

“https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/11/151127_mit_tirlari_neler_olmustu”

“<https://tr.euronews.com/2021/05/30/mit-t-rlar-olay-neler-yasand-davada-son-durum-ne>”

“<https://www.trthaber.com/haber/gundem/mit-tirlari-davasinda-verilen-hapis-cezalarinin-gerekcesi-aciklandi-542320.html>” adreslerinden erişim sağlanmıştır. (Son erişim tarihi: 01.06.2021) İçeriğinin kamu tarafından bilinmesinde faydasının olduğu açık olan bir gazete haberinin basın özgürlüğü kapsamında nitelendirilmesi gerekirken gazetecilerin “casus” olarak nitelendirildiği bu durumda bu nedenledir ki benzer bir tutumun hiçbir cebir ve şiddet içermeksizin yapılan “genel grev”, “yol kapatma”, “oturma”, “yasaklanmış gösteri ve yürüyüş”, “boykot”, “istifaya çağrı” veya “imza toplama” gibi eylemlerin varlığı halinde olmayacağı konusu da ciddi tereddütler barındırır.

Örneğin, Gezi Parkı olaylarında Gezi Parkı’na müdahale edilmesinin önlenmesi amacıyla Taksim meydanında toplanan göstericilerin parkta nöbet tutmasına karşılık polisin aşırılık içeren müdahalesi ve ardından göstericilerin gözaltına alınması, bazılarının tutuklanması, haklarında kamu davası açılması. İş adamı Osman Kavala’nın bu olaylar kapsamında tutuklanması, hukuka

aykırı bir şekilde uzun süre tutuklu kalmasının ardından davadan beraat etmesinin hemen sonrasında 15 Temmuz olayları kapsamında yeniden tutuklanması, AİHM kararıyla derhal serbest bırakılmasına karar verilmesine rağmen kararın tanınmayarak tutukluluğunun sürdürülmesi ve Gezi davasında hakkında verilen beraat kararının bozulması.

“https://www.sozcu.com.tr/2019/gundem/gezi-parki-olaylari-neden-ve-nasil-basladi-neler-yasandi-2-1247451/4/?_szc_galeri=1”

“<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-44304326>”

“<https://www.dw.com/tr/osman-kavala-hakk%C4%B1nda-bir-tutuklama-karar%C4%B1-daha/a-52698286>”

“<https://www.haberler.com/gezi-parki-olaylari-ve-15-temmuz-darbe-girisimi-14147734-haberi/>”

“<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-55769259>” adreslerinden erişim sağlanmıştır. (Son erişim tarihi: 01.06.2021).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ ve DİĞER HUSUSLAR

3.1. SUÇUN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ

3.1.1. Teşebbüs Hali

TCK m. 35'te düzenlenen “teşebbüs” hükmü, suç yolundaki (*iter criminis*) icra hareketlerinin elde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanamaması halinde dahi fiilin cezalandırılabilmesini sağlamaktadır.⁷⁵⁰ Başka bir deyişle teşebbüs, cezalandırılabilir fiilin sınırıdır. Teşebbüs hükmünün kanun gerekçesinde belirtilen “*anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün olmadığı*”⁷⁵¹ yönündeki ifadeden de anlaşılacağı üzere bir teşebbüs suçu olan anayasayı ihlal suçu bakımından teşebbüs hali mümkün kabul edilmemektedir.⁷⁵² Dolayısıyla anayasayı ihlal suçunun icra hareketleri, teşebbüsten ötürü cezalandırılmamaktadır çünkü icra hareketlerinin gerçekleşmesi suçun tamamlanması anlamında yeterli kabul edilmekte⁷⁵³ ve suç, tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır. Bunun yanı sıra bu itibarla belki hazırlık hareketlerinin

⁷⁵⁰ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 281 vd.; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 461 vd.; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 327 vd.; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 416; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 447; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 580; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 331; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 442.

⁷⁵¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 444.

⁷⁵² İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 483; İ. ÖZGENÇ, “Suç Ögütleri”, 13. Bası, s. 289; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 436-437; N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 303; O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8814; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 223; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 281; E. ŞARE, *a.g.e.*, s. 109; TCK m. 309’un *salt hareket suçu olduğu ve hareketin parçalara bölünmesi mümkün olmadığı* için teşebbüsün söz konusu olamayacağına dair **görüş için bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 3. Baskı, s. 345; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1718.

Anayasayı ihlal suçuna *teşebbüsün hukuki prensipleri bakımından mümkün olacağına* ancak *fiilin cezalandırılması bakımından mümkün olmayacağına* dair görüş için **bkz.:** Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 104; Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 151.

⁷⁵³ D. AYDIN, “Suça Teşebbüs”, AÜHFD, 2006 (55), s. 109.

teşebbüs hükümlerinden ötürü cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusu tartışılmalıdır. “Hazırlık hareketleri” TCK m. 314 ve m. 316’da olduğu gibi ayrıca bir suçun konusu yapılmadığı sürece kural olarak cezalandırılmamaktadır.⁷⁵⁴ Dolayısıyla suç politikası yapılmadığı sürece hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması, anayasayı ihlal suçu bakımından da bir teşebbüs niteliği oluşturmamasını engellemektedir çünkü hazırlık hareketlerini TCK m. 309 uyarınca “vahamet” kapsamında değerlendirerek suç için elverişli hareketler arasına dâhil etmek doğru kabul edilmemektedir.⁷⁵⁵ Bu da anayasayı ihlal suçunun cezalandırılabilirlik alanının kanun koyucunun öngörmediği şekilde genişletilmesini engelleyecektir.⁷⁵⁶

3.1.2. İştirak Hali

İştirak, suçu oluşturan fiillerin soyut olarak tek bir kişi tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu durumlarda birden fazla fail tarafından icra edilmesi halinde söz konusu olmaktadır.⁷⁵⁷ Başka bir deyişle iştirak, cezalandırılabilirlik alanını veya suç tipini genişleten bir işleve⁷⁵⁸ sahiptir. İlgili suç bakımından 765 sayılı TCK döneminde m. 146 uyarınca iştirak, özel hükme bağlanmıştı. Bundan bahisle 765 sayılı TCK m. 146/2’de ifade edilen “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 mahallerde nutuk irat veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında...” fer’i iştirakin özel görünümünü

⁷⁵⁴ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 289; Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 495; D. SOYASLAN, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı, s. 70; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 223; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 451; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 341; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 404; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 483.

⁷⁵⁵ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 223.

⁷⁵⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 282.

⁷⁵⁷ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 306; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 481; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 624; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 529; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 551; K. İÇEL, *a.g.e.*, 6. Bası, s. 481; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 476; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Baskı, s. 346; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 480; D. SOYASLAN, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Baskı, s. 489.

⁷⁵⁸ M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 450.

yansıtan hüküm ile suça tek başına veya birkaç kişiyle birlikte sözlü, yazılı veya fiili fesat çıkararak, halkın toplandığı yerlerde nutuk atarak, kâğıt asarak veya yayın yaparak suçun işlenmesine teşvik edenler için asli fail gibi cezalandırma öngörülmüştü.⁷⁵⁹ Söz konusu hükümde yine de iştirak için genel olarak aranan *“birden fazla fail tarafından icra edilebilen birden fazla hareketin olması, hareketlerin illi değer taşınması, iştirak iradesi ve asli faillerin söz konusu suçun icrasına başlamış olması”* şeklindeki maddi ve manevi tüm unsurların bulunması gerekmektedir.⁷⁶⁰ Ancak anayasayı ihlal suçuna ihmal suretiyle iştirakin mümkünlüğünün, salt ihmalin varlığına bakılarak değerlendirilemeyeceği ve failin hareketinin kasıtlı olup olmadığının yani suça katılma iradesinin olup olmadığının da araştırılması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁶¹

5237 sayılı TCK döneminde ise anayasayı ihlal suçuna ilişkin özel iştirak hükümleri öngörülmemiştir ve iştirak halinin sorumluluğunun genel hükümlere bakılarak değerlendirilmesi söz konusudur. Anayasayı ihlal suçu teknik olarak çok failli bir suç olarak düzenlenmese ve tek faille işlenebileceğinin önünde bir engel olmasa da suçun genelde suça iştirak edilerek işlendiği görülmektedir.⁷⁶² Bu bağlamda anayasayı ihlal suçuna iştirakin; aralarında anlaşma olmasa da ortak irade ile anayasayı ihlal amacıyla cebri ve elverişli suç fiillerini birlikte gerçekleştirenler veya suç tipi bakımından tipik hareketlerle gerçekleştirilmese de suçun icrasında önemli rol oynayarak birlikte suç işleme kararıyla hareket edenler bakımından müşterek faillik ile⁷⁶³ (TCK m. 37/1), suçun işlenmesi için kurulmuş bir silahlı örgütün faaliyetleri kapsamında eyleme katılmasa da örgüt hiyerarşisinde hareket edenler örgüt üyeliği ile⁷⁶⁴ (TCK m. 220/6, m. 314), yine böyle bir örgüt kapsamında eyleme katılmaksızın ve örgüt hiyerarşisi içinde yer

⁷⁵⁹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 282; F. TURİNAY, *a.g.e.*, YÜHFD, s. 306; N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 601.

⁷⁶⁰ N. TOROSLU, *a.g.e.*, ABD, s. 601.

⁷⁶¹ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 170; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 286. Ancak “Yassıada yargılamalarında ve Yüksek Soruşturma Kurulu kararlarında denetleme görevini icra etmeyen milletvekillerini ihmal suretiyle fiili icra ettikleri, hareketsiz kalanların ise ihmal suretiyle fiile iştirak ettikleri belirtilmiştir.” (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 170.)

⁷⁶² Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 489-490.

⁷⁶³ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 284; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 458.

⁷⁶⁴ F. TURİNAY, *a.g.e.*, YÜHFD, s. 306; E. AYĞÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1719.

almaksızın örgüte bilerek ve isteyerek yardım edenler örgüte yardım ile⁷⁶⁵ (TCK m. 220/7) mümkün olduğu ifade edilmektedir.

3.1.3. İçtima Halleri

Suçların içtimaı, kişinin bir fiiliyle farklı ceza normlarını aynı anda ihlal etmesi veya birden çok fiili ile aynı ceza normunu ihlal etmesi halinde söz konusu olan bir kurumdur.⁷⁶⁶ 5237 sayılı TCK'da gerçek içtima kuralı olarak “*Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır.*” anlayışı benimsenmiştir.⁷⁶⁷ Anayasayı ihlal suçu bakımından da bu anlayışın yansıması olarak (m. 309/2) “*Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.*” şeklinde özel bir içtima hükmü getirilmiştir.^{768,769} Bu hükme göre anayasayı ihlal suçunun işlenmesi sırasında kasten öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme, hürriyetinden yoksun bırakma, işkenceye maruz bırakma gibi başkaca suçların işlenmesi de söz konusu ise fail(ler) ayrıca bu suçlardan da ceza alacaktır.⁷⁷⁰ Ancak mevcut uygulama bu

⁷⁶⁵ F. TURİNAY, *a.g.e.*, YÜHFD, s. 306.

⁷⁶⁶ N. TOROSLU/ H. TOROSLU, *a.g.e.*, 22. Baskı, s. 347; S. DÖNMEZER/ S. ERMAN, *a.g.e.*, C. 2, 5. Bası, s. 404; M. E. ARTUK/ A. GÖKCEN/ A. C. YENİDÜNYA, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 682; H. HAKERİ, *a.g.e.*, 19. Baskı, s. 595; V. Ö. ÖZBEK ve diğerleri, *a.g.e.*, 7. Baskı, s. 589; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 518; Z. HAFIZOĞULLARI/ M. ÖZEN, *a.g.e.*, 5. Baskı, s. 374; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 511; D. SOYASLAN, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 4. Baskı, s. 256; B. ÖZTÜRK/ M. R. ERDEM, *a.g.e.*, 16. Baskı, s. 366.

⁷⁶⁷ İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 12. Bası, s. 563; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 508.

⁷⁶⁸ İ. ÖZGENÇ, “*Suç Örgütleri*”, 13. Bası, s. 289; K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 227-228; F. TURİNAY, *a.g.e.*, YÜHFD, s. 307; N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 290-291.

⁷⁶⁹ “Bu suçun işlenmesi sırasında işlenen ve ayrıca cezalandırılması gereken başka suçların mevcudiyetinin söz konusu olamayacağına, kanun koyucunun bu suça diğer ceza kanunlarda olmayan bir ikinci fıkra koyarak suç olan tipik fiilin hareket unsuru içinde kalan hareketlerle tipik fiili karıştırdığına, birçok hareketi ayrıca bir fiil, dolayısıyla bir suç sayarak kalkışma suçlarına özelliğini veren bir fiili “başka suç” adı altında birden çok kez cezalandırdığına, bunun da henüz “kuvveden fiile” çıkmamış olan davranışların cezalandırılabilmesi yolunu açarak düşüncenin yasaklanabilmesine yol açtığına, dolayısıyla TCK m. 309/2’nin Anayasa ve AİHS’e aykırı olduğuna ve değiştirilmesi gerektiğine” dair **eleştirel görüş için bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 489; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1692 & 1719.

⁷⁷⁰ “TCK’nun ‘*fiil sayısınca suç, suç sayısınca ceza*’ ilkesinden ibaret olan gerçek içtimayı ön plana çıkaran özelliği dolayısıyla aynı kanunun 309, 311 ve 312. maddelerinin ikinci fıkralarında, *bu suçların işlenmesi sırasında diğer suçların işlenmesi halinde ayrıca diğer suçlardan da ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunacağı* belirtilerek amaç suç niteliğindeki bu suçların *amaç suç* ile korunan hukuki değere ulaşmak için işlenen *araç suçlardan ayrı ve bağımsız olarak*

yönde olmamakla birlikte m. 309/2'nin, suçun hareket unsuru içinde kalarak suç unsurunu oluşturan eylemlerden dolayı ikinci kez cezalandırmayı mümkün kılacak şekilde anlaşılabilmesi gerektiği kaydedilmektedir.⁷⁷¹ 765 sayılı TCK döneminde anayasayı ihlal suçu bakımından bu yönde açık bir hüküm mevcut değildi çünkü cebrin suçun bir unsuru olarak kabul edilmesinden ötürü başka cebir içeren fiillerden ayrıca bir sorumluluk tanınmamıştı.⁷⁷² Bu bağlamda ceza sorumluluğu açısından 765 sayılı Kanunun, 5237 sayılı Kanuna göre fail lehine olduğu gözlemlenmektedir.^{773,774}

Bunun haricinde amaç suç-araç suç ilişkisinin bulunduğu hallerde de gerçek içtima kuralının benimsenmesi nedeniyle amaçlanan suç da işlenmiş ise fail(ler) her iki suçtan ötürü de cezalandırılacaktır.⁷⁷⁵ Bu durumun anayasayı ihlal suçu bakımından görünümü ise TCK m. 314, m. 220/1 veya m. 316 yönünden tartışılmaktadır. TCK m. 314 ve m. 316 önceden de değinildiği üzere hazırlık hareketi kapsamında sayılmasına rağmen anayasayı ihlal suçunu işlemek amacıyla ortaya çıkan suç tiplerindendir. Dolayısıyla bir bakıma anayasayı ihlal suçu, bu hükümler bakımından amaç suç niteliği taşımaktadır.⁷⁷⁶ TCK m. 220 ise muayyen bir suçun işlenmesi amacıyla oluşturulan örgütlerin cezalandırılmasına yöneliktir ve belirli bir amaca yönelmediği için de işlenmesi amaçlanan suç (bu durumda TCK m. 309) ile arasında paralel olarak korunan bir hukuki menfaat

düzenlendikleri dikkate alınmalıdır.” (Yargıtay CGK, 10.10.2017, K. 2017/388 ve Yargıtay CGK, 10.10.2017, K. 2017/406.)

Bu bilgi için bkz.: İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 289-290, dipnot 61.

⁷⁷¹ O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ, *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8814-8815.

⁷⁷² “Öğreti ile yine süreklilik gösteren Yargısal kararlarda TCK’nun 146. maddesinde yer alan cebir ögesini gerçekleştirmek üzere, diğer bir deyişle bu maddedeki suçu işlemek saiki ile adam öldürüldüğünde de *yalnızca TCK’nun 146. maddesi hükmünün uygulanması gerektiği* kabul edilmektedir.” (Yargıtay 9. CD, 30.09.1996, E. 1996/688, K. 1996/4716)

Bu bilgi için bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 290-291.

⁷⁷³ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 228.

⁷⁷⁴ “Sanığın mensubu olduğu örgütün amacı doğrultusunda adam öldürme eylemine katıldığının 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 yanlıya düşülerek* yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 9. CD, 08.05.2007, E. 2007/2572, K. 2007/3890)

Bu bilgi için bkz.: E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1692, dipnot 7.

⁷⁷⁵ İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 565; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 509.

⁷⁷⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 295.

bulunmamaktadır.⁷⁷⁷ Ancak esasen ilgili hükümlerden TCK m. 314 ve m. 316’da anayasayı ihlal suçuna hazırlık hareketi niteliğinde olan fiillerin işlenir işlenmez müdahale edilmesi sağlanarak, asıl amaçlanan ağır neticelerin gerçekleşmesinin önüne geçilmek amaçlanmaktadır.⁷⁷⁸ Benzer şekilde TCK m. 220’de de “belirsiz sayıda ve konuda suçu işlemek amacıyla kurulmuş, belli niteliklere sahip birleşmelerin, herhangi başkaca bir eylem gerçekleştirmelerine gerek olmaksızın cezalandırılmalarına yani istisnai olarak herhangi bir icra hareketi gerçekleştirilmeden -amaç suçların işlenmesine kalkışılmadan- ceza yaptırımına başvurulmasına”⁷⁷⁹ imkân tanındığı ifade edilse de örgütlerin işlenecek suçları konu ve tip bakımından somutlaştırmasının gerekli olmaması bu görüşün zayıf noktası olarak belirtilmektedir.⁷⁸⁰ Bu bağlamda TCK m. 220 uyarınca cezalandırılan hareketlerin suç tipi hususunda somutlaşmadığı nedeniyle hazırlık hareketi olmadığı⁷⁸¹ ve TCK m. 309’un TCK m. 220 bakımından tam anlamıyla bir amaç suç olamayacağı sonucuna varılmaktadır. Ancak doktrindeki baskın görüş TCK m. 220’nin de hazırlık hareketi kapsamında değerlendirilmesine ilişkindir.⁷⁸² Hazırlık hareketlerinden bahisle “bağımsız bir suç” olarak cezalandırılan hazırlık hareketlerinin, “asıl-yardımcı norm ilişkisi çerçevesinde “cezalandırılmayan önceki fiiller” başlığı altında görünüşte içtima hallerinden biri olarak sayan”⁷⁸³ bir görüş olduğunu da söylemek gerekmektedir. Dolayısıyla bu nitelendirmeye göre TCK m. 314’de cezalandırılan hazırlık hareketleri, asıl suç olan anayasayı ihlal suçuna nazaran yardımcı norm niteliğinde olup “yardımcı

⁷⁷⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 294.

⁷⁷⁸ N. K. KARCILIOĞLU, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu (TCK m. 220) ile Korunan Hukukî Menfaat ve Suçun Hukukî Niteliği”, *YeHFD*, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan Özel Sayısı, 2012 (IX), s. 608-609.

⁷⁷⁹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, *YeHFD*, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan Özel Sayısı, s. 609.

⁷⁸⁰ N. K. KARCILIOĞLU, “Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları” (Hakemli Makale), *Suç ve Ceza (Ceza Hukuku Dergisi)*, 2011 (1), s. 119.

⁷⁸¹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, *YeHFD*, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan Özel Sayısı, s. 610.

⁷⁸² Ç. ÖZEK, “Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK Mad. 168-171)”, *İÜHFM*, 1963 (XXIX), s. 458; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 12. Bası, s. 566; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 13. Baskı, s. 509.

⁷⁸³ Bu görüş için bkz.: Kayıhan İÇEL. Bu bilgi için bkz.: N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 296, dipnot 443.

normun sonralığı ilkesi” uyarınca da asıl suç işlendiği takdirde artık uygulama kabiliyetini yitirerek⁷⁸⁴ fikri içtima uygulanmasının da önüne geçecektir.⁷⁸⁵

Diğer yandan anayasayı ihlal suçunun kendisiyle aynı bölümde düzenlenen yasama organına karşı suç (m. 311) ve hükümete karşı suç (m. 312) ile ilişkisine bakıldığında bu suçların birbirine benzerlik gösterdiği ancak her birinde manevi unsurun içinde eriyen farklı amaçların mevcut olduğu görülecektir.⁷⁸⁶ Yine de anayasayı ihlal suçunu oluşturabilecek elverişlilikte olan fiilin, aynı zamanda yasama organını işlevsiz kılmaya ve hükümeti yıkmaya yönelik sonuçları da doğurmaya elverişli olabileceği ve bu tanımlanan sonuçlara ulaşma amacı ile icra edildiği de söz konusu ise bu suç tiplerini oluşturabileceği ihtimali pek yüksektir. Dolayısıyla bu ihtimalde söz konusu suçlar arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir.⁷⁸⁷

Bunun yanı sıra anayasayı ihlal suçunun bir unsuru olarak cebrin TCK m. 106-108 uyarınca ayrıca bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu hükümlerin anayasayı ihlal suçu bakımından bağımsızlıklarını yitirerek bileşik suç özelliği taşıdıkları ifade edilmektedir.⁷⁸⁸ Sonuçta, anayasayı ihlal suçunu oluşturacak cebri elverişli fiilleri gerçekleştiren fail(ler)in ayrıca bu suç maddelerinden ötürü cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.⁷⁸⁹

3.2. SUÇTA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIM

Anayasayı ihlal suçu için öngörülen ceza yaptırımı, ceza kanununda öngörülen en ağır ceza ile hükme bağlanmıştır. 765 s. Türk Ceza Kanunu

⁷⁸⁴ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 296-297.

⁷⁸⁵ Fikri içtimanın uygulanamayacağına dair **benzer görüş için bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 496; E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1719.

Ayrıca bkz.: Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, Yargıtay Dergisi, s. 107-108. Ancak yazar önceki yıllarda yazdığı eserlerinde amaç suçu olarak anayasayı ihlal suçunun gerçekleşmesi halinde dahi hazırlık hareketlerinin müstakil bir suç normu olarak düzenlenmesinden bahisle her iki hükümden de ayrı ayrı cezalandırmanın gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktaydı. (Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 158.)

⁷⁸⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 298.

⁷⁸⁷ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 299.

⁷⁸⁸ E. AYGÜN EŞİTLİ, *a.g.e.*, AÜHFD, s. 1719. Anayasayı ihlal suçunda bileşik suç olmayacağına dair **görüş için bkz.:** Z. HAFIZOĞULLARI, *a.g.e.*, BÜHFD, s. 496.

⁷⁸⁹ İ. ÖZGENÇ, “Suç Örgütleri”, 13. Bası, s. 290.

döneminde m. 146'da düzenlenen anayasayı ihlal suçunun asli failleri için dönemin en ağır yaptırımı olan idam cezası öngörülmüştü. Bunun yanı sıra m. 146/2 uyarınca da fer'i iştirakin özel görünümünü yansıtan hüküm ile anayasayı ihlal suçunu işlemeye yönelik tek başına veya birkaç kişiyle birlikte sözlü, yazılı veya fiili fesat çıkararak, halkın toplandığı yerlerde nutuk atarak, kâğıt asarak veya yayın yaparak suçun işlenmesine teşvik edenlerin de asli fail gibi cezalandırılması öngörülerek bu tür fer'i iştirak “cezası artırılan iştirak” olarak idam cezası ile hükme bağlanmıştı.⁷⁹⁰ Kanunun m. 146/3 fıkrasına göre ise 2. fıkra dışında kalan fer'i iştirak halleri de ceza yaptırımına bağlanmış ancak önceki fıkranın aksine “cezası azaltılan iştirak durumu” yaratılmıştı.⁷⁹¹ Böylece 15 sayılı kanun ile eklenen son fıkra fail lehine bir durum yaratılarak 765 s. TCK'nın ilgili 13. Maddesi uyarınca verilmesi gerekecek olan 10-24 sene arasındaki ağır hapis cezası 5-15 arasında ağır hapis cezası olacak şekilde düzenlenme imkanı bulmuştu.⁷⁹²

2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile birlikte Anayasanın 38. maddesinde yapılan değişiklikle ölüm cezasının alanı “savaş, savaş tehdidi ve terör suçları” halleri ile daraltıldıktan sonra 2002 tarihli 4771 s. Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun uyarınca yapılan anayasal değişikliğe paralel olarak 765 s. TCK da dâhil olmak üzere ilgili kanunlarda değişiklik yapılarak öngörülen ölüm cezaları, müebbet ağır hapse dönüştürülmüştü.⁷⁹³ Ancak bu yapılan değişikliğe rağmen “terör suçları”nın ölüm cezası ile yaptırıma bağlanan suçlardan biri olarak sayılmasının önüne geçilmediği için değiştirilen Anayasa m. 38/7 ile mevcut dönemde, ölüm cezasını kaldıran AİHS Ek 6 No.lu Protokol'den ayrıldığı da dile getirilmişti.⁷⁹⁴ Ardından iç hukukta yapılan birtakım değişikliklerle birlikte 2003 yılında Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 No.lu Protokol'ü imzalamış ve

⁷⁹⁰ Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 182; F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1070.

⁷⁹¹ F. EREM, F. EREM, “*Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*”, C. 2, s. 1071.

⁷⁹² Ç. ÖZEK, *a.g.e.*, 1967, s. 182.

⁷⁹³ TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Hukuk Bölümü, Bilgi Notu, “*Türk Hukukunda Ölüm Cezası*”, 2020, s. 31.

⁷⁹⁴ M. FEYZİOĞLU, “*Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler*”, ABD, 2002/4, s. 24.

onaylamıştır. 2004 tarihli ve 5170 s. kanun uyarınca da “ölüm cezası ve ilişkili ifadelerin” Anayasadan tamamen çıkarılmasına yönelik değişiklik yapılmıştır.⁷⁹⁵ Ardından yürürlüğe giren 5237 s. TCK’da da suçun terör suçu olup olmadığına bakılmaksızın ölüm cezası, bir yaptırım biçimi olmaktan çıkarılmış ve yerine en ağır yaptırım şekli olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis yaptırımı öngörülmüştür.

TCK m. 309 uyarınca da anayasayı ihlal suçu önceki kanun dönemindeki gibi döneminin en ağır ceza yaptırımı ile cezalandırılacak şekilde yaptırımı bağlanmış ve cezası ağırlaştırılmış hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Bu yaptırım göz önünde bulundurularak⁷⁹⁶ Türkiye uygulamalarına bakıldığında ise bu suça ilişkin yapılan tutuklamaların⁷⁹⁷, kişilerin bireysel somut durumuna bakılmaksızın kaçma veya delil karartma şüphesini⁷⁹⁸ çoktan taşıdığına isnaden

⁷⁹⁵ TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Hukuk Bölümü, Bilgi Notu, “*Türk Hukukunda Ölüm Cezası*”, 2020, s. 33.

⁷⁹⁶ Bunun nedeni AYM’nin, suçun katalog suçlardan olmasının yanı sıra suçun niteliği ve suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın ağırlığına istinaden de kaçma ve delil karartma şüphesinin mevcut olduğunu değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. **Bu yönde kararlar için bkz.: AYM Hüseyin Burçak başvurusu**, B. No: 2014/474, 03.02.2016, § 61; **AYM Devran Duran başvurusu [GK]**, B. No: 2014/10405, 25.05.2017, § 66; **AYM Alparslan Altan başvurusu [GK]**, B. No: 2016/15586, 11.01.2018, §§ 141-142; **AYM Hüseyin Talaz başvurusu**, B. No: 2017/26769, 15.12.2020, § 65.

Ancak karşılaştırmalı hukukta Alman hukukuna bakıldığında “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, CMK m. 100/3’deki düzenlemeye benzeyen *açık yasal bir düzenleme bulunmasına rağmen bu hükmün Alman Anayasası’na uygun olabilmesi için sadece kaçma veya delil karartma tehlikesinin ihtimal olarak mevcut bulunduğu hallerde tutuklama kararı verilebileceğine*, kaçma veya delil karartma tehlikesinin hiç bulunmadığı hallerde ise en ağır suçlarda dahi tutuklama kararı verilemeyeceğine karar verdiği” görülmektedir. (F. YENİSEY, *a.g.e.*, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 220)

⁷⁹⁷ İlk tutuklama kararındaki gerekçelendirme zorunluluğunun, sınırlı bir inceleme yapılmasından ötürü “nispeten daha soyut olarak belirtilmiş” olması yeterli görülmektedir. (Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 321.) **AYM kararları için bkz.: AYM Hikmet Kopar ve diğerleri başvurusu [GK]**, B. No: 2014/14061, 08.04.2015, § 84; **AYM Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusu**, B. No: 2015/7908, 20.01.2016, § 154.

Ayrıca **AIHM kararları için bkz.: Murray v. Birleşik Krallık**, B. No: 14310/88, 28.10.1994, Series A no. 300-A, § 55; **Ilgar Mammadov v. Azerbaycan**, B. No: 15172/13, 22.05.2014, § 87. AYM bu noktada isabetli olmayan bir şekilde “daha soyut belirtilen gerekçelendirme” olarak atılı suçların CMK m. 100/3 çerçevesinde katalog suçlardan olmasına dayandırılmasını yeterli kabul etmektedir. **Bu yönde kararlar için bkz.: AYM Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusu**, B. No: 2015/7908, 20.01.2016, § 157. (İsabetli karşı oy yazısı için bkz.: Erdal Tercan, §§ 62-67); **AYM Hanefi Avcı başvurusu**, B. No: 2013/2814, 18.06.2014, § 84.

Aksi yönde bkz.: AYM Engin Demir başvurusu [GK], B. No: 2013/2947, 17.12.2015, § 66.

⁷⁹⁸ Tutuklama nedeni olarak CMK m. 100/2 uyarınca öngörülen “kaçma” ve “delilleri karartma” şüphesinin aranmasının CMK m. 100/3 uyarınca katalog suçlar bakımından gerekli olmayabileceği kaydedilmektedir. Bunun nedeni ise söz konusu hüküm uyarınca sayılan suçlar bakımından kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde *tutuklama neden(ler)inin var sayılabileceğinin* ifade edilmiş olmasıdır. Ancak ifadenin dediği gibi “var sayılabilmek” durumundan çok, katalog suçlarda

yapıldığının veya yapılabileceğinin söylenmesi de mümkün görünmektedir.^{799,800}

Türkiye’de özellikle şu şekilde bir tutukluluk veya tutukluluğun devamı kararının gerekçelendirilmesi çok yaygın görülmektedir: “*Sanıkların üzerlerine atılı suçların niteliği, kanıt durumu, kaçma ve delilleri karartma olasılıkları, sanıklara verilmesi muhtemel ceza miktarları dikkate alındığında...*”^{801,802} Ancak AİHM, kanunda öngörülen cezanın ağırlığının, söz konusu kaçma veya delilleri karartma

tutuklama nedeninin zaten var sayıldığı gözlenmektedir. Suçun katalog suçlardan biri olarak tanımlanması, suç bakımından “geçerli ve mutlak bir tutuklama nedeni” olarak kabul edilmektedir ve de suçla ilgili olarak “somut, ölçütleri özgül olaya uygulayan bir irdeleme” yapılmamaktadır. Buna dayanak olarak da Anayasa m. 19/3 uyarınca belirtilen “bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer haller” ifadesinin; “kaçma ve delilleri yok etme veya değiştirme” olarak sayılan tutuklama nedenlerine ek bir neden teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Ancak Anayasa m. 19/3’teki bu ifadenin, başkaca ilave bir tutuklama nedeni olarak katalog suçları değil “belirtilen şartlar çerçevesinde tutuklamanın mümkün olabildiği diğer halleri” belirttiğinin altını çizmek gerekmektedir. (N. TOROSLU/ M. FEYZİOĞLU, *a.g.e.*, 18. Baskı, s. 256; N. CENTEL/ H. ZAFER, *a.g.e.*, 16. Bası, s. 396; H. SINAR, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*”, 2016, s. 203 & 205; Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, “*İnsan Hakları Raporu (2016-2017)*”, s. 456; Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 342.)

AY m. 19/3’e ilişkin yapılan yanlış değerlendirmeye yönelik **AYM kararları için bkz.: AYM Selçuk Özdemir başvurusu [GK]**, B. No: 2016/49158, 26.07.2017, §§ 64-65; **AYM Ramazan Aras başvurusu**, B. No: 2012/239, 02.07.2013, § 46; **AYM Halas Aslan başvurusu**, B. No: 2014/4994, 16.02.2017, §§ 58-59.

⁷⁹⁹ Katalog suçlarda gerekçelendirme unsurunun daha az gündeme geldiği hatta ortadan kalkmakta olduğu ve adeta otomatik tutuklama kararı verilmesi uygulamasının yerleştiği görülmektedir. (F. YENİSEY, “*Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama*”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2016 (32), s. 224.)

⁸⁰⁰ Bu noktada Giorgio Agamben tarafından sarf edilen şu sözler oldukça düşündürücü ve anlamlıdır: “*Hukukçuların gayet iyi bildiği üzere hukuk ne adaletin tesis edilmesine ne de gerçeğin tesis edilmesine yöneliktir. Hukuk, gerçek veya adaletten bağımsız olarak sadece ve sadece hükme yöneliktir. Adaletsiz bir cezanın bile içinde barındırdığı hükmün gücü/geçerliliği bu durumu açıkça gözler önüne sermektedir.*” (M. J. SHAPIRO, “*Savaş Suçları*”, İstanbul, 2019, s. 88.)

⁸⁰¹ T. ŞİRİN, “*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – I)*”, Ankara, 2018, s. 197.

⁸⁰² Bu yöndeki gerekçelendirmenin yaygın olarak görülmesinin neticesi olarak “*tutuklama kararlarına yönelik bireysel başvurularda en çok tartışılan ve ileri sürülen iddialardan birisinin de; bu kararların formül (şablon) gerekçelere dayandığı, somut olayın özelliklerini tartışmadığı, her bir şüpheli/sanık için ayrı ve bireysel değerlendirme yapılmadan toptan bir değerlendirme ile karar verildiği*” görülmektedir. (H. SINAR, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*”, 2016, s. 187. Yazar, CMK’da aranan tutuklama kararları dahil tüm hakim kararlarının gerekçeli olması zorunluluğuna rağmen uygulamadaki **matbu gerekçelerle** verilen tutuklama kararlarının önünün alınmadığına işaret etmektedir.) (Y. BALO, “*Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi’nin İmtihani*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015 (3), s. 31-32.)

Bu uygulama, açıkça AİHS’e aykırıdır ve iç hukuk yönünden de “maddenin (CMK m. 100/2 & 100/3) lafzının, kuvvetli suç şüphesi ile tedbirin ölçülülüğü yönünden değerlendirme ve **gerekçe sunma yükümlülüğüne** etki etmediği sadece bunların dışında tutuklama nedenleri ortaya koyma yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı” için doğru değildir. (T. ŞİRİN, “*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı...*”, s. 194.)

şüphelerini⁸⁰³ tespit ederken tek başına kullanılabilecek bir faktör olmadığına^{804,805}; ayrıca kişinin bireysel bir yoklamasının alınarak “karakteri, ahlakı, mesleği, malvarlığı, ailesiyle olan ilişkisi”⁸⁰⁶, daha önce suç işleyip işlemediği⁸⁰⁷, somut olgulara dayanmak kaydıyla⁸⁰⁸ tanıklar üzerinde baskı kurup kuramayacağı⁸⁰⁹ gibi diğer hususlara da dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmektedir.^{810,811}

Bunun yanı sıra TCK m. 309/2 düzenlemesi ile anayasayı ihlal suçu işlenirken başka suçların da işlenmesi halinde ayrıca o suçlar için öngörülen cezalara da hükmolunmaktadır. Ancak Yargıtay’ın bu maddeyi uygulama pratiği

⁸⁰³ Bu hususta Türkiye’de “*kamuoyuna yansıyan birçok önemli davada temel delillerin dinleme kayıtlarından oluştuğu, gizli tanık beyanlarından hareketle tutuklama kararları verildiği düşünüldüğünde, şüpheli ya da sanıkların delilleri karartma ya da tanıklara baskı yapma olasılığının olgularla desteklenmesinin çok güç olacağı*” da haklı olarak ileri sürülmektedir. (T. KATOĞLU, *a.g.e.*, ABD, s. 27.)

⁸⁰⁴ **Letellier v. Fransa**, B. No: 12369/86, 26.06.1991, § 43; **Panchenko v. Rusya**, B. No: 45100/98, 08.02.2005, § 106; **Yağcı ve Sargın v. Türkiye**, B. No: 16419/90 ve 16426/90, 08.06.1995, Series A no. 319-A, § 52; **Patsuria v. Gürcistan**, B. No: 30779/04, 06.11.2007, § 69.

⁸⁰⁵ H. SINAR, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*”, 2016, s. 187.

⁸⁰⁶ **Neumeister v. Avusturya**, B. No: 1936/63, 27.06.1968, Series A no. 8, § 10; **Becciev v. Moldova**, B. No: 9190/03, 04.10.2005, § 58; **Stögmüller v. Avusturya**, B. No: 1602/62, 10.11.1969, § 15; **Erdem v. Almanya**, B. No: 38321/97, 05.10.2001, § 44; **Smirnova v. Rusya**, B. No: 46133/99 & 48183/99, § 60.

⁸⁰⁷ **Matznetter v. Avusturya**, B. No: 2178/64, 10.11.1969, § 9, **Clooth v. Belçika**, B. No: 12718/87, 12.12.1991, § 40.

⁸⁰⁸ **Becciev v. Moldova**, B. No: 9190/03, 04.10.2005, § 59; **Trzaska v. Poland**, B. No: 25792/94, B. No: 11.07.2000, § 65; **Şahin Alpay v. Türkiye**, B. No: 16538/17, 20.06.2018, § 107.

⁸⁰⁹ **Jarzyński v. Polonya**, B. No: 15479/02, 04.10.2005, § 43; **Kozłowski v. Polonya**, B. No: 31575/03, 13.12.2005, § 43; **Krzysztofiak v. Polonya**, B. No: 38018/07, 20.04.2010, § 48; **Saghinadze ve diğerleri v. Gürcistan**, B. No: 18768/05, 27.05.2010, § 137; **Merabishvili v. Gürcistan [BD]**, B. No: 72508/13, 28.10.2017, § 224.

⁸¹⁰ Ö. SEVDİREN, *a.g.e.*, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 306-307; T. ŞİRİN, “*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı...*”, s. 188-190.

⁸¹¹ Nitekim 15 Temmuz olayları sonrasında yapılan tutuklamaların büyük çoğunluğunda şüpheli ve sanıkların kişisel durumu **dikkate alınmaksızın**; anayasayı ihlal suçunun isnadında mevcut durumun karmaşıklığı ve derinliği, suçun nitelik olarak bir terör suçu olması, kanundaki en ağır cezai yaptırımı öngörmesi, katalog suçlar arasında olduğu için tutuklama nedeni olarak sayılması veya adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağı yönünde bir kanaatin oluşması gibi “somut ve bireysel olmayan” gerekçelere dayanılmıştır. Söz konusu gerekçelerin; henüz kesin bir mahkeme kararı verilmeden önce sadece bir koruma tedbiri olarak öngörülen tutuklamaya dayanak olarak gösterilmesi ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini daha kolaylaştıracak nitelikte olup temel hak ve özgürlüklerin korunması anlamında endişe vericidir.

Bu yöndeki kararlar için bkz.: AYM Emre Sakarya başvurusu, B. No: 2018/2743, 19.11.2020, § 44 & § 49; **AYM B.A. başvurusu**, B. No: 2016/40642, 03.07.2019, § 47; **AYM Mehmet Osman Kavala başvurusu [GK]**, §§ 72-73.

Somut gerekçelerin ileri sürüldüğü karar için bkz.: **AYM Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu [GK]**, B. No: 2016/22169, 20.06.2017, § 275.

aksine bir eğilim göstermektedir.⁸¹² Maddenin son fıkrası uyarınca ise bu suçun işlenmesi hakkında özel hukuk tüzel kişileri hakkında TCK m. 60 uyarınca bu kişilere özgü izin iptali ve müsadere güvenlik tedbirleri uygulanması söz konusu olacaktır.⁸¹³

Anayasayı ihlal suçunun yaptırımı ile ilgili olarak bu suçun aynı zamanda TMK m. 3'te tanımlanan bir *terör suçu* olması nedeniyle TMK hükümleri bakımından da incelenmesi gerekmektedir. TMK m. 5'e bakıldığında ilgili kanunun 3. ve 4. maddelerinde tanımlanan suçların işlenmesi halinde bir ceza artırımı öngörülmektedir. Bu maddede hükme bağlanan ceza artırımı şu şekildedir:

“3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.”

Anayasayı ihlal suçu için TCK'da öngörülen cezanın “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” olduğu ve bu cezanın kanunda öngörülen en ağır yaptırım olduğu göz önüne alındığı zaman TMK m. 5'in anayasayı ihlal suçu bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı söylenmektedir.⁸¹⁴

Bunun haricinde öngörülen cezanın infazı ile ilgili olarak ise cezanın infaz süresi ve koşullu salıverme şartlarına ilişkin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunundaki ilgili ifadelerle de değinmek gerekmektedir. CGTİK

⁸¹² O. YAŞAR/ H. T. GÖKCAN/ M. ARTUÇ; *a.g.e.*, C. 6, 2. Baskı, s. 8814.

⁸¹³ A. PARLAR/ M. HATİPOĞLU, *a.g.e.*, C. 4, 2. Baskı, s. 4173.

⁸¹⁴ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 381.

m. 107/16⁸¹⁵ uyarınca “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım...*"Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar"* başlıklı Beşinci Bölüm...altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.” ifadesi bu bağlamda TCK m. 309’u kapsayan hükümlerden biridir. Anılan hükme göre kapsamda yer alan anayasayı ihlal suçunun bir suç örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde öngörülen cezanın koşullu salıverme imkânından yararlandırılmadan çektirilmesi söz konusu olacaktır. Bu da bu suçtan ötürü yargılanıp ceza alan kişinin hayatının sonuna kadar ceza çekerek topluma dönme ihtimalini ortadan kaldıran bir uygulamanın önünü açmaktadır.⁸¹⁶ Ancak kişinin cezasını çekerken cezaevinde göstermiş olduğu davranışlarının bir sonucunun olamayacağını bilmesi ve topluma tekrar geri dönmesine dair umutlarının tüketilmesi eleştirilmektedir.⁸¹⁷ Süresi ne kadar olursa olsun hapis cezasına mahkûm edilen kişinin işlediği suçun tehlikeliliğine rağmen koşullu salıvermeden yararlanabileceğine dair umutlarının bu şekilde yok edilmemesi gerektiğinin altı çizilmektedir.⁸¹⁸

Bu konuda AİHM de ömür boyu hapis cezası alan kişinin, özgürlüğüne kavuşma ihtimalinin tamamen ortadan kaldırılarak cezasının infaz edilmesini AİHS m. 3’ün (işkence yasağı) ihlali olarak değerlendirmektedir. Bunun nedeni ise kişinin özgürlüğüne kavuşma umudunun ortadan kaldırılmasının hem infaz hukukunun mahkûmu yeniden sosyalleştirme prensiplerine uygun olmamasına hem de mahkûmun ruh sağlığını olumsuz etkileyebilme ihtimalinin olmasına yol açmasından kaynaklanmaktadır.⁸¹⁹ AİHM, “müebbet hapse (veya ağırlaştırılmış müebbet) mahkûm olan bir kişinin bir gün serbest kalma umudu taşımaksızın ölünceye kadar özgürlüğünden mahrum bırakılmasının AİHS m. 3 ile

⁸¹⁵ “Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 108 inci maddesi hükümleri uygulanır.” şeklindeki TMK m. 17/1 uyarınca da yapılan atfın kapsamında TCK m. 309’un yararlanabileceği koşullu salıverme imkanı bulunmamaktadır.

⁸¹⁶ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 382.

⁸¹⁷ N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 667; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 738; K. İÇEL, *a.g.e.*, 6. Bası, s. 610-611; T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 699.

⁸¹⁸ İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 738.

⁸¹⁹ T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 699.

bağdaşmayarak insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele teşkil edeceğini^{820,821} çünkü AİHS m. 3'e göre kişinin aldığı cezanın hem *de facto* (fiilen) hem de *de jure* (kanunen) azaltılabilir nitelikte olması gerektiğini⁸²² ifade etmektedir. AİHM'in yanı sıra sözleşmeye taraf ülkelerin anayasa mahkemelerinden⁸²³ de Almanya Federal Anayasa Mahkemesi⁸²⁴ ve İtalyan Anayasa Mahkemesi⁸²⁵ önüne gelen yargılamalarda "müebbet hapis cezasının Anayasa ile uyumlu olmadığını ve bu nedenle mahkûm edilen kişinin cezasının makul bir süre çektirilmesinden sonra koşullu salıverilmesinin bir lütuf olarak değil de yasal bir imkân olarak mümkün olması gerektiğini çünkü mahkûmu topluma kazandırma olgusunun, müebbet hapis cezasının verildiği durumlar da dâhil olmak üzere, hapis cezası verilmesinin olmazsa olmazı (*sine qua non*) olarak değerlendirildiğini" vurgulamıştır.⁸²⁶ Almanya Federal Anayasa Mahkemesi ayrıca bu yönde bir yasal imkânın eksikliğinin yasa koyucu tarafından makul bir süre içinde tamamlanması gerektiğini⁸²⁷ ve ancak yasa koyucu bu hususta tatminkâr bir yasama işlemi

⁸²⁰ **Kotälla v. Hollanda**, Komisyon Kararı, B. No: 7994/77, 06.05.1978, s. 239-240; **Einhorn v. Fransa**, B. No: 71555/01, 16.10.2001, § 27; **Sawoniuk v. Birleşik Krallık**, B. No: 63716/00, 29.05.2001; **Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık**, B. No: 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 09.07.2013, § 122; **Öcalan v. Türkiye (2)**, B. No: 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07, 18.03.2014, §§ 212-213.

⁸²¹ "Dolayısıyla taraf devletlerin, müebbet hapis cezasına veya uzun süreli hapis cezasına, yani toplamda en az beş yıl süreli bir veya birden fazla hapis cezasına mahkûm edilmiş kişiler hakkında, güncel risklerin ve ihtiyaçların genel bir değerlendirmesini de içeren, cezanın infazında kişiselleştirilmiş bir plan öngörmek bakımından Sözleşmenin 3. maddesine dayanan pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır." (**Öcalan v. Türkiye (2)**, s. 83, Yargıç Pinto De Albuquerque'nin Kısmi Muhalefet Şerhi)

⁸²² **Nivette v. Fransa**, B. No: 44190/98, 03.07.2001; **Stanford v. Birleşik Krallık**, B. No: 73299/01, 12.12.2002; **Wynne v. Birleşik Krallık**, B. No: 67385/01, 22.05.2003; **Kafkaris v. Kıbrıs [BD]**, B. No: 21906/04, 12.02.2008, §§ 95-98; **Iorgov v. Bulgaristan (2)**, B. No: 36295/02, 02.10.2010, § 50; **Harkins ve Edwards v. Birleşik Krallık**, B. No: 9146/07 ve 32650/07, 17.01.2012, §138; **Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık**, § 108.

⁸²³ Fransız Anayasa Mahkemesi'nin 93-334 No.lu ve 20 Ocak 1994 tarihli kararı. **Bu bilgi için bkz.: Öcalan v. Türkiye (2)**, s. 83, dipnot 7.

⁸²⁴ 21 Haziran 1977 tarihli yargılama (EuGRZ 77, s. 267 vd.) **Bu bilgi için bkz.: Kotälla v. Hollanda**, Komisyon Kararı, s. 240.

⁸²⁵ 7 Kasım 1974 tarihli yargılama (Raccolta ufficiale delle sentenze e ordinanze .delle Corte Costituzionale, 1974 (42) s. 353/ EuGRZ 77, s. 294-295) **Bu bilgi için bkz.: Kotälla v. Hollanda**, Komisyon Kararı, s. 240.

27 Eylül 1987 (No. 274) tarihli yargılama. **Bu bilgi için bkz.: Öcalan v. Türkiye (2)**, s. 83, dipnot 7.

⁸²⁶ **Kotälla v. Hollanda**, Komisyon Kararı, s. 240.

⁸²⁷ AYM ise 1990 tarihli bir kararında "Yasa koyucunun şartla salıverme koşullarını örneğin yararlanma sürelerini, kimi suçlardan mahkûmların bundan yararlanıp yararlanamayacağını ya da farklı biçimde yararlanabileceklerini zaman içerisinde toplumun gelişmesine göre serbestçe

yapmazsa Mahkemenin devreye girebileceğini de ifade etmiştir. Bunun dışında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, 2010 tarihli başka bir kararında⁸²⁸ da Türkiye’ye iadesi istenen başvuru hakkında iade edildiği takdirde başvurunun kendisine isnat edilen TCK m. 314 ve m. 302 kapsamında öngörülen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılma ihtimalinin olması sebebiyle başvurunun bu durumda Türk hukukuna göre koşullu salıverme imkânının olmayacağını gözeterek bu hususu bir iade engeli olarak ele almıştır.⁸²⁹ Mahkeme, içtihadına göre “insan onuruna uygun ceza infaz koşulları oluşturulmanın ön koşullarından biri, müebbet hapis cezasına çarptırılanların ilkesel olarak tekrar özgürlükten yararlanma imkanına sahip olmaları olup buna göre müebbet hapis cezasında, kişinin kişisel gelişimine bakılmaksızın özgürlüğünü yeniden kazanma ümidini yitirmesinin insan onuru ile bağdaşmayacağını” kaydetmiştir.⁸³⁰ Ayrıca “bir cezanın özgürlüğe bir daha kavuşma ümidi fiiliyatta olmayacak bir şekilde ölüme kadar uygulanmasının acımasız ve aşağılayıcı olduğunu” da belirten Mahkeme, “hukuk sistemindeki büyük bir aksaklıktan veya tutuklunun ölümcül bir hastalık nedeniyle ölümüne kadar infazından vazgeçilmesi halinde dahi anayasal ilkelerin ihlal edildiğini çünkü özgürlüğüne yeniden kavuşma beklentisi belirsiz olan mahkûma sadece “özel affı” ümit ettirmekten başka bir imkân tanınmadığına” da değinerek başvurunun iade edilmesine ilişkin talebin kabulünü Alman Anayasasına uygun bulmamıştır.⁸³¹

Koşullu salıverme ile ilgili uluslararası yaklaşıma bakıldığında kişinin cezasını çekerken bir gün serbest kalmasına değil bir gün serbest kalacağı

takdir edebileceklerini” ifade ederek bazı suçların faillerinin koşullu salıvermeden yararlanamamasını, verilen cezaya göre koşullu salıvermeden yararlanma şartlarının farklılık göstermesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. (AYM, 19.07.1990, E. 1989/35, K. 1990/22 – 21.03.1991 tarihli 20821 sayılı R. G., s. 24.)

⁸²⁸ Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 16.01.2010 tarihli yargılaması, BVerfG, 16.01.2010, 2 BvR 2299/09.

⁸²⁹ İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 738, dipnot 161.

⁸³⁰ İ. Y. BAYRAKTARLI, “Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Şikayeti Konulu 2 BvR 2299/09 No’lu Kararının Tercümesi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021 (3), s. 42.

⁸³¹ İ. Y. BAYRAKTARLI, *a.g.e.*, s. 43-44; İ. ÖZGENÇ, “Genel Hükümler”, 11. Bası, s. 738, dipnot 161; *Vinter ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, § 71.

umuduyla cezasını çekmesine yönelik bir tutum olduğu görülmektedir.⁸³² Ancak bu umudun kişinin elinden alınarak bir infaz şeklinin benimsenmesi üstelik bu durumun *sadece devlete karşı işlenen fiillere yönelik olması* da çağdaş ceza hukukuna aykırı bir anlayışın devam ettiğinin bir göstergesi olup haklı olarak eleştirilmektedir.⁸³³ Kanun, devlete karşı işlenen fiillerde “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” gibi ağır bir yaptırıma başvururken bu yaptırımın öngörüldüğü diğer suçlardan farklı olarak suçun işlendiğinin kabul edilmesi için bir ölüm sonucunun gerçekleşmesini dahi aramamaktadır ki bu da kanun koyucunun “birey”dense daha çok “devlet” kavramına atfettiği kutsallığı somutlaştıran talihsiz durumlardan biridir.

Oysaki karşılaştırmalı hukuka bakıldığında İtalyan Ceza Kanunu m. 283 uyarınca anayasal düzene karşı işlenen fiiller beş yıldan az olmamak suretiyle ceza yaptırımına bağlanmıştır. Ancak devlet organlarına karşı silahlı ayaklanma şeklindeki fiillerin cezası müebbet hapis olarak ifade edilmektedir.⁸³⁴ İsviçre Ceza Kanununda da benzer olarak beş yıl veya daha fazla bir hapis cezası öngörülmüş olup ayrıca yaptırımın para cezası şeklinde de tezahür edebileceği hüküm altına alınmıştır.⁸³⁵ Bu yaptırımların, suçun propaganda şeklinde ortaya çıkması halinde ise daha az olduğu gözlemlenmektedir. Rus ceza hukukunda söz konusu suç 12 ile 20 arasında takdir edilecek hapis cezası şeklinde yaptırıma bağlamıştır. Fransız Ceza Kanunu ise TCK ile nispeten daha benzer bir yaptırım modeli benimseyerek 30 sene süreli ağır hapis cezası öngörmekte olup suçun faillerinin kamu gücü kullananlar olması halinde yaptırım ağırlaştırılarak müebbet hapis cezasına hükmedilmektedir. Ancak kanun hapis cezasının yanında ayrıca yüklü miktarda para cezasını da yaptırıma bağlamıştır ki bu miktar kamu gücünü kullanmayan failler için 450 bin avro iken kamu gücünü kullananlar bakımından 750 bin avrodur. Alman Ceza Kanununa bakıldığında ise m. 81 uyarınca anayasal düzeni yıkmaya yönelik eylemlerde bulunana faillere on yıldan az olmamak suretiyle ancak eylemin şiddetine göre müebbet hapse kadar uzanabilecek bir hapis cezası

⁸³² T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 699.

⁸³³ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 383.

⁸³⁴ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 383, dipnot 212.

⁸³⁵ K. E. YAŞAR, *a.g.e.*, s. 190, dipnot 4.

öngörüldüğü göze çarpmaktadır.⁸³⁶ Türk Ceza Kanununda da anayasayı ihlal suçu için öngörülen ceza yaptırımının ağırlaştırılmış müebbet hapisten müebbet hapse indirilmesi TCK m. 62 uyarınca “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar*” göz önüne alınarak indirim nedenlerinin oluştuğunun hâkim tarafından takdir edilmesi halinde mümkündür. Dolayısıyla bu durumda CGTİK m. 107/4 dikkate alınmak kaydıyla kişinin koşullu salıvermeden yararlanabilme imkânı doğmaktadır. Ancak kanunun öngördüğü bu imkânın siyasi bir suç olan anayasayı ihlal suçuna ilişkin yargılamalarda ne derece dikkate alındığının veya kullanıldığının mahkemelerin uygulama pratikleri göz önünde bulundurulduğunda şüpheli olduğunu da söylemek gerekmektedir.

3.3. SUÇTA ZAMANAŞIMI

3.3.1. Dava Zamanaşımı

Dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir zamanın geçmesi halinde o suçtan dolayı dava açılmasını veya açılmış olan davaya devam edilmesini engelleyen ve TCK m. 66’da düzenlenen bir kurumdur.⁸³⁷ Dava zamanaşımı ile birlikte devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kalktığı kabul edilmektedir.⁸³⁸ TCK m. 66/6 uyarınca “*Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden...itibaren işlemeye başlar.*” Anayasayı ihlal suçu da bir teşebbüs suçu olup suçun cezalandırılması için kanunda öngörülen sonuçlardan birinin ortaya çıkması gerekmekte ve beklenmemektedir. TCK m. 35 uyarınca suçun teşebbüs halinin ortaya çıkmasına ilişkin prensiplerden yararlanılarak bu

⁸³⁶ F. YENİSEY/ G. PLAGEMANN, *a.g.e.*, 2009, s. 138.

⁸³⁷ T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 733; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 11. Bası, s. 882-883; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 686; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 766; K. İÇEL, *a.g.e.*, 6. Bası, s. 671.

⁸³⁸ F. G. TANER, “*Ceza Hukukunda Zamanaşımı*”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007, s. 54.

suçun oluşması yorumlanmaktadır. Bu bağlamda anayasayı ihlal etmeye elverişli icra hareketlerine başlanıldığı anda TCK m. 309 anlamında suçun oluştuğu kaydedilmektedir. Bu suç bakımından dava zamanaşımının ne zaman başladığını hesaplayabilmek için ise “*teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden*” ifadesinden yola çıkarak **anayasal düzene yönelik elverişli icra hareketlerinin fiilen sona erdiği anda** -netice ortaya çıkmadığı takdirde- dava zamanaşımının da işlemeye başlayacağı belirtilmektedir.⁸³⁹ Buna karşılık eğer icra hareketleri sonucunda kanunda öngörülen neticelerden herhangi biri bile meydana gelirse dava zamanaşımının ne zaman başladığını belirleyebilmek için suçun temadiliğini incelemek gerekecektir.

Daha önceki bölümlerde de ifade edildiği gibi anayasayı ihlal suçunu ne tam mütemadi ne de tam ani suç olarak değerlendirmek mümkün olmamaktadır. Somut olayın koşullarına göre bu suç bazen mütemadi özellikte olup bazen ise aniden bitebilen bir suç olarak karşımıza çıkabilmektedir. Eğer temadilik özellik gösteren koşullar varsa dava zamanaşımı kesintinin gerçekleştiği gün işleyecektir. Yani anayasal düzenin cebir ve şiddet kullanılarak ortadan kaldırılmasına, değiştirilmesine veya fiilen uygulanmasının önüne geçilmesine teşebbüs edilmesinde zamana yayılan cebir ve şiddet içeren icra hareketlerinin bir bütün oluşturduğu kabul edildiği için en son gerçekleşen cebri hareketin ortadan kalktığı zamana göre dava zamanaşımı başlayacaktır.⁸⁴⁰ Eğer anayasayı ihlal suçu temadi göstermeyen koşullar altında gerçekleşirse anayasayı ihale elverişli icra hareket(ler)i tamamlandığı tarihte dava zamanaşımının başladığı söylenecektir. Ancak her iki ihtimalde de kanunda öngörülen sonuçlardan birinin gerçekleşmiş olması halinde cebir içeren hareketlerin, kanunda öngörülen sonucun devamlılığını sağlamak ve yeni cebri düzeni oturtabilmek amacıyla devam etmesi süresince dava zamanaşımı süresi işlemeyecektir.⁸⁴¹ Bunun haricinde ise anayasayı ihlal suçunun yurtdışında işlenmesi halinde TCK m. 66/7 uyarınca bu suç, dava zamanaşımına tabi olmayacaktır.

⁸³⁹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 378.

⁸⁴⁰ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 380.

⁸⁴¹ N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 379.

3.3.2. Ceza Zamanaşımı

Ceza zamanaşımı, kesinleşmiş mahkûmiyet kararının verilmesinden itibaren hükmedilen cezanın kanunda öngörülen sürenin geçmesi sonucunda hala çektirilememesi nedeniyle infazının artık mümkün olmaması durumudur.⁸⁴² Ancak kesinleşmiş bir hükmün varlığına rağmen devletin cezalandırma hakkının bir süre sonra ortadan kalktığına kabul edilmesi oldukça eleştirilmekte ve bu kurumun, hem suçluları kaçmaya teşvik edip hem de cezaların kesinliği hususunda toplumun inancını sarsarak aslında ceza adaleti bakımından olumsuz sonuçları ortaya çıkarabileceği ifade edilmektedir.⁸⁴³ TCK m. 68/3 uyarınca “*Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz.*” Anayasayı ihlal suçu da ilgili kısmın Beşinci Bölümünde yer alan suçlardan biri olup bu hüküm uyarınca yurt dışında işlenmesi halinde ceza zamanaşımının işlemeyeceği bir suç olarak kabul edilmektedir.⁸⁴⁴

⁸⁴² T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 750; İ. ÖZGENÇ, “*Genel Hükümler*”, 11. Bası, s. 891; M. KOCA/ İ. ÜZÜLMEZ, *a.g.e.*, 9. Baskı, s. 705; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 777; K. İÇEL, *a.g.e.*, 6. Bası, s. 679.

⁸⁴³ T. DEMİRBAŞ, *a.g.e.*, 10. Baskı, s. 750; N. CENTEL ve diğerleri, *a.g.e.*, 9. Bası, s. 777-778; F. G. TANER, *a.g.e.*, s. 174.

⁸⁴⁴ Bu hususa istisna olarak ise suç fail(ler)inin 12-15 yaş aralığında olması halinde TCK m. 62 uyarınca uygulanacak olan 1/6 oranında takdiri indirim sonucunda ceza zamanaşımının gündeme geldiği de kaydedilmektedir. (N. K. KARCILIOĞLU, *a.g.e.*, s. 381.)

SONUÇ

Anayasayı ihlal suçu, 5237 sayılı TCK m. 309 uyarınca “Mille ve Devlete Karşı Suçlar” bölüm başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili suçun, karşılaştırmalı hukukta da ya aynı madde başlığı ile düzenlenmiş örneklerine ya da “vatana ihanet” suç tanımı altında düzenlenmiş olduğuna rastlanılmıştır. Anayasayı ihlal suçunun nitelikleri ele alındığında ise ilk göze çarpan özelliğinin suçun “vatana ihanet suçu” olarak sınıflandırılması olmuştur. Bunun yanı sıra hem TMK m. 7 uyarınca terör suçu olmasındaki hem de siyasi suç olarak kabul edilmesindeki çelişkiler de dikkate alınmıştır. Özellikle siyasi suç kavramının yalnızca bir hukuki konu olmaktan ziyade artan siyasi ve ideolojik mücadeleler sürecinin bir yansıması olduğundan bahisle kavramın, hukuktaki varlığının da tartışmaya açık olduğu sonucuna varılmıştır.

Anayasayı ihlal suçunun unsurlarına ilişkin olarak ise öncelikle suçun maddi konusunun salt “Anayasa” değil kanuni tanımda belirtildiği üzere devletin organlarının uygulanan “Anayasada öngörülen düzen” olduğu ve bu tanımın doğası gereği zaten “anayasal düzen”in içinde tanımlanan ilkeleri de kapsadığı düşünülerek “Anayasal düzen ve bu düzenin benimsediği kurallar ve ilkeler” olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla bu noktada “anayasal düzen” kavramını tanımlamak ve kapsamını çizmek gerekmiştir. “Anayasal düzen” kavramından, şekli anlamda anayasadan daha geniş ancak maddi anlamda anayasanın öngördüğü kadar belirsiz ve sınırsız olmayan bir kurallar ve ilkeler bütünü anlaşılmaması tanımlanan suç normunun amacına daha iyi hizmet edecektir. Anayasal düzenin çerçevesinin sınırı ise devletin korunmak istenen temel ilkelerini belirleyen değiştirilemeyen anayasal hükümler olarak çizilmiştir ki bu sınıra Anayasanın “sonsuzluk güvencesi” kapsamında olan ve değiştirilemeyen ilk 3 maddesi ve ayrıca bu amaca hizmet edebilmesi adına yasağın koyulduğu norm olan 4. maddesi dahil edilmiştir. Anayasal düzen kapsamına anayasal organlar olan cumhurbaşkanının ve Anayasa Mahkemesinin de alınması yönünde ise cumhurbaşkanlığının hukuksal varlığına ilişkin korumanın başka bir ceza normunda zaten sağlanmış olması sebebiyle cumhurbaşkanının dahil olamayacağı

ancak Anayasa Mahkemesinin görev ve işlevi dolayısıyla anayasal düzenin devamlılığının sağlanması açısından kapsamda olmasının gerektiği şeklinde bir kanaate varılmıştır.

Suçun hukuki konusu olarak ihlal edilen menfaat dikkate alındığından bu hususun, anayasanın öngördüğü düzenin sağlanmasının gerektirdiği kamu menfaati olarak ele alınması uygun bulunmuştur. Böylece “suçun konusu”na ilişkin terimsel karmaşıklığa açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Anayasayı ihlal suçunun, özgü suç niteliğinde olmadığı için belli bir ayırım olmaksızın herkes tarafından işlenebildiği ve sonucunda da demokratik topluma mensup her bir bireyin, bu suçun mağduru olabileceği tespit edilmiştir.

Anayasayı ihlal suçunun diğer tipik unsurları incelendiğinde göze çarpan öğelerden birinin “cebir ve şiddet kullanılarak” ifadesi olduğu görülmüştür. 765 sayılı TCK döneminde yalnızca “cebren” ifadesinin kullanılmasından ötürü “manevi cebir” olan “tehdidin” de suçu oluşturabileceği doktrinde ve yargı kararlarında baskın bir kabul görmüştür. Bu kabulün yansımaları, Yassıada yargılamaları başta olmak üzere birçok yargılamada suçun kapsamını çok genişlettiğinden ötürü suç fiilini tespit etme konusunda bir belirsizliğin mevcudiyetinde kendini göstermiştir. Yeni kanunla birlikte “cebir ve şiddet” ifadesinin kullanımı ile suç bakımından sadece maddi cebrin aranmasının öngörülmesi istenilse de “cebir” ifadesinin “manevi cebri” de içerebileceğine dair iddialar bazı yazarlarca varlığını korumuştur. Ancak bu şekilde bir kabul, maddedeki “şiddet” vurgusunun yok sayılmasına neden olacağından mümkün değildir.

İlgili maddede irdelenmesi önemli görülen bir diğer unsur ise suç fiillerine ilişkin olup suçun oluşumu için en azından icra hareketlerine başlanmış olması şartının arandığının altı çizilmiştir. Bu noktada hazırlık hareketlerinin suçun işlendiğinin söylenmesi için yeterli olmadığı bu hareketlerin istisnai olarak TCK m. 314-316 uyarınca ayrıca cezalandırıldığı dolayısıyla başka bir suça vücut verdiği belirtilmiştir. Ancak bu ayırımın uygulamada layığıyla yapıldığına ilişkin tereddütler bulunmaktadır. Özellikle son dönemde Gezi Parkı davasına, FETÖ

davalarına, Balyoz davalarına ilişkin tartışmalar ve gözlemlenen yargılama süreçleri de bu tereddütleri haklı çıkarır niteliktedir.

Kanuni tanımında belirtilen anayasal düzenin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya fiilen uygulanmasının engellenmesi ifadeleri suçun neticelerini göstermektedir. Anayasayı ihlal suçunun bir teşebbüs suçu olmasının, teşebbüs halinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının; bu suçun neticesiz olduğunu göstermediği ancak neticenin gerçekleşmesi halinde yeni kurulan hukuk düzenince cezalandırılabilir olmadığı kanaatine varılmıştır.

Suç, kast ile işlenebildiğinin üzerinde hemfikir olduğu bir manevi unsura sahiptir. Ancak anayasal düzenin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya fiilen uygulanmasının engellenmesi amacının manevi unsur boyutundaki yerine ilişkin çeşitli tartışmalara yer verilmiştir ve bunun sonucunda da bu amacın ayrı bir manevi unsur olarak değil kastın içinde eriyerek özel kastı oluşturduğu görüşü daha makul bulunmuştur. Kastı ortadan kaldıran hatanın bu suç bakımından kabulü hususunda da tartışmalar mevcuttur ve mümkün olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinden olan amirin emri konusu ile ele alındığında astın aldığı hukuka aykırı emri uygulaması hali değerlendirilirken astın içinde bulunduğu ortamın ve durumun şartlarının da göz önünde tutulması gerekmektedir. Nitekim 15 Temmuz olaylarında askeri öğrencilerin yargılanmasında kanunun gerçek anlamda vuku bulması buna bağlıdır. Bu noktada hukuka aykırılık tartışması da yapılmış ancak hukuka aykırılık bir unsur olarak değil zaten suçun karakteri, özü olarak nitelendirilmiş ve hukuka uygunluk nedenleri açıklanmıştır. Bazı hususların hukuka uygunluk nedeni bile olmayıp suç fiilini başından itibaren oluşturmadığına değinilmiştir.

Anayasayı ihlal suçunun özel görünümleri incelendiğinde ise bir teşebbüs suçu olarak bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı, özel iştirak hükmü öngörülmediği için kanundaki genel iştirak hükümlerinin uygulanması gerektiği ve m. 309/2 uyarınca gerçek içtima halinin öngörüldüğü ancak uygulamada bu yönde kararların çok verilmediği görülmüştür. Suçun “ağırlaştırılmış müebbet hapis” cezası ile yaptırıma bağlanmasının ve CGTİK m. 107/6 uyarınca koşullu salıverme hali için uygun olmamasının da AİHM içtihatları çerçevesinde “kişinin

bir gün serbest kalacağı umudu olmaksızın cezasının çektirilmesinin” insan onuruna ve işkence yasağına aykırı bir uygulama olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zamanaşımı ile ilgili olarak ise dava zamanaşımının, bir teşebbüs suçu olmasından ötürü anayasayı ihlale elverişli icra hareketlerinin sonlandığı anda başlayacağı eğer hareketler sonucunda kanunda öngörülen sonuçlardan biri oluşmuşsa da somut olayın özelliklerine göre suçun temadiliğine karar verilerek dava zamanaşımının başlamasına karar verileceği görülmüştür. Bu suçla ilgili olarak ceza zamanaşımının ise işlemeyeceği kaydedilmiştir.

Son olarak, çalışma sonucunda anayasayı ihlal olarak değerlendirilemeyecek hususların da bu suç kapsamında değerlendirilme ihtimalinin yüksek olduğu ve temel hak ve özgürlüklere de meşru olmayan müdahalelerde bulunulduğu sonucuna varılmıştır. Anayasayı ihlal suçunun politik yapısının ve devletin varlığına ilişkin koruduğu en önemli değerlerinden olan anayasal düzene yönelik ciddi bir tehdit içermesinin; yargılamalarda düşman ceza hukukunun uygulanmasını daha cezbettiğini üzümlere belirtmek gerekmektedir. Her yıl TBB İnsan Hakları Merkezince ve de ayrıca Avrupa Birliği Komisyonunca ülkesel bazda yayımlanan raporlarda insan haklarına ilişkin olarak son dönemlerde Türkiye’de vatandaşlara tanınan temel hakların, kağıt üstünde kalıp yok sayılarak kullanılamaz hale getirildiğinin altı çizilmekte hatta “kağıttan haklar” ifadesi kullanılmaktadır. Bunda da siyasi iktidarın, otoriter yönetim anlayışının ciddi bir etkisi vardır. Devletin mutlaklığı ve devamlılığı açısından tabii olarak her ihtimal düşünülerek; ceza hukukuna, son çare olarak başvurulması halinde devlete yönelik belirli eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Bu, devletin haklı olarak kendini korumaya alma çabasıdır. Ancak devlet kendini korumaya çalışırken vatandaşlarını da aynı özende korumaya çabalamazsa akıllara şu soru gelebilir: “Belki de devlet tanımının bireyden daha fazla korunmaya ihtiyacı yoktur?” Hayrettin Ökçesiz’in şu sözleri bu noktada unutulmaması gereken hususları çok güzel bir şekilde özetlemektedir:

“Bir düşman ceza hukukunun yasalarla insanı kişi olmaktan çıkararak bir av hayvanına dönüştürmesine izin veremeyiz. Bu tehdidi çocuklarımıza bir hukuk mirası olarak bırakamayız. Demokratik ceza

hukuku tasarımı, temel hakların ve özgürlüklerin tüm insanlarca doyasıya yaşanabileceğı bir hukuk düzeninin tanımlayıcı kavramı olarak benimsemek zorundayız.”

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER

AB Komisyonu. (2018). *AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi Ekindeki 2018 Türkiye Raporu*. Strazburg: AB.

AB Komisyonu. (2019). *AB Genişleme Politikasına İlişkin 2019 Bilgilendirmesi Ekindeki 2019 Türkiye Raporu*. Brüksel: AB.

Acar, B. H. (2014). *Kurucu İktidarı Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma)*. Ankara: US-A Yayıncılık.

Akdağ Yüksel, H. (2018). TCK'da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler. *Doktora Tezi* . Ankara.

Akgül, M. E. (2012). İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 61 (1), 1-42.

Alacakaptan, U. *İşlenemez Suç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Alacakaptan, U. (2001). Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu. *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı* (s. 500-512). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.

Alacakaptan, U. (1970). *Suçun Unsurları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Alacakaptan, U. (1975). *Suçun Unsurları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Albert, R., & Oder, B. E. (2018). The Forms of Unamendability. (R. Albert, & B. E. Oder, Dü) *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* , 68.

Aliefendioğlu, Y. (2009). Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Yokluk" ya da "Yok İşlem". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (81), 211-224.

- Arsel, İ. (1955). Türk Anayasasının Umumi Esasları Kısım I: Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 12 (1), 20-96.
- Arslan, U. (2021). Vatana İhanet Kavramı ve Suçu. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 4 (1), 47-84.
- Artuk, M. E. (2008). Güvenlik Tedbirleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , XII (1-2), 461-492.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., & Alşahin, M. E. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., & Yenidünya, A. C. (2015). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, D. (2006). Suça Teşebbüs. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 55 (1), 85-113.
- Aydın, D. (2006). Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi. *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi* , 2 (7), 1-20.
- Aygün Eşitli, E. (2016). Anayasayı İhlal Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 1689-1724.
- Bakıcı, S. (1992). Tehdit Suçu ve Unsurları. *Ankara Barosu Dergisi* (5), 717-727.
- Balo, Y. (2015). Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihani. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* , 3 (1), 1-57.
- Baltacı, V. (2007). *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Bayındır, S. (2019). İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 21 (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan Özel Sayı), 157-195.
- Bayraklı, H. H., & Bozdağ, A. (2010). Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi. *Maliye Dergisi* (158), 15-34.
- Bayraktar, K. (1982). *Siyasal Suç*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Bayraktarlı, İ. Y. (2021). Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Konulu 2 BvR 2299/09 No'lu Kararının Tercümesi. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 3 (1), 31-48.

Bell, J., Boyron, S., & Whittaker, S. (2008). *Principles of French Law* (2. Edition b.). New York: Oxford University Press.

Bielefeldt, H. (2003). The Right to Resist. W. Heitmeyer, & J. Hagan içinde, *International Handbook of Violence Research* (1 b., s. 1097-1111). Springer, Dordrecht.

Bleiker, R. (2002). Rawls and the Limits of Civil Disobedience. *Social Alternatives* , 21 (2), 37-40.

Bodur, N., & Özkul, E. (2020). *Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları* (5. Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Boz, B. (2020). Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü Ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 2 (1), 131-186.

Bufacchi, V. (2005). Two Concepts of Violence. *University College Cork Political Studies Review* , 3, 193-204.

Centel, N. (2011). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* , 17 (1-2), 49-93.

Centel, N., & Zafer, H. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Bası b.). İstanbul: Beta Yayınları.

Centel, N., Zafer, H., & Çakmut, Ö. (2016). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta.

Cornell Law School. (n.d.). *18 U.S. Code § 2381 - Treason*. Retrieved July 17, 2021, from Legal Information Institute: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2381>

Çimen, E. (1996). Terör Suçlarının Yargılanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve İfade Özgürlüğü. *Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele* (s. 219-236). içinde İstanbul: Umut Vakfı Yayınları.

Çolak, H. (1998). Siyasal Suçluların 3005 Sayılı Kanuna Göre Yargılanabilmeleri Sorunu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2), 581-593.

Çolak, H. (1998). Siyasal Suçluların 3005 Sayılı Kanuna Göre Yargılanabilmeleri Sorunu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2), 581-593.

Daragenli, V. S. (1998). Tehlike Suçları. *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul.

Değirmenci, O. (2012). Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3 (10), 455-484.

Demirbaş, T. (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayınları.

Demirbaş, T. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Demirel, H. (1950). Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), 116-121.

Dinler, V. (2016). Anayasal Suç Ne(değil)dir? *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 1545-1575.

Dönmezer, S. (1944). Tehlikeli Hal Meselesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 10 (1-2), 179-187.

Dönmezer, S. (1985). Teröristlerin Rehabilitasyonu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 51 (1-4), 3-21.

Dönmezer, S. (1942). Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 8 (3-4), 433-456.

Dönmezer, S., & Erman, S. (1965). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım* (3. Bası b., Cilt 1). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Dönmezer, S., & Erman, S. (1971). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım* (5. Bası b., Cilt II). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Erem, F. (1990). Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı. *Yargıtay Dergisi*, 16 (1-2), 94-97.

Erem, F. (1990). Ceza Hukukunda "Hakkın Kullanılması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 41 (1), 5-17.

Erem, F. (1988). İşkence. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2), 197-207.

Erem, F. (1968). Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11-33.

- Erem, F. (1993). *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler* (Cilt 2). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Erman, B. (2010). Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 1 (1), 679-701.
- Eser, A., & Yenisey, (. F. (1989). Son Yüzyıl İçinde Almanya'daki Ceza Düzenlemeleri, Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler . *Yargıtay Dergisi* , 15, 12-36.
- Eşitli, E. A. (2016). *Kalkışma Suçları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- EU Commission. (2020). *2020 Communication on EU Enlargement Policy Accompanying Turkey 2020 Report*. Brussels: EU.
- Evik, V. S. (2006). Silahlı Örgütlenme Suçu. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (1), 101-133.
- Evik, V. S. (2013). Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* , 19 (2), 667-697.
- Feyzioğlu, M. (2002). Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler. *Ankara Barosu Dergisi* (4), 13-35.
- Finlay, C. J. (2015). Justice, Oppression, and The Right To Resist. C. J. Finlay içinde, *Terrorism and the Right to Resist: A Theory of Just Revolutionary War* (s. 19-54). Cambridge University Press.
- Ginsburg, T., Lansberg-Rodriguez, D., & Versteeg, M. (2013). When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions. *UCLA Law Review* , 60, 1184-1260.
- Gödekli, M. (2020). Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü. *Doktora Tezi* . Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Gören, Z. (2011). *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gören, Z. (8(16) 2009). Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* , 1-15.
- Gözler, K. (2012). Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayırımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi? E. Göztepe, & A. Ç. (editörler) içinde, *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler* (s. 45-61). İstanbul: Metis Yayınları.

Göztepe Çelebi, E. (2016). Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı. *Anayasa Yargısı* , 32 (1), 93-118.

Gözübüyük, A. P. (1989). *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi* (5. Bası b., Cilt 2). İstanbul: Kazancı Yayınları.

Gülfidan, O. S. (2007). AİHM İçtihatları ve Demokratik Toplum Gerekleri Karşısında 5532 Sayılı Kanunla Değişik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 1, 258-327.

Güveyi, Ü. (2019). Ulus Devlet ile Vatandaşlık İlişkisi Paradoksu ve Anayasal Düzlemdeki Negatif Etkileri. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* , 4 (2), 137-168.

Hafızoğulları, Z. (2001/2). Anayasanın 4. maddesinin Değiştirilemezliği, 1., 2., 3. maddelerinin Anlamı, Kapsamı ve Sınırları Meselesi . *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 453-478.

Hafızoğulları, Z. (2015). Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu. *Başken Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 483-502.

Hafızoğulları, Z. (1991). Emniyet Tedbirleri. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* , 46 (3), 45-58.

Hafızoğulları, Z., & Kurşun, G. (2007). Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (71), 25-80.

Hafızoğulları, Z., & Özen, M. (2010). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3. Baskı b.). Ankara: U S-A Yayıncılık.

Hafızoğulları, Z., & Özen, M. (2012). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı b.). Ankara: U S-A Yayıncılık.

Hakeri, H. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı b.). Ankara: Adalet Yayınevi.

Hakeri, H. (2007). İhmali Suçlar. *Ceza Hukuku Dergisi* , 2 (4), 137-169.

Harris, F. W. (1987). The Law and Economics of High Treason in England from its Feudal Origin to the Early Seventeenth Century. *Valparaiso University Law Review* , 22 (1), 81-108.

Hassan, Ü. (1971). Siyasi Suç Kavramı. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* , 26 (1), 199-217.

Hurst, W. (1944). Treason in the United States? I. Treason down to the Constitution. *Harvard Law Review* , 58 (2), 226-272.

İçel, K. (2014). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.

İçel, K. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık.

İçel, K. (1964). Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir İnceleme. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* , 30 (3-4), 692-721.

İçel, K., Sokullu-Akıncı, F., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoglu, F. S., & Ünver, Y. (2004). *Suç Teorisi* (3. Bası b.). İstanbul: Beta Yayınları.

İçel, K., Ünver, Y., & Hakeri, H. (2011). *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları* (7. Bası b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.

İnceoğlu, S. (2010). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk. *Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı* (s. 83-129). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.

International Commission of Jurists. (1959). *The Rule of Law in a Free Society* . Hague: Trio Printers.

İtişgen Dülger, R. (2017). Parlamenter Sistemde Devlet Başkanının Cezai Mesuliyeti. *Doktora Tezi* . Marmara Üniversitesi.

İtişgen Dülger, R. (2017). Vatana İhanet Suçunun Kökenleri Üzerine Bir İnceleme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* , 23 (2), 103-142.

Jescheck, H.-H. (2007). *Alman Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınları.

Kahraman, M., & Şahin, M. (2019). Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi. *Anayasa Yargısı* , 36 (2), 37-61.

Kanbur, M. N. (2012). Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler. *Ceza Hukuku Dergisi* , 7 (18), 31-74.

Karan, U. (2018). *İfade Özgürlüğü (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2)*. Ankara: Avrupa Konseyi.

Karcıoğlu, N. K. (2016, 7 22). Anayasayı İhlal Suçu (TCK m.309). *Doktora Tezi* . İstanbul: İstanbul Üniversitesi.

Karcılioğlu, N. K. (2012). Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu (TCK m. 220) ile Korunan Hukuki Menfaat. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , IX (2), 599-616.

Karcılioğlu, N. K. (2011). Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları. *Suç ve Ceza (Ceza Hukuku Dergisi)* (1), 85-132.

Katoğlu, T. (2003). *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Katoğlu, T. (2012). Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 657-693.

Katoğlu, T. (2011). Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi* (4), 17-33.

Kay, R. (2011). Constituent Authority. *The American Journal of Comparative Law* , 59 (3), 715-761.

Keçelioğlu, E. (2010). Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK.'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (87), 299-321.

Keyman, S. (1988). Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 40 (1), 121-171.

Koca, M. (2003). *Yağma Cürümleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Koca, M., & Üzülmmez, İ. (2016). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Koca, M., & Üzülmmez, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Koç, C. (2020 (147)). Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 49-73.

Kunter, N. (1954). *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Küçüktaşdemir, Ö. (2016). Ceza Hukuku Bağlamında Sivil İtaatsizlik Üzerine Bazı Değerlendirmeler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 65 (4), 2195-2239.

- Küçüktaşdemir, Ö. (2011). Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir. *Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Lijphart, A. *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Morreall, J. (1976). The Justifiability of Violent Civil Disobedience. *Canadian Journal of Philosophy*, 6 (1), 35-47.
- Onar, E. (1993). 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu. Ankara.
- Ozansü, M. C. (2007). *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ökçesiz, H. (2001). *Sivil İtaatsizlik* (3. Baskı b.). İstanbul: Ekokitaplığı.
- Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Yayınevi.
- Önder, A. (1963). Müttemadi Suç. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 29 (1-2), 75-120.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., & Tepe, İ. (2016). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Kanbur, M. N., Doğan, K., Bacaksız, P., & Tepe, İ. (2011). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Kanbur, M. N., Doğan, K., Bacaksız, P., & Tepe, İ. (2010). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbudun, E. (2014). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Özbudun, E. (2005). Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyeti ve Farkları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (59), 109-115.
- Özçakar, N., & Limnili, G. (2017). Farklı Boyutlarıyla Şiddet. *Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi*, 9 (2), 55-60.
- Özek, Ç. (1994). "Silahlı Çete - Amaç Suç" İlişkisinde İştirak Sorunları. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 49 (3), 357-378.
- Özek, Ç. (1990). Anayasayı İhlal Suçunda "Hazırlık Hareketleri - İcra Hareketi". *Yargıtay Dergisi*, 98-120.

- Özek, Ç. (1963). Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri (TCK Mad. 168-171). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* , XXIX (3), 597-683.
- Özek, Ç. (1998). Organize Suç. *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan* (s. 195-299). içinde İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Özek, Ç. (1967). *Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*. İstanbul : İstanbul Üniversitesi.
- Özek, Ç. (1991). Terör ve Terörle Mücadele Kanunu. *İstanbul Barosu Dergisi* , 65 (4-5-6).
- Özen, M. (2008). 1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri. *Terazi Hukuk Dergisi* , 3 (17), 23-36.
- Özen, M., Feyzioğlu, M., Katoğlu, T., Güngör, D., Okuyucu Ergün, G., Toroslu, H., et al. (2015). *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya armağan (Cilt-II)*. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Özgenç, İ. (2013). *Balyoz Davası Bilimsel Hukuki Mütalaa*. Hukuki Mütalaa.
- Özgenç, İ. (2020). *Suç Örgütleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2005). *Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi (Genel Hükümler)* (2. Bası b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2015). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2016). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B. (1995). Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'. *Anayasa Yargısı Dergisi* , 12, 59-108.
- Öztürk, B., & Erdem, M. R. (2016). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (16. Baskı b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Packer, H. L. (1962). Offenses Against State. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* , 339, 77-89.
- Parlar, A., & Hatipoğlu, M. (2008). *Türk Ceza Kanunu Yorumu* (2. Baskı b., Cilt 4). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Preuss, L. (1934). International Law and German Legislation on Political Crime. *Transactions of the Grotius Society* , 20, 85-105.
- Radbruch, G. (2006). Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). *Oxford Journal of Legal Studies* , 26 (1), 1-11.
- Raz, J., & Ceylan, Ş. Ş. (62(4) 2013). Kelsen'in Temel Norm Kuralı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 1169-1193.
- Reidy, D. A., & Riker, W. J. (2008). Introduction. D. A. Reidy, & W. J. Riker içinde, *Coercion and the State* (s. 1-17). Springer.
- Reimann, M., & Zekoll, J. (2005). *Introduction to German Law*. Hague: Kluwer Law International.
- Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: AÜ SBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi.
- Savaş, V., & Mollamahmutoğlu, S. (1995). *Türk Ceza Kanununun Yorumu* (Cilt 2). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Schmitt, C. (2016). *Kanunilik ve Meşruiyet*. (M. C. Ozansü, Çev.) İstanbul: İthaki Yayınları.
- Schwarz, W. (1964). The Right of Resistance. *The University of Chicago Press Journals* , 74 (2), 126-134.
- Sevdiren, Ö. (2019). Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İctihadına Eleştirel Bir Yaklaşım. *Anayasa Hukuku Dergisi* , 8 (16), 295-358.
- Shapiro, M. J. (2019). *Savaş Suçları*. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Sharp, G., & Jenkins, B. *The Anti-Coup*. Boston: The Albert Einstein Institution.
- Shchepelkov, V. F. (2015). Underestimation of Social Danger of Deception in the Russian Criminal Law. *Journal of Siberian Federal University Humanities & Social Sciences* , 8 (10), 2107-2115.
- Sınar, H. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Sınar, H. (2000). Siyasal Suç Üzerine bir İnceleme. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* , 58 (1-2), 53-77.
- Soyaslan, D. (1993). Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması – T.C.K.'nın 146. maddesi. *Anayasa Yargısı* , 57-90.

- Soyaslan, D. (2012). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı b.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Soyaslan, D. (2020). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Soysal, M. (1993). *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (10. Baskı b.). İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- Sözüer, A. (1994). *Suçta Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Yayınları.
- Sözüer, A. (1994). Tehdit Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* , 54 (1-4), 124-146.
- Stern, K. (2001). Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar. *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı* (s. 45-56). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Sungur, H. H. (1961). *Anayasayı İhlal Suçları ve TCK 146ncı Maddesi Hükümleri (Sakıt İktidarın Sorumluluğu)*. İstanbul: İstanbul Matbaası.
- Şare, E. (2017). Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (130), 119-156.
- Şen, E. (2013). "Darbe Suçu" İhmali Davranışla İşlenebilir Mi? *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 8 (107-108), 217-222.
- Şirin, T. (2016). 1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak. *Anayasa Hukuku Dergisi* , 5 (10), 475-526.
- Şirin, T. (2018). *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1)*. Ankara: Avrupa Konseyi.
- Taner, F. G. (2007). Ceza Hukukunda Zamanaşımı. *Yüksek Lisans Tezi* . Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Tanör, B. (1990). Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* , 10 (1-2), 165-173.
- Tanör, B., & Yüzbaşıoğlu, N. (2015). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta .
- Tellenbach, S. (1999). Devlete Karşı İşlenen Suçlar. İ. G. Enstitüsü, H. B. Vakfı, M. Ü. Fakültesi, U. o. Law, & Y. Ü. Fakültesi (Dü.), *Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu* içinde (s. 643-649). İstanbul: Umut Vakfı.

- Teziç, E. (2014). *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Toroslu, H. (2013). Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği. *Doktora Tezi* . Ankara: Ankara Üniversitesi .
- Toroslu, N. (1985). Anayasayı İhlal Suçu. *Ankara Barosu Dergisi* , 591-601.
- Toroslu, N. (2018). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Toroslu, N. (2019). *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Toroslu, N. (1977). Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler. *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku karşısında TCK.nun 50 Yılı ve Geleceği* (s. 115-154). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü.
- Toroslu, N. (1991). Terörle Mücadele Kanunu. *İstanbul Barosu Dergisi* , 65 (4-5-6), 390-396.
- Toroslu, N., & Ersoy, Y. (2004). Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı. N. Toroslu, Y. Ersoy, K. Bayraktar, M. E. Artuk, A. R. Çınar, M. T. Yücel, et al., & T. Ergül (Dü.) içinde, *Türk Ceza Kanunu Reformu -II- Makaleler, Görüşler, Raporlar*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Toroslu, N., & Feyzioğlu, M. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı b.). Ankara: Savaş Yayınevi.
- Toroslu, N., & Toroslu, H. (2016). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tuncel Yazgan, A. (2020). Uzman Raporu: Ahmet Altan ve Diğerleri Davası. *Uzman Raporu* . Medya Hukuk ve Çalışmaları Derneği.
- Turhan, M. (2018). Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 203-226.
- Turinay, F. (2012/1). Anayasayı İhlal Suçu Üzerine Bir İnceleme. *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 289-310.
- Turinay, F. (2016). Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (116), 39-84.

- Turinay, F. (2019). Terörle Mücadele Kanunu'na Göre Mutlak ve Nispi Terör Suçları. *İnsan ve İnsan Dergisi* , 6 (20), 337-350.
- Türay, A. (2020). İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 17 (3), 115-154.
- Türay, A. (2016). *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi. (2017). *İnsan Hakları Raporu (2016-2017)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Üzülmez, İ. (2007). *Yeni Türk Ceza Kanununun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Varol, O. O. (2012). The Democratic Coup d'E'tat. *Harvard International Law Journal* , 53 (2), 292-356.
- Yalçın Sancar, T. (2003). Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 52 (1), 89-100.
- Yaşar, K. E. (2014). Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* , 189-234.
- Yaşar, O., Gökcan, H. T., & Artuç, M. (2014). *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (Cilt 6). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yayla, Y. (1983). 1982 Anayasasına Göre Devletin Özü. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* , 4 (1-3), 133-149.
- Yayla, Y. (2001). Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu. *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı* (s. 478-500). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Yenisey, F. (2016). Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama. *Anayasa Yargısı Dergisi* , 32 (1), 213-229.
- Yenisey, F., & Nuhoğlu, A. (2015). Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkındaki Görüşler. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 10 (125-126), 7-28.

Yenisey, F., & Plagemann, G. (2009). *Alman Ceza Kanunu*. İstanbul: Beta Yayınları.

Yerdelen, E., & Nas, A. M. (2018). Tutuklu ve Hükümlülere Verilen Mazeret İzinleri. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* , 9 (34), 75-121.

Yılmaz, E. (2015). (Öğrenciler için) Hukuk Sözlüğü. *Sözlük* , 6. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Yüksek Adalet Divanı. (1967). Yüksek Adalet Divanı Kararları (Yassıada 1960-1961). *Divan Kararları* . TBMM Kütüphanesi.

Yüksel, E. (Güz 2016). Refik Koraltan'ın Anayasayı İhlal Davasında Yargılanması: Suçlamalar ve Savunma. *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi* (40), 373-395.

Yüksel, H. A. (2018). TCK'da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler. *Doktora Tezi* . Ankara: Ankara Üniversitesi.

Zafer, H. (2004). Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* , 62 (1-2), 263-314.

Zengin, E. (2019, 7 30). Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu. *Yüksek Lisans Tezi* . İstanbul: İstanbul Üniversitesi.

Zengin, M. (1996). 1982 T.C. Anayasasına göre Cumhurbaşkanının Vatana İhaneti. *Doktora Tezi* . İstanbul Üniversitesi.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

(2000). Temmuz 20, 2021 tarihinde The Criminal Code of Russian Federation: <http://russian-criminal-code.com/PartII/SectionX/Chapter29.html> adresinden alındı

ArtIII.S3.C1.1.2 Treason Clause: Doctrine and Practice. (tarih yok). Temmuz 17, 2021 tarihinde Constitution Annotated: https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII_S3_C1_1_2/ adresinden alındı

BBC News Türkçe. (2015, Aralık 04). *Büyükkanıt 'e-muhtıra' için 8 yıl sonra ifadeye çağrıldı*. Nisan 21, 2021 tarihinde BBC News Türkçe:

https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/12/151204_buyukanit_ifade
adresinden alındı

BBC News Türkçe. (2018, Mayıs 30). *Gezi Parkı eylemlerinin 8. yılı: Protestolarda neler yaşandı?* Haziran 1, 2021 tarihinde BBC News Türkçe: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-44304326> adresinden alındı

BBC News Türkçe. (2020, Ekim 30). *MİT TIR'ları davası: 27 sanık müebbet ile 22 ay arasında değişen cezalara çarptırıldı.* Haziran 1, 2021 tarihinde BBC News Türkçe: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-54747856> adresinden alındı

BBC News Türkçe. (2015, Kasım 27). *MİT tırları soruşturması: Neler olmuştu?* Haziran 1, 2021 tarihinde BBC News Türkçe: https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/11/151127_mit_tirlari_neler_olmustu adresinden alındı

BBC News Türkçe. (2021, Ocak 22). *Osman Kavala: Gezi Parkı davasında 9 kişi hakkında verilen beraat kararları bozuldu.* Haziran 1, 2021 tarihinde BBC News Türkçe: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-55769259> adresinden alındı

BBC News Türkçe. (2020, Aralık 30). *Times müebbet hapis cezası alan askeri öğrencileri yazdı: Türkiye'de sonu gelmeyen tasfiye süreci.* Mayıs 20, 2021 tarihinde BBC News Türkçe: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55483532> adresinden alındı

CNN Türk. (2013, Temmuz 13). *TSK İç Hizmet Kanunu'nun 35. maddesi değişti.* Haziran 1, 2021 tarihinde CNN Türk: <https://www.cnnturk.com/2013/turkiye/07/13/tsk.ic.hizmet.kanununun.35.maddesi.degisti/715269.0/index.html> adresinden alındı

Code Penal. (tarih yok). Temmuz 10, 2021 tarihinde Legifrance: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006418369/ adresinden alındı

Codice Penale. (tarih yok). Temmuz 10, 2021 tarihinde Brocardi: https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-i/capoi/art283.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_art_prec_dispositivo adresinden alındı

Cumhuriyet Gazetesi. (2018, Nisan 10). *15 Temmuz'da İstiklal Marşı okuyarak teslim olan askeri öğrenciler için karar duruşması.* Mayıs 20, 2021 tarihinde Cumhuriyet : <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/15-temmuzda-istiklal-marsi-okuyarak-teslim-olan-askeri-ogrenciler-icin-karar-durusmasi-956507> adresinden alındı

Deutsche Welle Türkçe. (2021, Mayıs 27). *Emekli amiraller soruşturmasında 84 şüpheli ifadeye çağrıldı*. Mayıs 29, 2021 tarihinde Deutsche Welle Türkçe Haber Sitesi: <https://www.dw.com/tr/emekli-amiraller-soru%C5%9Fturmas%C4%B1nda-84-%C5%9F%C3%BCpheli-ifadeye-%C3%A7a%C4%9Fr%C4%B1ld%C4%B1/a-57680748> adresinden alındı

Deutsche Welle Türkçe. (2019, Eylül 20). *Gazeteciler 'ekonomik darbe girişimi'nden yargılanıyor*. Mayıs 29, 2021 tarihinde Deutsche Welle Türkçe Haber Sitesi: <https://www.dw.com/tr/gazeteciler-ekonomik-darbe-giri%C5%9Fiminden-yarg%C4%B1lan%C4%B1yor/a-50516584> adresinden alındı

Deutsche Welle Türkçe. (2020, Mart 9). *Osman Kavala hakkında bir tutuklama kararı daha*. Haziran 1, 2021 tarihinde Deutsche Welle Türkçe: <https://www.dw.com/tr/osman-kavala-hakk%C4%B1nda-bir-tutuklama-karar%C4%B1-daha/a-52698286> adresinden alındı

Euro News. (2020, Temmuz 15). *Ahıra götürülen teğmen 15 Temmuz'u anlattı: Gece eğitime çağrıldık sabah darbeci olduk*. Mayıs 20, 2021 tarihinde Euro News Türkiye: <https://tr.euronews.com/2020/07/15/ah-ra-goturulen-tegmen-15-temmuz-u-anlatt-gece-egitime-cagr-ld-k-sabah-darbeci-olduk> adresinden alındı

EuroNews. (2021, Şubat 9). *Arslan: AYM kararlarının uygulanmaması Anayasa'yı tamamen işlevsiz hale getirebilir*. Mayıs 31, 2021 tarihinde EuroNews Türkçe: <https://tr.euronews.com/2021/02/09/arslan-aym-kararlar-n-n-uygulanmamas-anayasa-y-tamamen-islevsiz-hale-getirebilir> adresinden alındı

EuroNews Türkçe. (2021, Mayıs 30). *'MİT Tırları' olayı: Neler yaşandı, davada son durum ne?* Haziran 1, 2021 tarihinde EuroNews Türkçe: <https://tr.euronews.com/2021/05/30/mit-t-rlar-olay-neler-yasand-davada-son-durum-ne> adresinden alındı

Evrensel Haber. (2021, Nisan 4). *Emekli askerlerin bildirisi darbe tartışmasına dönüştü, soruşturma başlatıldı*. Mayıs 29, 2021 tarihinde Evrensel Haber Sitesi: <https://www.evrensel.net/haber/429765/emekli-askerlerin-bildirisi-darbe-tartismasina-donustu-sorusturma-baslatildi> adresinden alındı

Haberler. (2021, Mayıs 21). <https://www.haberler.com/gezi-parki-olaylari-ve-15-temmuz-darbe-girisimi-14147734-haberi/>. Haziran 1, 2021 tarihinde Haberler: <https://www.haberler.com/gezi-parki-olaylari-ve-15-temmuz-darbe-girisimi-14147734-haberi/> adresinden alındı

Hürriyet. (2020, Şubat 8). *AYM'nin 'ihlal' kararı uygulanmazsa buna da 'ihlal' geliyor...* Mayıs 31, 2021 tarihinde Hürriyet: <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/sedat-ergin/aymnin-ihlal-karari-uygulanmazsa-buna-da-ihlal-geliyor-41442728> adresinden alındı

Hürriyet. (2020, Ocak 13). *E-muhtıra'ya takipsizlik*. Nisan 21, 2021 tarihinde Hürriyet: <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/e-muhtiraya-takipsizlik-41418165> adresinden alındı

Hürriyet. (2013, Temmuz 14). *TSK 35. madde değiştirildi*. Haziran 1, 2021 tarihinde Hürriyet: <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tsk-35-madde-degistirildi-23718265> adresinden alındı

İsviçre Federal Konseyi Hükümet Portalı. (tarih yok). *Swiss Criminal Code*. Temmuz 20, 2021 tarihinde Fedlex (The Publication Platform for Federal Law): https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en adresinden alındı

Milliyet Gazetesi. (2013, Haziran 28). *'Darbenin yasal kılıfı' denen yasa değişiyor*. Haziran 1, 2021 tarihinde Milliyet Gazetesi: <https://www.milliyet.com.tr/siyaset/darbenin-yasal-kilifi-denen-yasa-degisiyor-1728942> adresinden alındı

Selçuk, S. (2021, Nisan 23). *"Türkiye'de, eyleyen (fail) suç hukuku değil, eylem suç hukuku geçerlidir."*. Haziran 1, 2021 tarihinde T24 Bağımsız İnternet Gazetesi: <https://t24.com.tr/yazarlar/sami-selcuk/turkiye-de-eyleyen-fail-suc-hukuku-degil-eylem-suc-hukuku-gecerlidir,30842> adresinden alındı

Sözcü Gazetesi. (2021, Mart 12). *12 Mart Muhtırası'nın üzerinden 50 yıl geçti: 12 Mart Muhtırası nedir?* Haziran 1, 2021 tarihinde Sözcü Gazetesi: <https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/12-mart-muhtirasinin-uzerinden-50-yil-gecti-12-mart-muhtirasi-nedir-6309218/> adresinden alındı

Sözcü Gazetesi. (2019, Mayıs 31). *Gezi Parkı olayları neden ve nasıl başladı, neler yaşandı?* Haziran 1, 2021 tarihinde Sözcü Gazetesi: https://www.sozcu.com.tr/2019/gundem/gezi-parki-olaylari-neden-ve-nasil-basladi-neler-yasandi-2-1247451/4/?_szc_galeri=1 adresinden alındı

Sözcü Gazetesi. (2020, Ocak 3). *Hava Harp Okulu'ndaki askeri öğrencilere müebbet hapis*. Mayıs 20, 2021 tarihinde Sözcü: <https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/hava-harp-okulundaki-askeri-ogrenciler-muebbet-5545934/> adresinden alındı

Sözcü Gazetesi. (2020, Ekim 14). *Yerel mahkemenin AYM kararını uygulamaması mümkün mü?* Mayıs 31, 2021 tarihinde Sözcü Gazetesi:

<https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/yerel-mahkemenin-aym-kararini-uygulamamasi-mumkun-mu-6080911/> adresinden alındı

T24 Bağımsız İnternet Gazetesi. (2011, Haziran 6). 35. *MADDE HAKKINDA HER ŞEY*. Haziran 1, 2021 tarihinde T24 Bağımsız İnternet Gazetesi: <https://t24.com.tr/yazarlar/dogan-akin/35-madde-hakkinda-her-sey,3761> adresinden alındı

TRT Haber. (2021, Mart 11). *12 Mart Muhtırası'nın üzerinden 50 yıl geçti*. Haziran 1, 2021 tarihinde TRT Haber: <https://www.trthaber.com/haber/turkiye/12-mart-muhtirasinin-uzerinden-50-yil-gecti-563614.html> adresinden alındı

TRT Haber. (2020, Aralık 29). *MİT tırları davasında verilen hapis cezalarının gerekçesi açıklandı*. Haziran 1, 2021 tarihinde TRT Haber: <https://www.trthaber.com/haber/gundem/mit-tirlari-davasinda-verilen-hapis-cezalarinin-gerekcesi-aciklandi-542320.html> adresinden alındı

Türk Dil Kurumu . (tarih yok). *Güncel Türkçe Sözlük*. Mayıs 30, 2021 tarihinde Türk Dil Kurumu Sözlükleri: <https://sozluk.gov.tr/> adresinden alındı

Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Hukuk Bölümü. (2020, Eylül 3). *Türk Hukukunda Ölüm Cezası*. Temmuz 11, 2021 tarihinde T.B.M.M.: https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/Turk_Hukukunda_Olum_Cezasi.pdf adresinden alındı

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2010, Temmuz 29). *Kanun Değişikliği Teklifi*. Haziran 1, 2021 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi: <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0747.pdf> adresinden alındı

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (1980, Eylül 19). *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*. Haziran 1, 2021 tarihinde T.B.M.M Tutanaklar: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c001/mgk_01001001.pdf adresinden alındı

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2004, Eylül 16). *T.B.M.M. Tutanak Dergisi 121 inci Birleşim (Olağanüstü)*. Nisan 2021, 21 tarihinde T.B.M.M.: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b121m.htm> adresinden alındı

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2006, Nisan 18). *Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri ile Adalet Komisyonları Raporları (1/1194)*. Nisan 30, 2021 tarihinde TBMM: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm> adresinden alındı

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2003, 5 12). *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/593). 3 21, 2021 tarihinde TBMM: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000b5bfe46be1d2df48b9e081701efb24eaf03413a54985fba97e61f2ca26b6e848085c4fa35e14300080f4cdfb2e29c12bd6b986b7bc8c3b2843b81cbfcc850960ba4e3ad2c9b9b92220b adresinden alındı