

## ANAYASANIN CEZA NORMLARI TARAFINDAN KORUNMASI

T.C.K.'nun 146. maddesi

Doç. Dr. Doğan SOYASLAN (\*)

Kamu hukukçuları devletin kaynağını köle-patron ilişkisine, bir ailenin büyüterek diğer aileler üzerinde hâkimiyet kurmasına, ekonomik yönden güçlü olanların zayıf olanları kontrolleri altına almalarına, veya sosyal sözleşmeye dayamaktadırlar. Bu düşünceler şüphesiz dünyanın çeşitli yörelerinde bugüne kadar oluşmuş bulunan devletler için geçerlidir.

Bunlardan hangisi geçerli olursa olsun hepsi için müşterek olan husus her sosyo-ekonomik yapının düşünsel bir temelini oluşudur. Bu temel her toplumun kendi sosyo-ekonomik şartlarında iyi veya kötü değer yargılarıdır. Toplum bu değerler etrafında organize olmuştur.

Her toplumda söz geçiren, düzeni sağlayan bir güç vardır. Bu güç o toplumun şartlarında kendiliğinden oluşur. Tekno-ekonomik değişimler toplumda yeni fikirlerin ortaya atılmasına neden olurlar. Bunlar etrafında yeni güçler oluşur. Aynı zamanda ekonomik olan bu güçler idare eden idare edilen ilişkisini de belirlerler, bu yönde kurallar koyarlar.

O halde sosyo-ekonomik yapı bir kültürel yapı doğurmakta, fertler arasındaki ilişki ve hukuk kuralları bu kültürel yapıya göre oluşmaktadır. Bu ilişki o toplumda etkili olanların bu ilişkiye sahip çıkması ile, yani kuvvette ayakta kalır. Esasen hukuk kuralının özelliği bir yaptırımın olmasıdır. Bu yaptırım da bir kuvveti gerektirir.

Görülüyor ki toplumun hukukî yapısı bir kuvvete dayanmaktadır. Hukukta bir kuvvettir. Söz geçirebilmektir. Etki edebilmektir. Hukuk aynı zamanda iradeler arasındaki dengeyi de oluşturmaktadır. Bu irade güçler arasındaki menfaat dengesinin de ifadesidir. Güvenliktir. İstikrardır. Kişinin faaliyet alanının belirlenmesidir. Hukuk kuralının değişmesi kuvvetler arasındaki dengeyi de bozulması demektir.

---

(\*) Ankara-Dicle Üniversitesi Hukuk Fakülteleri Öğretim Üyesi.

## I - CEZA HUKUKUNUN FONKSİYONU

Hukuk kuralları aynı zamanda bir toplumun değer yargılarının ifadesidir. Onları düzenler ve korurlar. Kurallın hangi hukuk dalına ait olduğunu düzenlenen alan belirler. Her dalın kendine has yaptırımı vardır (1). Ceza hukuku da tüm hukuk dallarını, bu hukuk dalının kendi yaptırımı yetmediği zaman korur (2). Bu nedenle Ceza hukukuna hukuk düzeninin bekçisi adı verilir. Ancak Ceza hukukunun müdahalesi için fiilin belli bir ağırlıkta olması gerekir.

Günümüzde ağırlığı belirleyen şeylerden birisi failin fiili bilmesi ve istemesi, diğeri gerçekleşen neticenin ağır olmasıdır. Eskiden bu durum o kadar belirgin değil idi.

Aydınlık çağdan bugüne bireyciliğin gelişmesiyle yeni bir sorumluluk anlayışı ve sorunlu insan doğmuştur. İnsanın bir fiili bilerek ve isteyerek yapması ile ihmâlen, taksirle yapması arasında fark ihdas edilmiştir. Bir trafik kazasını düşünelim. İki otomobil çarpışsın hiç kimse ölmesin. Burada hukuken bir haksız fiil vardır. Taraflar kusurlarına göre bu zararı tazmin ederler.

Ancak olayda bir adam ölmüşse fiil ağırdır. Çünkü toplumsal heyecan doğmuştur. Güvenlik sarsılmıştır. Özel hukukun yaptırımı artık yetmemektedir. Ceza kanunu da müdahale etmektedir. Eğer trafik kazası kasden yapılsa idi birinci ihtimalde haksız fiil ile beraber nası ızrar suçu da olur, ikincisinde ise kasden adam öldürme suçu icra edilmiş olurdu. Ceza kanununun kasden adam öldürme ile taksirle adam öldürmeye reaksiyonu elbette farklıdır. Çünkü her iki fiil de Kamu düzenini farklı derecelerde bozmaktadır. Bir tüccar düşünelim. İflas etmiş olsun. İflasa ilişkin Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Ancak hileli veya taksiratlı bir şekilde iflas etmiş ise hem Ticaret Kanunu ve hem Ceza Kanunu hükümleri ile yaptırımılandırılacaktır.

Bir kişi diğerrinin malını bilmeden almış olsun. Bu bir sebepsiz zenginleşmedir. Malın iadesi gerekir. Ancak bilerek ve isteyerek almışsa hem sebepsiz zenginleşme ve hem de hırsızlıktır. Bu durumda iki ayrı hukuk dalının müdahalesi söz konusu olur. Çünkü Kamu düzeni bozulmuştur.

---

(1) Garraud R. *Traité théorique et pratique du droit penal Français*. Tome 1. 3<sup>e</sup>me éd. Paris 1913. sh. 62.

(2) İçel K., Douay S.; *Ceza Hukuku*. İst. 1987. sh. 19. Donnedieu de Vabres; *Traité droit criminel*. 3<sup>e</sup>me édition. Paris. 1947. sh. 3.

Bir Yargıç düşünelim. Verdiği hüküm isabetsiz olsun. Hükümün temyiz yolu ile geri dönmesi mümkündür. Ancak yargıç hükmü kasden yanlış veriyse hüküm temyizde bozulacağı gibi hâkim de kasden yanlış hüküm vermekten dolayı cezalandırılacaktır. Çünkü hâkim kendi adına hüküm vermektedir. Millet adına hüküm vermektedir. Kamu kudretini ancak hukuk düzenini oluşturan kanunların iradesi doğrultusunda kullanabilir. Hâkim burada devletin adli fonksiyonunu kasden yerine getirmemiştir. Ona tecavüz etmiştir.

Bir memur düşünelim. Yaptığı idari işlem hukuka aykırı olsun. Bu durumda yapılan işlem hiyerarşik yoldan iptal edilebileceği gibi idare mahkemesi yoluyla da iptal edilebilecektir. Ayrıca memur disiplin koşturmasına maruz da kalacaktır.

Ancak memur işlemi bilerek ve isteyerek kasden yanlış yapmış ise devletin idari fonksiyonuna tecavüz etmiş olacaktır. Çünkü devletin idari fonksiyonu idare hukuku kuralları içinde yerine getirilmektedir. Fail bu fonksiyonu kasden çarpıtmakta ve buna isteyerek tecavüz etmektedir. O halde idare hukukunun yaptırımı yanında Ceza Hukukunun yaptırımına devreye girerek memur vazifeyi suistimal suçundan cezalandırılacaktır.

Aynı doğrultuda Anayasanın da iki türlü ihlâli söz konusudur. Anayasa ya bilinerek ihlâl edilebilir ya da bilinmeyerek. Eğer istenmeden ihlâl edilmiş ise Anayasa Mahkemesi yoluyla çıkarılan kanunu iptal etmek mümkündür (3). Ancak kasden ihlâl edilmiş ise ceza hukukunun yaptırımı da devreye girecektir. Zira fiil Kamu düzenini bozmaktadır. Bu durumda çıkarılan kanun hem Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmekte, hem de kanunu çıkaranlar Ceza Kanunu tarafından cezalandırılmaktadırlar. Çünkü burada da Anayasal düzen korunmaktadır. Anayasa hukukunun kendi yaptırımı yetmemiştir. Kamu düzeni bozulmuştur. Bunu da ancak Ceza Kanunu yeniden ihdas edebilir.

## II - DEVLET VE ANAYASANIN KURUMSALLAŞMASI

Gerek yargıcın gerek memurun ve gerekse yasama faaliyetini icra edenlerin cezalandırılmasında aynı zamanda devletin fonksiyonu korunmaktadır.

(3) Özgürlüklerin Kamuna karşı korunması hususunda Bkz. Robert J. *Libertés publiques*; Paris 1971, sh. 118 vd.; Burdeau G.; *Les libertés publiques*, Paris, 1961, sh. 60 vd.

dır (4). Çünkü devlet fonksiyonunu, icra eden kişilerden bağımsız bir kimliğe sahiptir ve kurum olarak vardır. Bu kurumun iradesi, fonksiyonu icra edenlerin iradesinden bağımsız bir iradedir. Eğer fonksiyon, icra eden tarafından kanunlara aykırı olarak icra ediliyorsa devletin fonksiyonuna tecavüz söz konusudur.

Devletin fonksiyonlarına tecavüz sadece o fonksiyonunu icra edenler tarafından yapılmaz. Fonksiyonla ilgisi olmayan üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir. Bu durumda devletin fonksiyonlarının, hükümet memuriyetinin ünvan ve şerefimin gasbından söz edilir. Gasapın yapmış olduğu işlemler yok hükmünde olup ayrıca fail devletin fonksiyonunu gaspetmekten dolayı da cezalandırılacaktır. Söz gelimi memur veya yargıçlık hukukuna göre yargıç olmamış herhangi bir şahsın kendisini yargıç sayarak hüküm vermesi, bir gurup silahlı insanın kendisini yasama meclisi olarak ilan etmesinde olduğu gibi.

Bir hukukî şahsiyet olarak devlet ve fonksiyonlarının korunması Aydınlık çağından itibaren hukuk nizamına girmiştir.

Batıda Aydınlık çağı kadar devlet karşısında vatandaşın görevi askere gitmek ve vergi vermek ve iktidarın emirlerini yerine getirmek idi. İktidarın kaynağı krallardı. Bunlara tanrı tarafından verilmişti. Görevleri tanrının adına toplumun sulh ve sükun içinde yaşamasını sağlamak, vatani düşmandan korumaktı.

Aydınlık çağda durum değişti. Coğrafya keşifleri ile beraber ticaretin gelişmesi yeni bir sınıf doğurdu. Ekonomik durum iyileşti. Bu durum kendi mantık ve düşüncesini yarattı. Kısaca herşeyin kaynağının akıl olduğu, kişinin aklı ile herşeyi yapabileceği inancı yayıldı. O güne kadar kul köle olan kişinin kişi olduğu anlaşıldı. En yüksek değer olarak kişi kabul edildi. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir takım haklara sahip olduğu düşüncesi Filozoflar tarafından yayıldı. İnsanın kendi kendisini idareye muktedir olduğu ileri sürüldü ve hakimiyetin kaynağının insan, toplumsal mutsuzluğun sebebinin iktidarın insan haklarını tanımaması olduğu insanların biraraya gelerek devleti kurdukları kişi hak ve özgürlüklerini korumanın devletin görevi olduğu inancı yayıldı. Kişinin hür, eşit doğduğu, vazgeçilmez dokunulmaz, birta -

---

(4) Özek Ç., Siyasi İktidar Düzeni Ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İst. 1967. sh. 25 vd.

kun haklara sahip oldukları, hakların özgürlük, mülkiyet, güvenlik, baskıya karşı direnme hakkı olduğu görüşü savunuldu. (İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi 26 Aout 1789 tarihli md. 2 ve 3) (5).

Hakimiyetin kaynağının fertler oluşu ve ferdin bunu doğrudan kullanmasının imkansızlığı temsili demokrasiyi, aynı zamanda hakimiyetin bölüştürülmesi sonucunu ortaya çıkardı. Çünkü hakimiyet bir tek organa tevdi edilmezdi. Zira bu organ adına hareket edecek kişiler heran bu yetkiyi suistimal edip kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayabiliyordu. O halde millet adına kullanılacak olan hakimiyeti çeşitli organlar arasında paylaşmak gerekirdi. Çünkü kuvveti ancak kuvvetle sınırlanmak mümkün olabilirdi. İşte devlet fonksiyonlarının birbirine karşı bağımsızlık kazanmasının ve fonksiyonları icra edenlerden ayrı olarak organların farklı kimlikleri oluşunun sebebi budur.

Millet hakimiyetini kullanan organların birbirlerine karşı yetkilerini genel olarak anayasalar belirlemiştir.

### III. ANAYASAL DÜZENİN KORUNMASININ TARİHİ GELİŞİMİ

İnsanoğlu ile yaşıt olan hukuk düzeni, çeşitli değerlere dayanan insan ilişkilerini koruduğu gibi devlet ile insan arasındaki siyasi ilişkiyi de korumuş, bir ceza yaptırımı ile yaptırınlandırmıştır. Gerçekten hakimiyetin krala ait olduğu dönemlerde de ceza kanunları bu durumu korumuşlardır. Krala ve örfte karşı eylemler kamu düzenini bozucu nitelikte isyan sayılmış fiil şiddetle cezalandırılmıştır.

Aydınlık çağdan bugüne keza anayasalar da devlet organları arasındaki ilişkiyi düzenleyen, hakimiyetin nasıl kullanılacağını, kişinin devlet karşısındaki durumunu belirleyen kurumlar olarak korunmuş, Anayasayı ihlâl suçu devlete karşı cürümler arasında yer almıştır.

Türk Osmanlı Toplumunu Tanzimata kadar İslâm hukuku ve Osmanlı örfi içinde Padişahın mutlak otoritesine dayanan bir sistem içinde idare edilmiştir. Sultan'ın görevi islâm hukuku içinde toplumun sulh ve sükununu sağlama, toplumu dış düşmandan korumadır. Kişinin görevi de devlet idaresine itaattir. İktidarın kaynağı Allah'tır. Bunu kullanma yetkisi padişaha verilmiştir. İslam

---

(5) Duverger M.; *Constitutions et Documents Politiques*. Them is. Paris 6 eme edition 1971. sh. 9.

hukuku içinde kaldığı müddetçe kul ulûlemre itaat etmek mecburiyetindedir. Aksi halde itaat etmemek, islâma bağlı bir iktidarın gelmesini sağlamak yükümlülüğü altındadır.

İslâm-Osmanlı Ceza Hukuku bu ilişkiyi de korumuştur. Esasen korunması tamamen normaldir. İktidarın sahibi Padişahı yıkmak isteyen isyancılar taziren cezalandırılmışlardır.

Tanzimatla beraber batı karşısında gerilediğini anlayan Osmanlı, batının baskısı ve Osmanlı aydınlarının da tesiri ile birtakım reformlara girmiş olup batıdan bazı kanunlar ictibas etmişti.

Bu münasebetle Ceza hukuku tarafından Anayasal yapının korunması ilk defa yazılı bir şekilde 1858 (1274) tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan esinlenen Ceza Kanunu ile korunmuştur. Kanunun 55. maddesi, Örfi hukuka dayanan Anayasal düzeni korumakta idi. Madde aynen şöyle idi "Her kim bizzat veya bilvasıta tebaa-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memalik-i mahrûseyi, saltanat-ı seniyye aleyhine müsellehan isyan ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kazıyye-i isyan tamam ile fiile çıkar veyahut madde-i isyanın icrasına başlanmış bulunur ise ol künse idam olunur" (6).

Madde kısaca Devleti ve Saltanatı yıkmaya teşebbüsü isyana teşvik ve tahriki, isyan etmeyi cezalandırmaktaydı.

Bize öyle geliyorki madde bir yandan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun 86, 87 ve 91 maddelerinden etkilenmiş diğer yandan Osmanlı örfünü gözönüne almıştır (7).

1274 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 55. maddesi 27 Mayıs 1327 (1911) tarihli kanun ile değiştirilmiş, "Kanun-u esasiyi ve hükümetin şekil veya heyetini veya saltanat-ı seniyyenin usul-ü verasetini tağyir ve tebdil veya imhaya cebren teşebbüsü sabit olan şahıs idam olunur" denmiştir. Aynı madde 15 Nisan 1923 de 334 sayılı kanun ile değiştirilerek saltanat lehine propaganda yasak edilmiş, 22 Nisan 1925 tarihinde de değiştirilerek Cumhuriyetin müdafası hükmü konmuştur. Daha sonra da bu hüküm TCK. 146/1. olmuştur.

---

(6) Akgündüz Alınat.; *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. Diyarbakır. 1986 sh. 842.

(7) Fransız Ceza Kanununun bu maddelerinin eski metinleri için bkz. Ortolan J.; *Elements de droit penal I*. Cinguéme édition. Paris 1886 sh. 476.

Prof. ÖZEK'e göre bugünkü 146 maddesinin ilk fıkrası bu değişiklikle oluşmuştur (8). Değişiklikler 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 118 inci maddesinden etkilenmiştir (9).

Sayın Özek'in maddenin etkilendiği ülke hukuku konusunda vardığı sonuç bizcede doğrudur. Çünkü Fransız Ceza Kanunu, 20. asrın başlarında 87. maddesinde sadece hükümeti yıkmaya veya değiştirmeye teşebbüsten söz ediyor. Senato ve Meclisin fonksiyonunu engellemeden, Anayasayı ihlâlden söz etmiyordu. "L'attentat dont le but est soit de détruire aude changer le gouvernement ou l'ordre ..." md. 87. Fransız Ceza Kanunu'nun hükmü 10-15 juin 1853 tarihli kanun ile bu hali almıştır.

Oysa 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 118. maddesinde hem senato ve meclisin fonksiyonunu engelmeye teşebbüsten ve hem de Anayasayı cebren değiştirmeye teşebbüsten söz etmektedir. Demekki İtalyan Ceza Kanununun Türk Kanun koyucusunu etkilediği doğrudur. Ancak tamamen Fransız C. Kanunundan etkilenme iddiası doğru değildir.

Zira bu kanuna Anayasal rejim değiştirmek terimi "changer le regime constitutionnel" De Gaulle'den sonra, 4 Haziran 1960 tarih 60-259 sayılı Ordonnance kararname ile girmiştir (Bugünkü Fransız Ceza Kanunu md. 86). Fransız Ceza Kanunu ile bir bağlantı vardır. Fakat dolaylıdır.

146. maddenin ikinci fıkrası 1926 tarihli Ceza Kanununun yapılmısıyla konulmuştur. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda bu fıkra yoktur. Sözü geçen kanun iştirak konusunda genel hükümlerle yetinmiş özel hüküm koymamıştır. Kanun koyucunun Anayasal düzeni yıkmaya ilişkin ferî failleri bu denli şiddetli cezalandırmasının nedeni genç Cumhuriyeti korumak için olsa gerek. Bu hüküm Fer'i şeriklik konusunda 146. maddeye has istisnai bir hükümdür. İştirakin genel şartlarını burada da aramak durumundayız.

146/3 fıkrası ise 146. maddenin tatbik alanını daha da genişletmiş adeta torba bir madde yaratmıştır. Bu madde ikinci fıkrada gösterilen hallerin kapsamı dışında kalan fer'i iştirak hallerini cezalandırmaktadır. Burada da yine iştirakin tüm genel şartlarını aramak zorundayız.

---

(8) Özek Ç.; A.g.e. sh. 64.

(9) Özek Ç.; A.g.e. sh. 65.

Bu fıkra kanunumuza 1960 ihtilâlinden sonra 6-7-1960 tarih ve 15 sayılı kanun ile girmiştir. Kanunun adı geçici Kanundur. Ancak içeriği ve süresinin belirli olmayışı nedeniyle kanunu geçici olarak değerlendirmek mümkün değildir. Ayrıca bu kanun 2 ve 3. maddelerinde TCK. nun 125-133, 141, 142, 146, 149, 150, 163. maddelerinde düzenlenen suçların vatana ihaneti oldukları ve adı geçen kanunun derhal uygulanacağı benimsenmiştir.

Aslında Türk Ceza Kanunu'nda Anayasayı Koruyan hüküm sadece 146. madde değildir. Devlet aleyhine işlenen suçların arasında Anayasayı koruyan başka hükümlerde vardır. Ancak bunların korunması doğrudan değildir, dolaylıdır. Sözgelimi Devletin emniyetine karşı silahlı çete kurma (TCK. 168), ve çetelere yardım (md. 169), Devletin emniyetine karşı gizli anlaşma (md. 171), Devletin emniyetine karşı cürüm işlemeğe tahrik (TCK. 172) gibi suçlarda da Devletin emniyeti ve Anayasal düzen korunmuştur. Bu suçların birincisinde Anayasal düzeni yıkmak için silahlı çete kurulması, ikincisinde Anayasal düzeni yıkmak için gizli anlaşma, üçüncüsünde Anayasal düzeni yıkmaya teşvik cezalandırılmaktadır.

Her üç suçta mahiyetleri itibariyle 146. maddede olduğu gibi teşebbüs suçu olmayıp, normal olarak tamamlanabilen suçlardır. 146. maddenin hazırlık hareketlerini oluştururlar. Bu nedenle Anayasal düzeni yıkmaya yapılmış am olarak uzak hareketlerdir.

Bunların dışında TCK.nun eski 141, 142 ve 163. maddeleri de Anayasal nizami dolaylı yoldan koruyan maddelerdi. Gerçekten 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılan 141. maddede Anayasal Nizamı yıkmak için teşkilatlanmalar, 142. maddede Anayasal nizami yıkıcı propagandalar, 163. maddede devlet yapısını dini esaslara dayandırma propagandaları cezalandırılmakta idi.

Artık Anayasal nizamın baskı, cebir, şiddet, korku yoluyla değiştirilmeye kalkışılması Terörle Mücadele Kanununun 1 ve 3. maddelerince korunmaktadır. Bu maddeler de Anayasayı dolaylı yoldan korumaktadırlar.

#### **IV - ANAYASANIN CEZA KANUNU TARAFINDAN DOĞRUDAN KORUNMASI - T.C.K. 146. MADDESİ**

Anayasal Nizam TCK. nun 146. maddesi tarafından doğrudan doğruya korunmaktadır. Bu konuda isabetli açıklamalar yapmak için önce mehz kanunu incelemek gerekmektedir.

Madde 118 "E punito con la detenzione non inferiore a dodici anni



chiungue Commette un fatto diretto:

1. a impedire al Re od al Reggente, in tutto o in parte; anche temporaneamente, l'esercizio della sovranita.
2. a impedire al senato o alla Camera dei deputati l'esercizio delle loro funzioni;
3. a mutare Violentemente la Costituzione dello Stato, al trono." (10).

1889 tarihli Ceza Kanunu İtalyan meşrutu krallık döneminde yapılmıştır. Bu nedenle maddede Kral, Kralın yetkileri ve Kraliyetin el değiştirmesi korunmuştur.

Cumhuriyetin ilan edildiği yıllarda düzenlenen TCK. nun 146. maddesinin saltanatı koruması düşünülemedi. Bu nedenle saltanata ilişkin hüküm kanunumuza geçmemiştir. Esasen geçmesi eşyanın tabiatına aykırı olurdu.

Hükümetin ortadan kaldırılmasına ve fonksiyonunun icrasının engellenmesine ilişkin hüküm ise Türk Ceza Kanunu'nun 147. maddesinde düzenlenmiştir.

İtalyan senato ve meclisinin ortadan kaldırılmasına ve fonksiyonlarının engellenmesine ilişkin mehz kanunun hükmü Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinin birinci fıkrasına geçmiştir.

Bunun dışında aynı fıkrafta Anayasanın cebren değiştirilmesi cezalandırılmıştır.

Yukarıda metnini almış bulunduğumuz mehz kanunun 118. maddesinde ikili bir yapı, birden fazla suç görülmektedir. Bunun sebebi, maddenin bir kısmının dolaylı yoldan Fransız Ceza Kanunundan, diğer kısmında Alman Ceza Kanunundan gelmiş olmasıdır.

Geçen asırda uygulanan Fransız Ceza Kanununun 87. maddesi "L'attentat dont le but est soit de detruire ou de changer le gouvernement ou l'ordre de succesibilite au trône..." hükümeti ve tahtın eldeğiştirme usulünü yıkmaya ve değiştirmeye teşebbüsü cezalandırmakta idi. Bu hükümden etkilenen 1859 tarihli Sardunya Ceza Kanunu hükümeti yıkmaya veya değiştirmeye yönelik fiilleri cezalandırıyordu (md. 146). Buna karşılık 1853 tarihli Toscano Kanunu daha net bir şekilde hükümeti değiştirmeye yönelik fiilleri cezalandırıyordu (md. 97). Bu kanunlarda Anayasanın değiştirilmesi suç olarak düzen-

---

(10) "Codice penale per il Regno d' Italia. Torino 1889."

lenmemiştir (11).

Ancak 1889 tarihli Kanunun yapıcıları 118. maddeyi düzenlerken sadece Fransız Ceza Kanunu'nun tesiri altında kalmadılar. Aynı zamanda Alman Ceza Kanununun 81/n.2 maddesini de benimsediler (12).

Gerçekten Alman eski Ceza Kanunu'nun 81/n.2 maddesine göre bir Alman Federe Devleti veya İmparatorluğu Anayasasını veya tahtın el değıştirme usulünü şiddet yoluyla değıştirmeye teşebbüs fiilleri cezalandırılmakta idi (13).

İşte 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 118/3 maddesinin üçüncü fıkrası Alman Ceza Kanunundan gelmiştir. Dikkat edilirse maddenin 1 ve 3 numaralı bentleri kraliyete ayrılmıştır. Eğer iki ayrı kanunun etkisi bu denli bariz olmasa idi Krallıktan iki defa söz edilmez. Kralın tahtı ve yetkileri bir hüküm altında toplanırdı.

Aslında gerek Alman Ceza Kanunu'nun ve gerekse İtalyan Ceza Kanununun sadece Anayasayı cebren değıştirmek ibaresi ile yetinmesi mümkündür. Çünkü Kralın veya imparatorun hakimiyeti, yetkilerini kullanmasının engellenmesi tahtın el değıştirme usulünün zorla engellenmesi esasen anayasaya aykırı fiillerdir. Bu nedenle Krala ve Krallığa senato ve meclise hükümete ilişkin hükmü bu maddeye koymaya pek gerek yoktu. Ancak İtalyan ve Alman Kanun koyucuları Krallık veya İmparatorluk makamlarına ve Meclis ve hükümete verdikleri önemi belirlemek için Kanun hükümlerini böyle düzenlemiş olsalar gerek.

Demekki Türk Ceza Kanununun 146. maddesinde mehzazına uygun olarak Fransız ve Alman Ceza Kanunlarından etkilenmiş, yine mehzaz gibi hem Anayasanın cebren ihlâli ve hem de TBMM'nin ortadan kaldırılması ve vazifesini yapmaktan men'î aynı maddede düzenlenmiştir. Türk Kanun koyucusu için saltanatın ortadan kaldırılması ve sultanın yetkilerinin Meclise geçmesinin ayrı bir önemi oluşu da böyle bir düzenlemenin yapılmasında önemli bir neden olsa gerektir. Demekki Türk Ceza Kanununun 146. maddesinin tamamen Fransız Ceza Kanunundan etkilendiği iddiası doğru değildir.

---

(11) Manzini V. Trattato di diritto penale italiano. IV. 1981. sh. 483.

(12) Florian E. Trattato di diritto penale. Volume II. Milano 1915 sh. 313.

(13) Von Liszt F. Traite de Droit Pénal Allemand. Tome II. Paris 1913. sh. 370.

O halde Türk Ceza Kanununun 146. maddesinde iki suç vardır. Bunlardan birincisi Anayasanın ihlâli, ikincisi Meclisin fonksiyonlarının yerine getirilmesine engel olmaktır.

1930 tarihli yeni İtalyan Ceza Kanunu Anayasayı, hükümet şeklini ve kraliyeti 283. maddesi ile korumuş, ikinci Dünya Savaşı'ndan sonra kraliyetin ortadan kaldırılmasıyla beraber 11 Kasım 1947 tarihli 1317 sayılı kanunun 2. maddesiyle krala ilişkin hüküm ortadan kaldırılmıştır.

Adı geçen maddede şöyle denilmektedir. "chiunge Commette un fatto diretto a mutare la Costituzione dello stato o la forma del Governo, Con mezzi non Consentiti dall' ordinamento Costituzionale dello Stato, é punito Conla reclusione non inferiore a dodici anni".

1889 tarihli Ceza Kanunundan farklı olarak Devlet organlarının fonksiyonları Anayasayı ihlâl ile ilişkin madde ile beraber düzenlenmemiş ayrı bir maddede (md. 289) düzenlenmiştir. Çoğu zaman devlet organlarının fonksiyonlarının ihlâli aynı zamanda Anayasanın da ihlâli ile işlenebilir. Bu nedende kanun koyucu fiilin daha ağır cezayı gerektirmesi halinde bu maddedeki cezanın verilmeyeceğini, fikri içtima kurallarının uygulanacağını kabul etmiştir.

Türk Ceza Kanunu'na mebaz olan İtalyan Ceza Kanunu ile bugün yürürlükte olan Ceza Kanununun Anayasayı ihlâl ile ilişkin hükmünde özde fark yoktur. Çünkü 1930 tarihli kanunun Anayasanın izin vermediği yollarla Anayasayı değiştirmeye yönelik fiil yapmak demekle 1889 tarihli kanunda yer alan "Violentamente" terimine açıklık getirmiştir. Gerçekten 1889 tarihli kanunun uygulandığı dönemde bu terim doktrin ve uygulamaya tarafından Anayasanın öngörmediği usullerle Anayasayı ihlâl etmek (mutare) olarak yorumlanmıştır. Bu nedenle iki kanunda yer alan maddeler arasında aslında bir değişiklik yoktur.

md. 146 "Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tehdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, idam cezasına mahkûm olur".

İkinci ve üçüncü fıkralar fer'i iştirake ilişkindir. Bunlara değinmeye gerek görmüyoruz. Esasen bu incelemenin başında yaptığımız değinme bize bu konuda yeterli gelmektedir.

Ashnda bu maddede iki suç düzenlenmiştir. Birinci Anayasayı ihlâl diğeri Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırma veya vazifesini yapmaktan alkoymaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmak elbette aynı zamanda anayasayı da ihlâldir. Ancak vazifesini yapmaktan engellemek her zaman Anayasayı ihlâli oluşturmaz.

Sözgelimi Meclis başkanının kanun çıkarılmasını kasden engellemek için gündemi belirleyip oturumu açmaması gibi, Meclis üyelerinin şu veya bu yönde oy vermeleri için baskı ve tehdide maruz kalmaları meclisin fonksiyonu engelleyici nitelikte suçlardır.

Biz bu incelememizde sadece Anayasanın ihlâline değineceğiz.

### SUÇUN HUKUKİ KONUSU VE KORUDUĞU MENFAAT

Bu suçun hukukî konusu T.C. Anayasasıdır. Ülkesi içindeki şahsiyetidir. Devletin temel nizamıdır. Amaç zorla yeni bir devlet düzeninin kurulmasını önlemektir.

Hukuk düzeni devletin nizamını ihlâlâci iradelere karşı kapatmıştır. Devlet nizamı ancak hukuk içinde ve hukuka bağlı olarak yürüyebilir. Kısacası hukuk hukukla da bağlıdır. Hukuk nizamı ancak hukuk sayesinde yeniliklere açık olabilir. Bunun şeklini ve prosedürünü Anayasanın kendisi belirlemiştir. Gerçekten hukuk nizamının yeniliklere ve çağm gelişimine nasıl açılacağını Anayasanın 175. maddesi düzenlemiştir. İşte bu maddenin öngördüğü usule uymaksızın yapılan değişiklikler hukukî değil fiilidir, ihlâldir. Anayasa ve kanun metinleri ancak 175. maddenin öngördüğü prosedür yoluyla değiştirilebilirler. Bu değişiklik yapılmaksızın bilinerek Anayasa hükümlerine aykırı kanunlar çıkarılması, Anayasa hükümlerinin kasden uygulanmaması Anayasanın ihlâli, bozulması, bozularak değiştirilmesi, başka türlü uygulanması anlamına gelir.

Anayasa terimi bazı hukukçularca geniş anlaşılmakta, bazılarınca da dar anlaşılmaktadır. Geniş anlayanlar yazılı Anayasanın yanında kamu hukukunun temel prensiplerini ve bunların kaynağı olan örfî hukuku da içine alacak şekilde değerlendirmektedirler. Bunlar tek tek anayasada belirlenmiş olabilirler veya olmayabilirler (14). Bizcede madde geniş anlaşılmalıdır. Madde metninin ifade ettiği gibi Anayasa tamamen ihlâl edilebileceği gibi kısmen de

(14) Von Liszt F. A.g.e. sh. 370. Manzini A.g.e. IV. 1981 sh. 485. Antolisei F. Manuale di diritto penale. parte speciale. II settima edizione. 1977. sh. 955.

ihlâl edilebilir. Birden fazla hükmü ihlâl edilebileceği gibi sadece bir hükmü de ihlâl edilebilir. (15).

## V - SUÇUN NİTELİĞİ

Ceza hukukunda suçlar doğrudukları neticelere göre ikiye ayrılırlar. Bunlar tehlike suçları ve zarar suçları olmak üzere dirler. Eğer kanunun suçun tamamlanması için öngöndüğü netice, bir zarar ise zarar suçundan söz edilir. Eğer suçun tamamlanması için bir tehlikenin doğması kafi ise ki bunu kanun yeterli saymaktadır. Tehlike suçu söz konusu olmaktadır.

TCK. nun 146. maddesine göre suçun tamamlanması halinde bir tehlike gerçekleşmiş olur. Demekki ortada bir tehlike suçu söz konusudur. Buradaki fiil anayasayı değiştirmeye yönelik başarısız bir girişimdir. Fiilin başarıya ulaşması Anayasanın bir tarafa atılması rejimin yeni bir hüviyet kazanması demektir. Bu durumda rejimin elbette yeni bir anayasası olacaktır. Dolayısıyla ihtilâl veya beyaz darbe başarıya ulaşır ise Anayasanın kurduğu güçler dengesi değişmiş, olacaktır. TCK. 146 sadece fiziki güce dayanan başarısız darbe girişimleri için konumlanmıştır. Madde manevi cebire (hukuka aykırı yollar, hile, yetki baskısı vs. gibi) dayanan girişimleri de cezalandırmaktadır. Bu durum ya mevcut, ihlâl edilen anayasal düzene sahip çıkan yeni bir iktidarın seçimlerle veya ihtilâl yoluyla iktidara gelmesi veyahutta Anayasaya aykırılığı bitinen kanuna karşı Anayasa Mahkemesine gidilmesi ve kanunun iptal ettirilmesiyle ortaya çıkabilir. İhlâl edilen hukuk düzeni her iki halde de iade edildiği için demokratik görünen Anayasa ihlâli böylece girişim düzeyinde kalınır olur. Anayasa Mahkemesinin iptal etmesi suçun teşekkül etmiş olmasına engel olamaz. Aksi halde kasden işlenen fiillerle taksirle işlenen fiillerin farklılığının mantığı ortadan kalkar.

Anayasayı ihlâl devamlı olabileceği gibi kesintili de olabilir (16). Bir iktidarın işine geldiği gibi Anayasa hükümlerini uygulaması gibi.

Demekki Anayasa ihlâlüne ulaşılır ise yeni bir hukukî düzen kurulacağından artık Anayasayı ihlâlden söz edilemeyecektir.

---

(15) Manzini V. A.g.e. IV. sh. 487. Florian. A.g.e. sh. 317.

(16) Florian E. A.g.e. sh. 317.

Faillerin amaçlarına ulaşmayışları halinde sorumlulukları söz konusu olduğundan ceza hukukunda bu suça teşebbüs suçu veya tamamlanması öne alınmış suç adı verilmektedir.

Öte yandan Anayasayı ihlâl'e yönelik fiil elverişli vasıtalar ile yapılır yapılmaz neticede gerçekleştiğinden ortada şekli bir suç söz konusudur (17).

## VI. T.C.K. 61 ve 62 İLE MÜNASEBETİ

Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 maddeleri tüm suçlara ilişkin genel hükümlerdir. Bu nedenle tüm suçlara tatbik olunurlar. Ancak özel kanunlar veya Ceza kanununun özel hükümleri arasında suça teşebbüse ilişkin hükümler bulunabilir. Bu hükümler ya suçun yapısından kaynaklanır, TCK. 125 ve 146. maddelerinde olduğu gibi ya da kanun suçun zararlı neticesinin gerçekleşmesi mümkün olduğu halde gerçekleşmesini beklemeksizin teşebbüs hallerini daha ağır ceza ile cezalandırmak isteyerek özel düzenleme yapar. TCK. 156. maddesinde Cumhurbaşkanına suikaste, yalana şahit tedarikine teşebbüste olduğu gibi (md. 291/2).

Mademki 146. maddede mahiyeti itibariyle bir teşebbüs suçu söz konusudur. O halde teşebbüs suçunun tüm unsurlarını burada da arayacağız (18). Anayasayı kasden ihlâl bilinci ile yapılmış bir hareket, bu hareketin amacına ulaşmaması, hareketlerin icra aşamasında failin iradesinden bağımsız nedenlerle kesilmesi, failin elverişli vasıtalar ile suçu işlemeğe başlamalarıdır. Suça hazırlık hareketleri burada da cezalandırılmaz. Çünkü teşebbüsün şartlarından birisi de suçun icra hareketlerine başlanmasıdır. Ancak hazırlık hareketleri TCK. 168, 171 ve 172. maddedeki suçlardan birini oluşturabilir.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu icra hareketleri kavramını ortadan kaldırmış ve bir suça yönelmelerinde şüpheye mahal vermeyen hareketleri cezalandırmış olduğundan 283. maddesinde düzenlenmiş bulunan Anayasayı ihlâl'in hazırlık hareketlerini eğer anayasayı ihlâl'e yönelmiş olmalarında şüphe

---

(17) *Russij Attentato Contro la Costituzione dello Stato*. Enciclopedia del diritto. cilt II. 1958. sh. 980. Florian E. A.g.e. sh. 321.

(18) Toroslu N. (F. Erem - N. Toroslu) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* 5. Bas. 1987 sh. 77.

yoksa cezalandırmak mümkündür (19).

## VII - SUÇUN MADDİ UNSURU

"Türkiye Cumhuriyeti Teşkilat Esasiye Kanunu'nun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ..... cebren teşebbüs edenler, idam cezasına mahkum olur". Tağyir, kelimesi başkalaştırma, değıştirme, başka türlü etme, bozma, korkutma anlamına, tebdil kelimesi değıştirme, başka bir şekil ve surete koyma anlamına (20),

İlgâ ifadesi kaldırma, bozma, hükümsüz bırakma, yürürlükten kaldırma anlamına gelmektedir (21).

Bu üç kelimenin ifade etmek istediğı anlamı ihlâl kelimesinin kapsamı içinde toplamak mümkündür.

Türk kanun koyucusu tâdil, terimini kullanmamış, bunun yerine tağyir, tebdil, ilgâ olan üç terim kullanmıştır. Tadil kelimesinin anlamı "hak ve adalete uygunluk, doğru etme, doğrulanma : ortalama yapma, normale döndürme gayesiyle değıştirme" demektir (22).

Bu durum tesadüfi değıldir. Gerçekten 1924 tarihli Anayasanın 102. maddesinde Anayasanın değıştirme usulüne ilişkin hükümde tadil tadilat deyimini kullanılmıştır. O halde Cumhuriyetin kurulduğu yıllarda normal yollardan değıştirme terimi yerine tadil kelimesi kullanılmakta idi. TCK. nun 146. maddesinde bu terim kullanılmadığına göre burada kastedilen Anayasanın Anayasaya uygun bir şekilde baskı ile değıştirilmesi olmayıp yukarıda belirtilen üç kelimenin kapsamına da girebilecek olan Anayasanın ihlâli kavramıdır.

Böyle bir kaç terim kullanılmasının asıl nedeni mehz kanunda kullanılan terimin anlamını kanuna aktarmak olsa gerektir. Gerçekten mehz kanunda " anutare violentemente la costituzione dello stato... denmektedir".

---

(19) Manzini V. IV. 1981. sh. 487.

(20) Sami Ş. Kamûs-ı Türkî, Temel Türkçe Sözlük. Cilt 3.

(21) Sami Ş. Kamûs-ı Türkî, Temel Türkçe Sözlük. 2.

(22) Sami Ş. Kamûs-ı Türkî, Temel Türkçe Sözlük. Cilt 3.

Mutare kelimesi İtalyancada modificare (değiştirmek) Cambiare, sostituire, trasformare, alterare yerine başkasını koyarak değiştirmek, yapısını değiştirmek gibi anlamlara gelmektedir (23). İtalyancada kullanılan mutare kelimesi Fransızcadaki détruire, changer terimlerinin anlamını kapsamaktadır (24).

"Violentemente..." ifadesinin anlamı cebir şiddetle zor kullanılarak demektir.

Demekki suçun maddi unsuru Anayasanın tüm hükümlerini veya bir kısım hükümlerini zorla ihlâl etmek veya bunlara uymamaktır, anayasa metninin anlamına aykırı olarak uygulama yapmak, sözün kısası Anayasayı değiştirmektir. Anayasa ya hukuka aykırı bir şekilde değiştirilir. Aynı zamanda bu olur suç olan fiil. Ya da hukuka uygun bir şekilde değiştirilir.

Anayasayı ihlâlâ yönelik hareket icrai pozitif bir şekilde yapılabileceği gibi ihmal suretiyle icrâ bir şekilde de yapılabilir (25). Sözgelimi Anayasayı koruyacağına yemin etmiş Cumhurbaşkanı ve milletvekillerinin Anayasayı fiilen, devletin gücünü kullanarak ihlâl eden yürütme organına karşı hareketsiz kalırlar, veyahutta Cumhurbaşkanı Anayasaya alenen aykırılığı sabit olan bir kanuna karşı Anayasa Mahkemesine gitmeyişi bu suçun ihmal suretiyle icra yoluyla işlenişinin tipik misalleridir. Çünkü gerek Cumhurbaşkanı ve gerekse parlamenterler Anayasayı koruma hukuki yükümlülüğü altındadırlar. Bunu yerine getirmemek Anayasayı ihmal suretiyle icra yoluyla ihmal etmektir.

Anayasaya aykırılığı açık olan bir kanunun meclisçe çıkartılması da suçun icrai bir tarzda işlenmesidir. Manzini'ye göre suç ihmali bir şekilde de işlenir. Prof. ÖZEK fiilin ihmali bir şekilde de işlenebileceğini kabul etmektedir.

Hareket hukuki bir mahiyete bürünebileceği gibi fiili de olabilir. Sözgelimi Anayasaya aykırı bir kanun hukuki mahiyette bir harekettir, silahlı girişim ise fiili bir mahiyettedir.

---

(23) Migliorini B. Vocabolario della Lingua Italiana, Torino, 1965.

(24) Florian A.g.e. sh. 317

(25) Manzini V, A.g.e. IV, 1981, sh. 489.



Anayasa değişikliğine ilişkin eylem cebir ve şiddet ile yapılmalıdır. Maddenin tatbiki ile ilgili cebir ve şiddet iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Birinci şekli maddi, fiziki, ikinci şekli ise manevi cebirdir.

İktidarı devirecek elverişlilik şartı gerçekleşmek kaydıyla bir grup silahlı insanın veya askerinin Devlet Organlarını TBMM, Cumhurbaşkanlığı gibi kurumları kuşatması halinde Anayasayı yakına yönünde fiziki cebir vardır. Gerçi asker devletin silah ve tankını, uçağını kullanıyor ama kanuna aykırı bir şekilde kullanıyor. Bu silahlar kendilerine Anayasal düzeni yıkmaları için verilmiştir. Kullanmanın görev ile ilgili görevin ifası dolayısıyla olması gerekir. Harpte ülkeyi korumak için veya gereğinde kamu düzenini sağlamak için kullanılıyor. O hakte bu durum illegal, fiili bir kullanmadır. Tatat AY-DEMİR olayında Türkiye bunu yaşamıştır.

Fizik güce dayanan Anayasayı ihlâl girişiminin Anayasayı ihlâl suçuna teşebbüsü oluşturacağı konusunda Fransız, İtalyan, Alman, Türk hukukunda hiç bir hukukçunun itirazı yoktur.

Ancak ceza hukukçularının manevi cebir dediği, Devlete ait kamu gücünün kullanılarak Anayasanın ihlâli halinde durum Fransız ve Alman hukukları için tartışmalı (26), İtalyan hukuku için tartışmasızdır. Alman hukukunda Merkel, Haefelner, Von Liszt cebir şiddet terimini maddi cebir, Binding hukuka aykırılık olarak, Frank, Köhler, Von Kelker tehdidin şiddetle yapılması olarak anlıyorlar (27).

Gerçekten Anayasanın manevi cebir kullanılarak ihlâli halinde, Devlete ait cebir ve şiddet kullanmak yetkisinin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması söz konusudur. Nasıl bir yargıç veya bürokrat kanunları keyfi olarak uygulayamaz ve uyguladığı taktirde suç işlemiş olur ise özellikle yasama organı da Anayasaya aykırı kanunlar yaptığı zaman devletin kamu gücünü keyfi şekilde kullanmış olur. Kısacası Anayasanın manevi cebir yoluyla ihlâli fiili görevin suistimali, yetki gasbı, hile, keyfi işlemler yolu ile işlenebilir (28).

---

(26) Rossi P. A.g.m. sh. 977.

(27) Von Liszt Auger sh. 370 Not : 5.

(28) Florian A.g.e. sh. 319.

Türk hukukunda Anayasanın manevi cebir yoluyla da ihlâl edilebileceği EREM, TOROSLU, ÖZEK gibi hukukçular tarafından kabul edilmektedir (29). Anayasanın bu yolla ihlâli düşüncesi 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanları yargılanak amacıyla kurulan Yüksek Adalet Divanı tarafından da kabul edilmişti, eski iktidar mensupları Anayasayı manevi cebir yoluyla ihlâlden sorumlu tutulmuşlardır (30).

Ancak Türk hukukçuları arasında eğer bir iktidara sempati nedeniyle ifade edilmiyorsa Anayasayı ihlâlin ancak Talat AYDEMİR olayında olduğu gibi maddi cebir yoluyla yapılabileceği, 146. maddeyi manevi cebir yoluyla ihlâl etmenin mümkün olmadığı, hatta bu konuda artık Anayasa Mahkemesi'nin varlığının buna engel olduğu iddia edilmektedir.

Eğer bu düşünce kabul edilirse Devletin bir hukuki kurum olarak son iki yüzyılda katettiği gelişme seyri görülmemiş, devlet organları adına icraat yapan kişiler, devlet organları ile birleştirilmiş, iktidar kişiselleştirilmiş olur. Ayrıca iktidarı tamamen eline geçirmek için arkasına bir grup silahlı insan alıp darbe yapma girişiminde bulunan beceriksizler cezalandırılırken, çeşitli Anayasaya aykırı kanun ve seçim hileleri olağanüstü hallerden istifade ile kamu gücüne dayanarak beyaz ihtilâl yapan, vazifeyi suistimal ederek yetki gasbına başvuran lider veya gruplar cezalandırılmazlardı. Nitekim XX. yüzyılda İtalya'da Mussolini, Almanya'da Hitler iktidara Anayasaya - tartışmalı da olsa - uygun bir şekilde gelmişler, ancak kısa zamanda arkalarına aldıkları meclisler ile meclislerin yetkilerini de ellerinde toplamışlar ve ülkelerinin tek adanı oluvermişlerdir.

Kaldı ki böyle bir düşünce hukuka bağlı devlet ilkesi ile de bağdaşmazdı.

Cebir ve şiddet ile ilgili bir meselede cebir ve şiddetin hukuki mahiyetidir. Gerçekten bazı hukukçulara göre cebir ve şiddet bir cezalandırma şartı, önşart veya suçun unsurudur. Büyük hukukçu Manzini eserinin 1921 tarihli basısında cezalandırma şartı, 1981 tarihli basısında önşart demektedir (31).

---

(29) Özek A.g.e. sh. 142 vd. Erem, Türk Ceza Hukuku III, 1985 sh. 86 Toroslu N. A.g.e. sh. 82.

(30) Yüksek Adalet Divanı Kararları, Yassıada, 1960-1961 sh. 1-480.

(31) Manzini V. Trattato di diritto penale Italiano, IV, 1921 sh. 251 1981 Bs. sh. 488.

Bize öyle geliyorki cebir ve şiddet suçun bir unsurudur. Çünkü kanun koyucu hareketin cebir ve şiddetle yapılmasını istemiştir. Cebir ve şiddet hareketini- çinde onunla entegre olmuştur (32).

Bu konuda tartışılan bir konu da şiddetin hareket veya vasıtadımı yok- sa neticedemi aranması gerektiğidir. Hâkim fikir cebir ve şiddetin harekette aranmaması ancak neticede aranması gerektiğidir. Çünkü değişikliğin bizzat kendisi şiddete dayanmaktadır (33). Bizce suçun şekli bir suç oluşu gözönüne alındığında böyle bir tartışmada fayda yoktur. Çünkü hareket yapılır yapılmaz neticede meydana gelmektedir. O halde şiddet hem harekette hem de netice de vardır.

## VIII - ANAYASANIN HUKUKA UYGUN OLARAK DEĞİŞTİRİLMESİ

Hukuk kuralları bir toplumun sosyo-ekonomik düzeyini ifade ederler. Teknolojik gelişmeye paralel olarak toplumlarda yeni düşünceler ve yeni de- ğer yargıları oluşur. Bunun sonucu olarak hukuk kurallarını değiştirmek ihti- yacı duyulur. Eğer bu ihtiyacın önü tıkanır ise hukuk kuralı toplum istek ve değerlerinin baskısına dayanamaz ve metruk olur. Bunun anlamı hukukun ih- lâlî ve başboşluğun hukuksuzluğun hakın olmasıdır.

İşte hukuk düzeni buna meydan vermemek, toplumsal gelişmelere ken- disini kapatmamak için Anayasal düzenin nasıl değiştirileceğini kendisi düzen-lemiştir. Anayasa ancak bu yolla değiştirildiği ve bu değişiklik doğrultusunda kanun çıkarıldığı, uygulama yapıldığı zaman ihlâl edilmemiş olur. Bunun prosedürü Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175. maddesinde belirlenmiştir. Anayasanın manevî cebirle ihlâlî bu prosedür gereğince Anayasayı değiştir- meksizin Anayasa metnine kasden aykırı kanun çıkarmak ile gerçekleşir.

### SUÇUN MANEVİ UNSURU

Anayasayı ihlâl suçunun kasden işlenmesi gerekir. Faillerin yaptığı ha- reketlerin Anayasaya aykırı olduğunu bilmeleri ve buna rağmen hareketi yap- maları kafidir (34). Bazı ceza hukukçuları bu konuda özel kasdın gerekti -

(32) Rossi P. A.g.m. sh. 980.

(33) Florian E. A.g.e. sh. 318.

(34) Ranieri S. Manuale di diritto penale. Volume Secondo Padova. 1952 sh. 112. Santoro A. Manuale di diritto penale II. 1962 sh. 89.

ğine işaret ederler. Ancak kanaatimizce eğer kanun böyle bir kasda gerekli görse idi özel kasda ilişkin bir ibare koyar idi. Nitekim ihkaki hakta, hırsızlıkta, kız kaçırma bunu koymuştur.

## **IX - ANAYASA MAHKEMESİNİN VARLIĞI ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN İŞLENMESİNE ENGEL DEĞİLDİR.**

Hukukçular arasında ileri sürülen görüşlerden birisi de Anayasa Mahkemesinin varlığının 146. maddenin ihlale engel olduğudur. Bu görüşü ileri sürenlere iki soru yönelmek mümkündür. Devlet memurunun kanunları kanunların iradesine aykırı olarak uygulaması halinde vatandaşın önünde iki yol vardır. Birincisi idare mahkemesi yolu, ikincisi Ceza mahkemesi yoludur. Yani hem işlem iptal ettirilir hem memur vazifeyi suistimalden cezalandırılır. Çünkü devletin idari fonksiyonu kötüye kullanılmıştır (md. 240).

Kasden kanunlara aykırı hüküm veren bir yargıcin hükmü hem temyiz mahkemesince bozulabilir ve hem de Devletin adli fonksiyonunu kötüye kullanan yargıç ceza mahkemesince cezalandırılır (TCK, md. 244, 233).

Yasama organı da yasama fonksiyonunu iki türlü kullanabilir. Birincisi yaptığı kanunun anayasaya aykırı olduğu görülmez, anlaşılmaz. İhlal açıkça değildir. Eğer kanun iptal işlemi ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilirse bu kanun iptal edilecektir. Eğer Meclis artık aynı kanunda direnirse Anayasayı bilerek ve isteyerek ihlâl ediyor demektir. Artık sadece Anayasa hukukunun yaptırımı ile yetinilmeyecek Ceza Hukukunun yaptırımı ile de yaptırımılandırılacaktır. Çünkü Anayasa hukukunun yaptırımı artık kafi gelmemektedir. Ayrıca parlamento fonksiyonu parlamenterlerce kullanılmaktadır. Kötü niyetten dolayı fiil ağırlaşmaktadır. Bunu künse korumaz.

İtalyan temyiz mahkemesi 9 Mart 1951 tarihli kararında Anayasal düzeni koruyan İtalyan ceza kanununun 283. maddesi ile yeni Anayasasının bağdaşacağını karar vermiştir. İtalyan hukukuna Anayasa Mahkemesi 1948 tarihli Anayasa ile girmiştir.

Demekki Anayasa Mahkemesi ile Anayasayı ihlâl suçunun bağdaşmaması için bir sebep yoktur.

Mecliste çoğunluğu elinde bulunduran bir partinin veya partilerin çıkardıkları bir kanunla mahkemeler teşkilatını, bir parlamenti ömür boyu Cumhurbaşkanı seçtiklerini veya laikliği, mülkiyet hakkını ortadan kaldırdık-

ların düşünelim ve buna karşı hiç kimse Anayasa Mahkemesine gitmemiş olsun. Bu durumda Anayasayı ihlâl suçu gerçekleşmemiş mi olacaktır?

Türkiye'de tartışılan konulardan birisi de 1960 yılında Türkiye'de bir Anayasa Mahkemesi olsaydı 27 Mayıs ihtilâlinin olmayacağıdır. Anayasa Mahkemesinin bulunmasının darbeleri engellemediğini Türkiye iki defa yaşamıştır. 12 Mart 1971, 12 Eylül 1980.

Ancak 1960 yılında Türkiye'nin şartları son derece farklı idi. Eğer zaman iktidarının çıkarmış olduğu 27 Nisan 1960 tarihli, savcı ve yargıç yetkisine sahip tahkikat kanunuyolları kurulması hakkında kanuna karşı Anayasa Mahkemesine gitme olanağı olsa ve kanun iptal edilse idi, belki ihtilâlin gerçekleşmesine neden olan son durumlardan biri meydana gelmemiş, siyasi tansiyon düşürülmüş, belki de ihtilâl yapılmamış olurdu. Anayasa Mahkemesi siyasi iktidarın aşırılıklarını frenleyebilir böylece ihtilâle giden yollardan birisi de tıkanmış olurdu.

İktidarın aşırılıklarını frenleyeceği düşüncesiyle Almanya ve Japonya'nın, Amerikalılar tarafından işgalinden sonra ilk yaptırılan işlerden birisinin bu iki ülkeye Anayasa Mahkemesi kurdurtmak olmuştur.

## **X - ANAYASAYI İHLAL SUÇUNU KİMLER İŞLEYEBİLİR**

Anayasayı ihlâl suçunu herkes işleyebilir. İncelemeye açıklık kazandırmak amacıyla failleri ikiye ayırmak uygun görülmektedir.

Devletin cebri gücünü elinde bulunduranlar.

Devletin gücünü elinde bulundurmayanlar veya vazifelerinden dolayı bu suçu işleme kolaylığına ve imkana sahip olanlar veya olmayanlar olmak üzere.

Normal vatandaşların bu suçu işlemeleri için mutlaka fiziki cebire başvurmaları gerekir. Bu tür cebir silahlı veya silahsız olabilir. Ama mutlaka fiziki gücün kullanılması gerekir. Sözgelimi büyük bir topluluğun siyasi rejimi yıkmak üzere gösteriden sonra Anayasal organlar üzerine silahlı veya silahsız olarak yürümesi, veya bir grup ihtilâlcinin silahlarıyla beraber Anayasayı değiştirmek üzere devlet organları üzerine yürümesi gibi.

Anayasayı ihlâl devletin silahlı gücünü elinde bulunduranlar tarafından

işlenebilir. Sözelimi askerler ve güvenlik güçleri. Bunlar görevleri gereği silahlı olan şahıslardır. Ancak bu silahlar ancak görev için ve görev dahilinde kullanılabilir. Amacına aykırı bir şekilde kullanılmaz. İşte askerin elindeki güç askeri hizmeti düzenleyen hukuk kuralları dışında kullanıldığı an bu güç fiili illegal güç olur.

Statü ve görevleri gereği, yaptıkları iş dolayısıyla devletin gücünü kullanan kamu görevlilerinin Anayasayı ihlâl etmeleri çok daha kolaydır. Ancak ihlâlin bu türü hukukçular arasında tartışmalıdır.

Bu görevliler Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri ve parlamenterlerdir.

Bakanlar Kurulu ve parlamento üyelerinin sorumluluğu kolektif sorumluluk olmayıp kişiseldir.

Cumhurbaşkanının görevi dışında, adi nitelikte bir suç işlemesi halinde sorumluluğu parlamenterler gibidir. Nitekim bu konuda 1924 Anayasasında bir hüküm var idi. Ancak 1961 ve 1982 Anayasaları bunu düzenlememiştir. Bunun sebebi Cumhurbaşkanının adi nitelikte suç işlemeyeceğinin düşünülmüş veya hükümün unutulmuş olmasıdır.

Anayasamıza göre Cumhurbaşkanı görevinden dolayı sorumsuzdur. Çünkü görevini prensip olarak ilgili bakan ve başbakan ile yapmaktadır. Sorumluluk ilgili bakan ve başbakana aittir.

Vatana ihanet terimi hukukumuzda yanlış geçmiştir. İtalyanca'da "alto tradimento", Fransızca'da "haute trahison" yani büyük ihanet demektir.

Cumhurbaşkanı vatana ihanet halinde sorumludur. Hangi suçların vatana ihanet teşkil ettiği bir sorundur. Bu husus mevzuatımızda açıklığa kavuşturulmamıştır. Öte yandan terörle mücadele kanununun 23. maddesi 1920 tarih ve 2 sayılı Hiyaneti Vataniye Kanununu yürürlükten kaldırmıştır.

2 sayılı Hiyaneti Vataniye Kanununun yürürlükten kaldırılması Cumhurbaşkanının sorumluluğu açısından hiç bir şeyi değiştirmez. Bu kanun özel bir kanundur. Burada kastedilen genel hükümlere göre Cumhurbaşkanının vatana ihanetidir.

Mevzuatımızda vatana ihanet suçunun varlığı ve hangileri olduğu tar-

tışmalıdır.

İtalya'da vatana ihanet suçları Askeri Ceza Kanunu tarafından belirlenmiştir. Bunlar ülke bütünlüğü aleyhine fiiller, ülke aleyhine casusluk, düşmanla işbirliği, Anayasayı ihlâl gibi suçlardır (35). Ayrıca bu ülkede Cumhurbaşkanı Anayasayı ihlâli halinde doğrudan doğruya sorumlu olacağı Anayasa tarafından belirlenmiştir (ay. md. 90).

Fransız Ceza kanunu askerin düşmanla ülkesine karşı savaşmasını düşmana silah temin etmesini, işbirliği yapmasını, kişinin ülke aleyhine casusluk yapmasını vatana ihanet saymıştır (Fransız Ceza K. md. 70-73).

Ancak Fransız doktrininde hakim fikir, Cumhurbaşkanının yemininin gereğini yerine getirmeyişini, yemine sadakatsizliğini yüksek ihanet saymaktadır (36).

Almanya'da devletin organizasyonuna karşı işlenen suçlar vatana ihanet sayılmaktadır (37).

Hukukumuzda hangi suçların vatana ihanet oluşturacağı konusunda belli başlı iki görüş mevcuttur.

Birinci düşünce 15 sayılı kanuna itibar etmektedir. Gerçekten bu fikre göre 15 sayılı kanun halen yürürlüktedir. Bu kanunun belirlemiş olduğu suçlar vatana ihanet suçlarıdır (38).

Bir diğer düşüncede ülke bütünlüğü ve güvenliği aleyhine işlenen, Anayasa ihlâli ile işlenen suçlar vatana ihanet suçları kapsamına girer (39).

---

(35) Rossi P. Alto tradimento. Enciclopedia del diritto. II. 1958. sh. 112 vd.

(36) Moreau A. La haute trahison du president de la Republique sous la Ve Republique. Revue de droit public. Paris. 1987. sayı 1 - 3 sh. 1579 vd.

(37) Von Liszt. A.g.e. II. sh. 368.

(38) Erem - Toroslu. Türk Ceza Hukuku özel hükümler. Aak. 1983. sh. 71. vd.

(39) Dönmez - Erman. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Cilt I. İst. 1979. sh. 284.

Kanaatimizce 15 sayılı kanun halen yürürlüktedir. Adı geçici kanun ama ne zamana kadar yürürlükte olduğu belli değildir. Bu kanunda esasen devletin güvenliğine ve Anayasayı ihlâl e ilişkin suçlar vatana ihanet sayılmışlardır.

Cumhurbaşkanı, Vatana ihanet suçunu icrai nitelikte işleyebileceği gibi ihmal suretiyle icra yoluyla da işleyebilir. İcrai şekilde işlemesi halinde Cumhurbaşkanı sıfatıyla işlemesi söz konusu olamaz. Çünkü yüce makamın yetkileri Anayasa ve kanunlarla belirlenmiştir. Bunların dışına çıktığı an makamın fiili hukukiliğini kaybeder. Söz gelimi bir grup askerle işbirliği yaparak hükümet darbesine teşebbüs etmesinde olduğu gibi.

Bu suçu Cumhurbaşkanı sıfatıyla ancak ihmal suretiyle icra yoluyla işleyebilir. Gerçekten Cumhurbaşkanının Anayasanın ihlâl edildiğini bile bile yasanın Anayasa Mahkemesince iptali yoluna gitmeyişi onun Anayasayı ihlâl suçunu işlemesine sebep olur. Zira Anayasayı koruyacağına yemin etmiştir.

Bakanlar kurulunun çıkardıkları bir kararnameyle, kanun hükmünde kararname ile anayasayı ihlâl etmeleri mümkündür. Sorumlulukları vazifeleri dolayısıyla olup, kişiseldir. Eğer bir bakan Anayasaya aykırı bir kanun uyguluyor ise vazifeyi suistimal ediyor demektir. Görev yapma mazereti arkasına sığınmaz. Çünkü hukuk düzeni ve Anayasa kendilerini de bağlar (ay. md. 11).

Parlamenteler anayasayı ya vazifeleri dolayısıyla veya normal vatandaş olarak işlerler.

Normal vatandaş olarak işlemleri bir askeri grupla işbirliği, veya silahlı çetelerle işbirliği yapmak suretiyle olur. Bunun parlamenterlik ile ilgili bir yanı yoktur. Çünkü ihlâlin bu türünün görevle ilgisi mevcut değildir.

Vazifesi ile ilgili ihlâl iki türlü olabilir. Birinci türünde parlamenter oyladığı kanunun anayasaya aykırı olduğunu bilemez. Aykırılık en azından tartışmalıdır. Bu ihlâli Anayasa ve kanun koyucu ağır saymamış, Anayasa hukukunun yaptırımını ile yetinmiştir. Ceza vermeyi doğru bulmamıştır. Esasen bu durumda Anayasayı ihlâlden ceza vermiş olsaydı meclis fonksiyonunu yerine getiremezdi. Baskı altına alınmış olurdu.

İhlâlin ikinci türü çıkarılan kanunun ailenen, açıkça Anayasaya aykırılığıdır. Yani Anayasanın kasden ihlâlidir. Kanun bunu ağır suç saymıştır. Sadece Anayasa hukukunun yaptırımını ile yetinmemiştir. Ceza hukukunun yaptırımını ile de müdahale etmek gereğini duymuştur. Eğer Anayasa böyle bir yaptırım



ile müdahale etmemiş olsa idi kendi kendine saygısı, inancı olmazdı. Ayrıca artık eskiden mevcut olan kraliyet yetkilerinin parlamentoya geçmiş olduğu kabul edilirdi. Hâkimiyet artık parlamenterlerde sayılırdı. Oysa Anayasa ve Devletin temel organları bağımsız şahsiyeti olan, fonksiyonları kanunlarla belirlenmiş kurumlardır. Bu kurumların fonksiyonlarının kasden ihlâline bizzat devlet, hukuk düzeni seyirci kalmaz.

Anayasanın açıkça ihlâli halinde, bu hale ilişkin tasarı Meclis gündemine bile almamaz. Bunu alan başkan da Anayasayı ihlâlden sorumlu olur. Eğer bir tasarinın anayasaya aykırılığı müzakere anında anlaşılmış ise bunun derhal geri çekilmesi gerekir (İçtüzük md. 39 - 85).

Anayasanın açıkça ihlâli halinde yasama sorumsuzluğunun veya dokunulmazlığının parlamenterin cezalandırılmasına engel olacağı düşüncesi ileri sürülebilir. Bu düşünce geçerli değildir. Eğer parlamenterlere Anayasayı ihlâl yetkisi tanırsa hukuk düzeni kendi kendini inkar etmiş olur. Ayrıca böyle bir düşünce parlamentere Anayasanın da üstünde yetki tanımak anlamına gelir. Bunun anlamı kraliyet yetkilerinin parlamenterlere geçmesidir. Oysa her kurumun yetki ve görevleri Anayasa .... İçtüzük ve kanunlarla belirlenmiştir. Hiç bir kurum kanunların üstünde değildir. Herkes kanunlarla bağlıdır. Parlamenterlere düşen Anayasaya aykırı kanun yapmak yerine önce Anayasayı değiştirmektir. Bugünlerde Türkiye Cumhuriyeti bunun güzel bir örneğini yaşamaktadır.

Öte yandan mutlak dokunulmazlık parlamenterin görevini icra dolayısıyla müzakere salonunda kanunların görüşülmesi sırasındaki tartışmalar veya komisyon çalışmaları dolayısıyla sarfettiği sözler ve yaptığı hareketler nedeniyle vardır. Genelde bu suçlar hakaret ve sövme suçlarıdır. Aslında Anayasalar bu suçların da işlenmemesini istemektedirler (40). Nitekim Alman Anayasası hakaret ve sövme halinde meclis kürsüsünden de olsa parlamenterin mutlak dokunulmazlıktan istifade edemeyeceğini kabul etmektedir (Alman Ay. md. 46/1).

---

(40) Esmein A. Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé Huitième édition. Tome Second. Paris 1928 sh. 419.

Ancak parlamenterin görevini korkudan uzak bir şekilde icra edebilmesinde de kamu yararı vardır. Bunun için Anayasalar parlamentere fonksiyon icrası nedeniyle mutlak dokunulmazlık tanımıştır (41). Kamu yararını korumak için konulmuş bulunan bir hükmün kamu zararına kullanılmasına Anayasa koyucu izin veremez. Vermesi bile düşünülemez. Kısacası yaptığı kanun dolayısıyla Anayasayı açıkça ihlâl eden parlamenter mutlak dokunulmazlıktan istifade edemez.

Kaldı ki Ceza hukuku açısından parlamenterin mutlak yasama dokunulmazlığının mahiyeti hukuka aykırılığı kaldıran bir sebeptir. Başka bir deyişle fiili hukuka uygun hale getiren sebeptir. Parlamenterlik fonksiyonu icra eden şahıs çoğu zaman bir görev ifa etmektedir. Bazen de parlamenter olarak konuşma ve eleştirme hakkını görüş bildirme hakkını kullanmaktadır (42).

Parlamenterin fiili ister görev, ister hak olsun tanınan hukuk düzeni içinde, Anayasa ve içtüzük hükümlerine göre cereyan edebilir. Hak, hakkı tanıyan kanunun sınırları dışına çıkarıldığı an suç olur. Görev görevi veren kanunun, içtüzüğün dışına çıktığı zaman hukuka aykırılık olur. O halde parlamenter de hukuk ile bağlıdır. Meclis kürsüsünden de olsa Anayasayı ihlâl edemez.

Anayasayı ihlâli değiştirmeye gidecek yolu yine Anayasa belirlemiştir. (Madde 175). Anayasa koyucu ancak bu hükümlere göre anayasayı değiştirerek yeniliklere kapı açabilir.

Kısacası mutlak dokunulmazlık sınırsızlık parlamenterlerin kraliyeti demek değildir. Bunun sınırı hukuk devleti ilkeleridir (43). Aksi çözüm hukuk devletinin inkarı anlamına gelir.

Genel olarak Anayasa ve ceza hukuku kitaplarında mutlak sorumsuzluktan söz edilir. Kanaatimizce buralarda kastedilen hukuk devleti ilkeleri içinde sorumsuzluktur. Çünkü hiç kimsenin hukukun üstünde olmayacağı artık tartışılmaz bir gerçektir.

---

(41) Lafferé J. Manuel de droit Constitutionnel. 2 édition. Paris 1947. sh. 707.

(42) Pagliaro A. Jemmunità (dir. pen). Enciclopedia del diritto XX 1970. sh. 221 vd.

(43) Zangara, Le prerogative Costituzionali. Padova. 1972. sh. 142. Ciurro G. F. Prerogative Costituzionali Enciclopedia del diritto XXXV 1986. sh. 12.

Türk hukukunda bu konulara Sayın Prof. Dr. Çetin ÖZEK eğilmiştir. Sayın ÖZEK Siyasi İktidar Düzeni Ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler isimli eserinde (44), mutlak yasama dokunulmazlığı sınırlanabilir mi? isimli makalesinde (45), Türk Ceza Kanununun 50. yılı tartışmalarında yasama dokunulmazlığının sınırsızlığından söz etmektedir. Sayın Profesörün bu kanaati halen muhafaza edip etmediğini bilemiyoruz. Doğrusu bu kanaati paylaşmak mümkün değildir. Çünkü artık hakimiyet milletindir. Kimse hakimiyetin kendisinde olduğunu, dolayısıyla Anayasanın üstünde olduğunu iddia edemez. Herkes hukuk devleti ile bağlıdır.

Kaldı ki prensip olarak sorumsuz olan Cumhurbaşkanını vatana ihanet ve anayasayı ihlalden sorumlu tutacaksınız. Buna karşılık parlamenti sorumlu tutmayacaksınız. Bunun bir mantığı mevcut olabilir mi?

Ayrıca ağır cezalı suçüstü halinde parlamenterin dokunulmazlığını bile kaldırmadan sorguya çekecek, tutuklayacak ve cezalandıracaksınız. Aynı parlamentere Anayasayı ihlâl imtiyazı tanıyacaksınız. Ceza Kanunu'nun koruduğu değer olarak Anayasanın ihlali mi önemli bir tecavüzdür yoksa bir adamın ölümümü? Elbette Anayasanın ihlali daha önemli bir değerdir.

## XI - ANAYASAYI İHLALİN YAPTIRIMI

Anayasanın ihlali halinde hukuk düzeninin, farklı iki hukuk dalı tarafından iki tür yaptırım öngördüğünü görmekteyiz. Bunlardan birincisi Kamu-Anayasa hukukunun yaptırımları, ikincisi ise Ceza hukukunun kamu hukukunda anayasayı ihlâl halinde başvurulacak olan birinci yaptırım yerine getirmeyi, itaat etmeyi red etmektir. (Le refus d'obeissance). Mademki iktidar hukuka aykırı uygulamalar yapmaktadır. Kişi buna itaat etmek zorunda değildir. Çünkü iktidar fiilidir. İtaat etmemek hakkına sahiptir.

Kamu hukukunda itaat reddin bir iteri aşaması baskıya karşı direnmedir (Resistence a l'oppression) (46).

---

(44) Özek Ç. A.g.e. sh. 88 vd.

(45) Özek Ç. I.H.F.M. 1966 XXX. Sayı 1-4

(46) Robert J. A.g.e. sh. 126. Burdeau G. A.g.e. sh. 70 vd.

Pozitif metinlerde baskıya karşı direnme hakkı ilk defa 4 Temmuz 1776 tarihli Amerika'nın bağımsızlık bildirisinde yer almış (47), daha sonra 1789 Fransız ihtilalinde kullanılmıştır. Gerçekten 26 Aout 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin ikinci maddesinde tüm politik organizasyonların amacının kişinin dokunulmaz ve vazgeçilmez tabii haklarını korumak olduğu belirtilmiş, bu hakların özgürlük mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmek olduğu belirtilmiştir. 26 Aout 1789 tarihli deklarasyon halen 1958 tarihli Fransız Anayasasının başlangıç hükümlerini oluşturmaktadır (48). Baskıya karşı direnme hakkının daha ileri aşaması ihtilaldir.

Baskıya karşı direnmek hakkı ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Gerçekten direnme hakkını kullanan şahıs Anayasanın kendisine tanımış olduğu bir hakkı kullanmaktadır. Bu nedenle baskıyı içeren kuralları uygulayan memura karşı direnmek, memura mukavemet, kanunlara itaatsizlik sayılmaz.

Ayrıca bir siyasi iktidar kendisine iktidar olma şartı ve imkanını veren anayasaya, Anayasadaki yetkilerine riayet etmezse fiili, hukuki olmaktan çıkar ve meşruiyetini kaybeder.

Baskıya karşı direnme hakkının teorik temelleri hıristiyanlığa kadar inmektedir. Hz. İsa'yı Romalı idareciler karşısında güç duruma düşürmek isteyen birisi İsa'ya parayı göstererek Romalılara ödenen vergi konusundaki fikrini sorar. İsa "rendez a Cesar cé qui est A Cesar et a Dieu cé qui est a Dieu". Sezarın hakkını Sezara, Tanrının hakkını Tanrıya veriniz demiştir (49)

Orta çağda hıristiyan teoloğlar bu kavramdan Devletin kendi işine bakmasını, din adamlarının kendi işlerine bakmasını birbirinin işine karışmaması gerektiğini, aksi halde mukavemet hakkını doğuracağını öğretmişlerdir (50).

Aynı kavram Aydınlık çağda başka bir anlam kazanmıştır. Gerçekten toplumların anarşik bir dönem yaşadıkları, bundan kurtulmak ve mutluluklarını sağlamak için biraraya gelerek devleti kurdıkları devletin amacının dokunulmaz ve vazgeçilmez, insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu hakları

---

(47) Duverger M. Constitutions et Documents politiques, Paris 1971 sh. 439.

(48) Duverger M. A.g.e. sh. 9.

(49) Duverger M. Constitutions et Documents politiques, Paris 1971 sh. 439.

(50) Robert J. A.g.e. sh. 127.

korumak olduğu devletin kişi haklarına tecavüz etmesi ve kişinin özgür olduğu alana girmesi halinde kişinin direnme hakkının doğacağı fikri kabul edilerek yayılmıştır (51).

Ceza hukuku açısından Anayasanın ihlali idam cezasını gerektiren bir fiildir. Elbette Anayasayı ihlal edenleri mahkeme önüne çıkarmak mümkün olur ise, bu nedenle genelde cezalandırmalar darbelerden sonra gerçekleşmektedir.

Ancak Anayasanın ihlali halinde Anayasanın korunmasına yönelik fiiller Ceza Hukuku açısından hukuka uygunluk sebebi olabilir. Çünkü Anayasanın koruduğu hak ve menfaat tecavüze uğramıştır. Eğer bir hak ve menfaat tecavüze uğramışsa bunu koruyacaklar için, üçüncü şahıslara ait hak ve menfaatin korunması için meşru müdafaa veya ızdırar hali doğar. Bu gibi durumlarda devletin meşru müdafaaasından veya toplumun meşru müdafaaasından söz edilmektedir (52).

Demekki Anayasayı koruma eylemi yapan kişiler Anayasa için meşru müdafaa veya ızdırar hali içindeyler. O halde Anayasa ve Kamu hukukunun farklı noktalarından kaynaklanan yaptırımları aynı noktada birleşmektedirler.

## **XII - ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN UYGULANMASI**

Anayasayı ihlal fiilleri Avrupa ve Türkiye'de özellikle olağanüstü hallerde işlenmiş, veya olağanüstü olayların sebebi olmuştur.

### **A - Fransa ve İtalya**

Fransa'da ikinci dünya harbi sonunda ülkenin Almanya tarafından işgalinden sonra Fransız Milli Meclisi 10 Temmuz 1940 tarihinde kabul ettiği bir Anayasal Kanunla iş, aile ve vatan haklarını güvence altına alan bir Anayasa yapmak üzere Mareşal Petain'in idaresinde bulunan Cumhuriyet hükümetine tam yetki vermiş ve kendi kendini feshetmişi.

---

(51) Burdeau G. A.g.e. sh. 73 vd.

(52) Manzini V. A.g.e. 1981. sh. 484.

Bu durumdan harbin sona ermesi ve Fransız Kurtuluşundan sonra eski Cumhurbaşkanı Mareşal Petain ve başbakan Laval sorumlu görüldüler. Devletin iç ve dış güvenliğine ihanetten, vatana ihanet yani Anayasayı ihlâl (md. 87) ve düşmanla işbirliğinden (md. 75) yargılandılar. İdamna mahkum edildiler. Ancak yaşı nedeniyle Petain'in cezası ömür boyu hapse çevrildi (53). Bundan başka 21 Nisan 1944 tarihli kararname 10 Temmuz 1940 tarihli Anayasal Kanunu oylayan parlamentere seçimlerde aday olamama yasağı koydu (54).

İtalya'da Ancona istinaf mahkemesi 24 Ekim 1891 tarihli kararında Ceza Kanunu'nun 118/3 maddesini sosyal yapıyı ve Anayasa nizamını değiştirmeye yönelik anarşist eylemler gerçekleştiren örgütlere uygulamıştır. Fakat İtalyan yargıtayı 21 Ekim 1891 tarihli kararında fiilin 246. maddede ihlâl edildiğini (TCK. 311) suç işlemeye atanan tahriki oluşturacağını kabul etmiştir (55).

İtalya'da ikinci dünya harbinden sonra İtalya'yı faşizme ve diktatörlüğe götüren ülkeyi II. dünya harbine sokan meclisin yetkilerini 1924-1926 yıllarında Mussolini ve hükümetine devreden İtalyan politikacıları 1889 tarihli kanunun 118. maddesini, Anayasayı ihlâlden yargılanmışlardır. 27 Temmuz 1944 tarihli kanun hükmünde kararname faşistlerin bu eylemi eski ceza kanunu döneminde işlediklerini bu nedenle 1930 tarihli ceza kanununun uygulanamayacağını, esasen lehe olan kanunun da eski kanun olduğuna işaret etmektedir (56).

II. dünya harbi esnasında mütteliklerin İtalya'yı işgalleri üzerine Mareşal Badoglio, Kral ve Faşist Konseyin yaptığı 25 Temmuz 1943 tarihli darbe ile Mussolini iktidardan uzaklaştırılmıştı. Alınanların desteği ile Mussolini Kuzey İtalya'da yeni bir hükümet kurmuştur. Bu nedenle darbeciler ve daha sonraki darbeciler hep Anayasayı ihlâlden yargılanmışlardır (57).

---

(53) Le Proces du Marechal Petain cilt I-II. Paris 1945 Le Proces Laval Paris. 1946.

(54) Laferrière I. A.g.e. sh. 712. Not 2.

(55) Florian E. sh. 316. Not. 1.

(56) Manzini V. A.g.e. 1981. sh. 484. Not. 4.

(57) Manzini V. A.g.e. 1981. sh. 484. Not. 5.

## B - Türkiye

Anayasayı ihlâl suçu Cumhuriyetin kuruluşundan sonra Bursa Ağır Ceza Mahkemesi tarafından dini bir örgüte, daha sonra Menemen olayları dolayısıyla uygulanmıştır.

146. maddenin tartışmalı uygulanması aşlında 27 Mayıs 1960 hükümet darbesinden sonra yapılmıştır. Bize öyle geliyorki bu tartışmanın kaynağında şu veya bu iktidara sıcak bakma olgusu ve o günden bugüne Türkiye'nin yaşamış olduğu siyasi olaylar yatmaktadır.

Aşlında Türkiye'ye 27 Mayıs 1960 darbesine getiren olaylarda 1924 Anayasası ihlâl edilmişti. Gerçekten 27 Nisan 1960 tarih, 7468 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Tahkikat Encümenlerinin Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanununun 1 ve 2. maddelerinde Tahkikat Encümeni'nin ve alt encümenin kanunların savcılara, sorgu hakimlerine, sulh hakimlerine ve askeri adli amirlere tanınmış olduğu tüm yetkilere sahip olacakları belirtilmiş, ayrıca encümenin her türlü yayını yasaklamakla yetkili kılındıkları kabul edilmişti.

Aynı zamanda yargılama yetkisine sahip bir meclis herhalde sadece Türkiye'de görülmüştür. Bu hükümler 1924 Anayasasının 103. maddesine açıkça aykır olduğu gibi kuvvetler ayrılığı ilkesi ile de bağdaşır tarafı yoktur.

Ancak darbeden sonra eski iktidar mensuplarını cezalandırmak amacıyla Anayasa ve Ceza hukukunun temel ilkeleri çiğnenmiş, Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen hüküm kanun yararını gözönünde tutmamıştır.

1961 Anayasasının başlangıç hükümlerinde de görüldüğü gibi iktidarın Anayasa ve hukuk dışı davranışları ile meşruiyetini kaybettiği, vatandaşın direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 devrimini yaptığı belirtilmektedir.

Ayrıca 12.6.1960 tarih ve 1 sayılı 1924 Anayasasını değiştiren kanunun genel hükümler bölümünde de TBMM fiilen tek parti grubuna düşürülmüş olduğunu ve bu nedenle meşruiyetini kaybetmiş bulunduğunu, Ordu Dahili Hizmet Kanununun 34. maddesine göre ordunun görevinin Anayasa ve Cumhuriyeti korumak ve kollamak olduğu, Türk ordusunun Türk vatanını ve milli birliği tehlikeye koymuş iktidara karşı hukuk devletini yeniden tesis etmek için müdahale ettiğine işaret edilmektedir.

Öte yandan İç Hizmet Kanununun 34. maddesi teknik alanda bir hukuka uygunluk sebebidir. Çünkü kanun orduya Cumhuriyeti korumak ve kolla-

mak görevi vermektedir. Ancak bunun takdiri ve uygulanması keyfiliğe yolaçabilir.

Demek ki 1960 darbesi meşruiyet ve hukuk adına yapılmıştı.

Ancak 1 Sayılı Kanun 6. maddesinde eski iktidar mensuplarını yargılamak üzere yüksek soruşturma ve Yüksek Adalet Divanı kurulmasını öngörmekte idi.

Bunun Anayasal Ceza hukukundaki aulamı Olağanüstü Mahkemedir. Hiç kimse suçu işlediği gün mevcut olan mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılamaz ilkesine aykırıdır.

Esasen yeni bir mahkeme kurmağa gerek yoktur. Bu konuda ağır ceza mahkemeleri yetkili idi.

15 Sayılı (6.7.1960 tarih) Kanun ile TCK'nun 146. maddesine bazı faileri cezalandırmak için bir fıkra ilave edilmiş, idam cezasının 65 yaşından fazla olanlara uygulanmamasını öngören TCK. 56. maddesi yürürlükten kaldırılmış, bazı suçların vatana ihanet teşkil edecekleri kabul edilmiştir.

Amacı eski Cumhurbaşkanı ve eski iktidar mensuplarını şiddetle cezalandırmak olan bu Kanuna derhal yürürlük tanınmıştır.

Bu durum da Anayasal Ceza Hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz. Çünkü suçun işlendiği tarihte bu fiili cezalandıran bir kural yok ise o kimseye ceza verilemez. Ceza normu konulduğu günden itibaren işlenen fiilleri cezalandırır.

Ayrıca kanaatimizce bu konuda da yeni hüküm koymaya gerek yoktu. Çünkü hangi suçların vatana ihanet suçunu oluşturacakları bellidir. Yorum yolu ile de bulunabilirdi.

Bu konuda değinilmesi gereken bir hususta Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen hükmüdür. Kanaatimizce hüküm verilir ve infaz edilirken kamu yararı gözönünde tutulabilirdi. İdam cezasına mahkum olanlar hakkında taktiri hafifletici sebep kullanılabilirdi. 1960 darbesi ve neticeleri Türkiye'de daha sonraki yıllarda meydana gelen kamplaşmanın nedenlerinden birisi olmuştur. Toplum yararma olmayan ve uygulanmayan hukuku toplum ne yapar. Hukuk toplum yararı sağlayan bir vasıta değil midir?

TCK'nun 146. maddesinin ihlâli 20-21 Mayıs 1963 olayları dolayısıyla da uygulanmıştır. AYDEMİR ve arkadaşları Anayasal Düzeni yıkmak girişimi-



minde bulunmuşlardır. Ancak fiilleri Anayasaya bağlı güçler tarafından önlenmiştir.

12 Mart 1971 de örtülü bir hükümet darbesi sözkonusudur. Darbeye bağlı olarak Anayasa değiştirilmiştir. Özde bu değişim zorla yapılmıştır. TCK'nun 146. maddesini ihlâldir. Ancak başarıya ulaşan ihtilal yeni bir hukuk düzeni kurmuş olduğundan 146. madde artık yeni hukuk düzenini koruyacaktır.

12 Mart 1971 darbesinden sonra TCK'nun 146. maddesi Deniz GEZ-MİŞ ve arkadaşları için uygulanmıştır. Kanaatimizce bu uygulama isabetsizdir. Her ne kadar sanık ve arkadaşları Anayasal düzeni yıkmak için birtakım eylemlere girişmişlerdi ama fiillerinde elverişlilik şartı yok idi. Yapılan eylemler anayasal düzeni yıkmaya کافی gelemeydi. Onların fiilleri Anayasal düzeni yıkmak için silahlı örgüt kurmak olabilirdi (TCK. 168). Ayrıca failer yapmış oldukları adam öldürme ve sair suçlardan sorumlu tutulabilirlerdi.

12 Eylül 1980 ülke bütünlüğünü kurmak, kamu düzeni ve milli güvenliği sağlamak, can güvenliğini temin, devletin fonksiyonlarını işler hale getirmek gerekçesiyle yapılmış, ayrıca İç Hizmet Kanununun 34. maddesi uyarınca ordunun görevini yaptığı ima edilmiştir. Türkiye 1982 Anayasası ile yeni bir döneme girmiştir.

12 Eylül 1980 yılları Türkiyesini değerlendirmek biraz erken gözüküyor. Ancak o yıllarda devlet fonksiyonlarının kasden veya ihmalen yerine getirilmediği, getirilemediği de sabittir.

Anayasayı ihlâl konusunda son olarak 12 Eylül 1980 hükümet darbesini yapanlardan, Anayasayı ihlâlden sorumlu tutulup tutulamayacaklarına değinmek gerekir. Bu konu basm yayım araçları tarafından tartışılmaktadır.

Herşeyden önce 146. madde bir teşebbüs suçudur. Başarıya ulaşmış bir ihtilal yeni bir düzen kurduğu için artık anayasa eski anayasa olmuştur. Dolayısıyla ortada ihlâl edilen bir anayasa yoktur.

Eğer 12 Eylül darbesine karşı, bir karşı darbe gelmiş olsa idi o günkü Milli Güvenlik Konseyi mensupları Anayasayı ihlâlden cezalandırılabilirdi. Tıpkı 20-21 Mayıs olaylarından dolayı Talat AYDEMİR ve arkadaşlarının cezalandırılması gibi.

1982 Anayasası ile Türkiye'de yeni bir düzene girilmiş, yeni Meclis,

yeni Hükümet ve Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Artık TCK. 146. maddesi 1982 Anayasasını korumaktadır.

Anayasanın geçici 15. maddesi 12 Eylül 1980 darbesini yapanların sorumsuzluğunu derpiş etmektedir. Aşlında bu madde olmasa bile 12 Eylül yönetimini Anayasal düzeni ihlâlden sorumlu tutmak mümkün değildir, çünkü yeni bir düzen kurulmuştur.

Kaldı ki teknik hukuk açısından geçici 15. madde hukuki neticeler doğuran failler lehine sorumsuzluk getiren bir kuraldır. Anayasanın diğer maddeleri nasıl geçerli ise bu madde de o derece geçerlidir. Hesap sormak isteyen bu günkü Meclis Anayasanın diğer maddelerine göre teşekkül etmiştir. Ayrıca 175. maddede bulunan Anayasayı değiştirme prosedürüne göre hareket etmek zorundadır. O zaman 175. madde geçerli 15. maddeyi geçersiz saymak gerekecektir. Bu da hukuken kabul edilemez bir durumdur.