

ANAYASANIN CEZA NORMLARI TARAFINDAN KORUNMASI

T.C.K.'nun 146. maddesi

Doç. Dr. Doğan SOY ASLAN (*)

Kamu hukukçuları devletin kaynağını köle-patron ilişkisine, bir ailenin büyüyerek diğer aileler üzerinde hükimiyet 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.

Bunlardım 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 kuvvetle ayakta kalır. Esasen hukuk kuralının özelliği bir yaptırımının 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 firaliyet alanının belirlenmesidir. Hukuk kuralının değişmesi kuvvetler arasındaki dengeyi de bozulması demektir.

(*) Ankara-Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

I - CEZA HUKUKUNUN FONKSİYONU

Hukuk kuralları ayın zamanda bir toplumun değer yargı kırımın ifadele-ridir. Onları düzenler ve korurlar. Kuralın hangi hukuk dalına ait okluğunu düzenlenen alan belirler. Her daim kendine has yaplınına vardır (1). Ceza hu-kuku da tüm hukuk dallarını, bu hukuk daimin kendi yapımını yelmediği za-man korur (2). Bu nedenle Ceza hukukuna hukuk düzeninin bekçisi adt veri-lir. Ancak Ceza hukukunun müdahalesi için fiilin belli bir ağırlıkta olması gerekir.

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

Aydınlık çağdan bugüne bireyciliğin gelişmesiyle yeni bir sorumluluk anlayışı ve sorumlu insim 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 huku-ken bir haksız fiil vardır. Taraflar kusurlarına göre bn zararı tazmin ederfer.

Ancak olayda bir adam ölmüşse fiil ağırdır. Çünkü toplumsal heyecan doğmuştur. Güvenlik sarsılmıştır. Özel hukukun yaptırımını artık yetmemekte-dir. Ceza kanunu da müdahale etmektedir. Eğer trafik kazası kasdeu yapılsa idi birinci ihtimalde Haksız fiil ile beraber naşı ızrar suçu da olur, İkincisinde ise kasden adam öldürme suçu icra edilmiş olurdu. Ceza kanununun kasden adam öldürme ile taksirle adam öldürmeye reaksiyonu el betle farklıdır. Çün-kü her iki fiil de Kamu düzenini farklı derecelerde bozmaktadır. Bir tüccar düşünelim. İflas etmiş olsun. İflasa ilişkin Ticaret Kanunu hükümleri uygula-nacaktır. Ancak hileli veya taksirattı bir şekilde iflas etmiş ise hem Ticaret Kanunu ve hem (.eza Kanunu hükümleri ile yap tın mlandırı bıçaktır.

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

(1) Garrauil R. **Traite Üeurique H pratique du droit pncal Francais**. Tmıle 1. 3 eme edı. Paris 1913. slı. 62.

(2) İçel K. Dutray S ; **Ceza Hukuku**, isi 19K7. slı. 19 Dunıııııııııı de Vahres; **Traite druıl erimi nal**. 3 eııı edılırın. Paris 1947 slı. 3

Bir Yargıç düşünelim. Verdiği hüküm isabetsiz olsun. Hükümün temyiz yolu ile geri dönmesi mümkündür. Ancak yargıç hükümü 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. K;unu 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 koğuşunmasına maruz da kalacaktır.

Ancak memur işlemini bilerek ve isteyerek kasden yanlış yapmış ise devletin idari fonksiyonunu; tecavüz etmiş olacaktır. Çünkü devletin idari fonksiyonu idare hukuku kuralları içinde yerine getirilmekteydi'. Fail bu fonksiyonu kasden çarpıtmakta ve buna isteyerek tecavüz etmektedir. O halde idare hukukunun yaptırımını yanında Ceza Hukukunun yaptırımda devreye girerek memur vazifeyi su istimal suçundan cezalandıracaktır.

Aynı doğrultuda Anayasanın da iki türlü ihlali 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 yaptırımını da devreye girecektir. Zira fiil Kamu düzenini bozmaktadır. Bu durumda çıkarılan kanun hem Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmekte, hem de kanunu çıkarılanlar Ceza Kanunu tarafından cezalandırılmaktadır;'. Çünkü burada da Anayasal düzen korunmaktadır. Anayasa hukukunun kendi yaptırımını 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 koruyulması karşı koruyulması ilkesi»**»** Bkz. Etelleri .1. **Liheles puhligties.**; Puris 1971. xh. 1 İÜ vi L; Burdeau G.; Lrs libtrirs puhğurs. Puris I<Xd. slı. 6ü 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 şerefine gasbından söz edilir. Gasıbın yapmış okluğu 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 olmak ilan etmesinde olduğu gibi.

Bir hukukî şahsiyet olarak devlet ve fonksiyonlarının korunması Aydınlik çağdan itibaren hukuk nizamına girmiştir.

Batıda Aydınlik çağa kadar devlet karşısında vatandaşın görevi askere gitmek ve vergi vermek ve iktidarın emirlerini yerine getirmek idi. İktidarın kaynağı krallardı. Bunlara tanrı tarafından veriliyordu. 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 olmak kişi kabul edildi. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir takım haklara sahip olduğu düşüncesi Filozoflar tarafından yayıldı. İnsanın kemli kendisini idareye muktedir olduğu ileri sürüldü ve hakimiyetin kaynağının insan, toplumsal mutsuzluğun sebebinin iktidarın insan haklarını tanımaması olduğu insanların bir araya 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 Fonksiyonun Aleyhine Cürümler**, İsi. 1967. sh. 25 vd.

kim talklara sahip oldukları, hakların özgürlük, mülkiyet, güvenlik, baskıya kar,}! direnme hakkı olduğu görüşü savunuldu. (İnsıı ve Vatandaş Hakları Bildirisi 26 Aoüt 17KÖ tarihli nıd. 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 edilemezdi. Zira bu organ adına hareket edecek kişiler heran bu yetkiyi suistimal edip kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayabilirlerdi. O halde millet adına kullanılacak olan hakimiyeti çeşitli organlar arasında paylaşmak gerekirdi. Çünkü kuvveti ancak kuvvetle sınırlamak mümkün olabilirdi. İşte devlet fonksiyonlarının birbirine karşı bağımsızlık kazam naşının 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 GELİŞİ İMİ

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 yap tının lan d irmiş tir. (gerçekten hakimiyetin krala ait olduğu dönemlerde de ceza kanunları bu durumu korumuşlardır Krala ve örf 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 suçı devlete karşı cürümler arasında yer almıştır.

Türk Osmanlı Toplumu Tanzinıata kadar İslâm hukuku ve Osmanlı örfi içinde Padişahın mutlak otoritesine dayanan bir sistem içinde idare edilmiştir. Sultanın görevi İslâm 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 H Hocunırın P>itifgues**. Tleli is. Paris 6 e ine eifition 1971..di. 'l,

hukuku içinde kaldığı müddetçe kul ulûlemre itaat etmek mecburiyetindedir Aksi halde itaat etmemek, İslama 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 iktibas 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 İdi "Her kim bizzat veya bilvasıta tebaa-i Devlet-i Aliyye ve sekene-i memalik-î mahrûseyi, saltanat ı seniyye aleyhine müsellehan isyayı ettirmek üzere tahrik edip de maksadı olan kazıyye-i isyımı tamamı ile fiile çıkar veyahut madde-i isyanın icrasına başlanmış bulunur ise ol kimse idam olunur" (6).

Madde kısaca Devleti ve Saltanatı yıkağa teşebbüsü isyana teşvik ve tahriki, isyayı etmeyi cezalandırmaktaydı.

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

1274 tarihli Osmanlı Ceza Kanununun 55. maddesi 27 Mayıs 1327 (1911) tarihli kanun ile değiştirilmiş, "Kanun-u esasiyi ve hükümetin şekil veya heyetini veya saltanat-ı seniyenin 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 Ahmet; **Mukayeseli İslum ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı** Diyarbakır J 986 sli. 842.

(7) Fransız Ceza Kanunu HUD bu tnuhk'k-nnı eski metinleri için bkz. On oh u l.; **Elements de drofi pnul l-** Ciugrieure edilimi, Paris 18X6 ,\h. 476.

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

Saym Özek'iu maddenin etkilendiği ülke hukuku konusunda vardığı sonuç bizcede doğrudur. Çünkü Fransız Ceza Kanunu, 20. asrın başlarında 87. maddesinde sadece hükümeti yıkmaya veya değiştirmeye teşebbüsten süz ediyor. Senato ve Meclisin fonksiyonunu engellemeden, Anayasayı ihlalden söz etmiyordu, "L'attentat dont le but esoit de detruire aude changer le gouvernement ou İrtdre ..." md. 87. Fransız Ceza Kanunu'nun hükmü 10-15 i um 1853 tarihli kanun ile bu hali alınmıştır.

Oysa 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 118. maddesinde hem senato ve meclisin fonksiyonunu engelmeye teşebbüsten ve hem de Anayasayı cehren değiştirmeye teşebbüsten söz etmektedir. Demdeki 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 saydı (r-donnance 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 yapılmasıyla konulmuştur. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda bu fıkra yoktur. Sözü geçen kanun iştirak konusunda genci hükümlerle yetinmiş özel hüküm koymamıştır. Kanun koyucunun Anayasal düzeni yıkmaya ilişkin fer'i failleri bu denli şiddetli cezalandırmasının nedeni genç Cumhuriyeti korumak için olsa gerek. Bu hüküm Fer'i şefiklik konusunda 146, maddeye has istisnai bir hükmüdür. 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) ÖztfkÇ.ıA.g.e.sh. M.

(9) Özek Ç.; A.g.e. sh. 65.

Bu fıkra kanunumuza 1960 ihtilâlinde 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 l'CK. nun 125-133, 141, 142, 146, 149, 150, 163. maddelerinde düzenlenen suçların vatana ihaneti oluşturdukları ve adı geçen kanunun derhal uygulanacağı benimsenmiştir.

Aslında Türk Ceza Kanunu'nda Anayasayı Koruyan hüküm sadece 146. madde değildir. Devlet aleyhine işlenen suçların anısında Anayasayı koruyan başka hükümlerde vardır. Ancak bunların koruması doğrudan değildir, dolaylıdır. Sözelimi Devletin emniyetine karşı silahlı çete kurma (TCK. 168), ve çetelere yardım (ind. 169), Devletin emniyetine karşı gizli anlaşma (md. 171), Devletin emniyetine karşı cürüm işlemeğe tahrik (l'CK. 172) gibi suçlarda da Devletin emniyeti ve Anayasal düzen korunmuştur. Bu suçların birincisinde Anayasal düzeni yıkmak için silahlı çete kurulması, İkincisinde 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 yapılaş am olarak uzak hareketlerdir.

Bunların dışında TCK.nun eski 141, 142 ve 163. maddeleri de Anayasal nizamı dolaylı yoldan koruyan maddelerdi. Gerçekten 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılan 141. maddede Anayasal Nizamı yıkarak için teşkilatlanmalar, 142. maddede Anayasal nizamı yıkıcı propagandalar, 163. nuddede 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 pullito conla detenzione non inferiore a dodici anni

chiungue Conunette un fitto direttir

1. a impedire al Re od al Reggente, in tutto o in parte; anche tempora-
neamente, l'esercizio delki sovranita.

2. a impedire al senato o alla Cemera dei deputati l'esercizio delle kını
tünzioni;

3. a mutare Violentemente la C'onstituzione dello Statü, al trono." (10).

1889 kirili 1 i ('eza Kanunu İtalyan meşrutu krallık döneminde yapılmış-
tır. Bu nedenle maddede Kral. Kralın yetkileri ve Kraliyetin el değıştirmesi
korunmuştur.

Cumhuriyetin ilim edildiği yıllarda düzenlenen TCK. tuu 146. madde-
sinin saltanatı koruması düşünilemedi. Bu nedenle saltanata ilişkin hüküm
kanunumuza geçmemiştir. Esasen geçmesi eşyanın tabiatına aykırı olurdu.

Hükümetin ortadan kaldın İmasına ve fonksiyonunun icrasının engellen-
mesine ilişkin hüküm ise Türk Ceza Kanunu'nun 147. maddesinde düzenlen-
miştir.

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

Bunun dışında aynı fıkrada Anayasanın cebren değıştirilmesi cezalandı-
rılmıştır.

Yukarıda metnini almış bulunduğumuz mehaz kanunun IIX. maddesin-
de ikili bir yapı, birden fazla suç görölmektedir. Bunun sebebi, maddenin bir
kısmının dolaylı yoldan Fransız Ceza Kanunundan, diğer kısmıntnda Alman
Ceza Kanunundan gelmiş olmasıdır.

Geçen asırda uygulanan Fransız Ceza Kanununun 87. maddesi
"L'attentat dont le but est soit de detnure ou de changer fe gouvemement ou
i'ordre de succesibilite au tröne..." hükümeti ve tahtın eldeğişinne usulünü
yıkmağa ve değıştirmeye teşebbüsü cezalandırmakta idi. Bu hükümden etkile-
nen 1859 tarihli Sardunya Ceza Kanunu hükümeti yıkmağa veya değıştirmeye
yönelik fiilleri cezalandırıyordu (md. 146). Buna karşılık 1853 tarihli Toscano
Kanunu daha net bir şekilde hükümeti değıştirmeye yönelik fiilleri cezalandı-
rıyordu (md. 97). Bu kanunlarda An ay asımın değıştirilmesi suç olarak düzen-

(10) "Codree penste per il Regim d' Ilalia. T1111110 1SK9."

O halde Türk Ceza Kanununun 146. maddesinde iki suç vardır. Bun* lardan 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 Kas un 1947 tarihli 1317 sayılı kanunun 2. maddesiyle krala ilişkin hüküm ortadan kaldırılmıştır.

Adı geçen maddede şöyle denilmektedir, "chiunge Commette un fatto diretin a mu tane la Costiuzione dello stato o la forma del Govenio, Coni mezzi non Consentili dair ordinamento Costituzionale dello Stato, e punito Conla reclusione non inferiore a dodici anni".

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

Türk Ceza Kanunu'na mehaz olan İtalyan Ceza Kanunu ile bugün yürürlükte olan Ceza Kanununun Anayasayı ihlâlê ilişkin hükmünde özde fark yoktur. Çünkü 1930 tarihli kanunim Anayasanın izin vermediği yollarla Anayasayı değiştirmeğe yönelik fiil yapmak demekle 1889 tarihli kanunda yer alan "Viöentemente" terimine açıklık getirmiştir. Gerçekten 1889 tarihli kanunun uygulandığı dönemde bu terim doktrin ve uygulama 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 tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini İska ta veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, idam cezasına mahkûm olur".

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

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

Sözgelimi Meclis başkammn kanun çıkarılmasını kasden engellemek için gündemi belirleyip oturumu açmıunası 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, t ilkesi içindeki şahsiyetidir. Devletin temel nizamıdır. Amaç zorla yeui bir devlet düzeninin kurulmasını önlemektir.

Hukuk düzeni devletin nizamım ihtilâlcı iradelere karşı kapatmıştır. Devlet nizamı ancak hukuk içinde ve hukuka bağlı olarak yürüeyebilir. 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 fiildir, 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 im [aşılmaktadır. Geniş anlayanlar yazılı Anayasanın yanında kamu hukukunun temel prensiplerini ve bunların kaynağı olan örfi 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 numunen ihlâl edilebileceği gibi kısmen de

{14} VOH Liszt F. A.g.r. s.ii. 37(1. Maıızitii A.g e [V. l'ISI slı. 4S5. Aıtı>li.ıei F. Mmıualr ılı ilintin penale. parte speciak. Il setüııııa erizııııe. 1'177 xh. '155.

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

V - SUÇUN NİTELİĞİ

Ceza hukukunda suçlar doğurdukları neticelere göre ikiye ayrılırlar. Bunlar tehlike suçları ve zarar suçları olmak üzeredirler. Eğer kanunun suçun tamamlanması için öngördüğü netice, bir zarar ise zarar suçundan söz edilir. Eğer suçun tamamlanması için bir tehlikenin doğması kafi ise ki bunu kanun yeterli saymaktadır. Tehlike suçları 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 konmamıştır. 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 bilinen kanuna karşı Anayasa Mahkemesine gidilmesi ve kanunun iptal ettirilmesiyle ortaya çıkabilir, ihlâl edilen hukuk düzeni her iki halde de İade edildiği için demokratik görünen Anayasa ihlâli böylece girişim düzeyinde kalmış 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 ihlâline ulaşılır ise yeni bir hukukî düzen kurulacağından artık Anayasayı ihlâlden söz edilemeyecektir.

(15) Matizini V. A.y.e IV. sii. 4X7 Huriarı. A.gr. sh. 1)7.

(16) Fimi™ E A.ji.''. sb. .M 7

Faillerin amaçlarına ukişmayişlan halinde sorumlulukları söz konusu olduğundan ceza hukukunda bu suçta teşebbüs suçü veya tamamlanması öne alınmış suç adı verilmektedir.

Öte yandan Anayasayı ihlale yönelik fiil elverişli vasıtalar ile yapıla 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 anısında suçta 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 Cumhurbaşkanı suikaste, yalana şahit tedarikine teşebbüste olduğu gibi (md. 291/2),

Mademki 146. maddede mahiyeti itibariyle bir teşebbüs suçü 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 suçü işlemeğe haşlamalarıdır. Suçta hazırlık hareketleri burada da cezalandırılmaz. Çünkü teşebbüsün şartlarından birisi de suçun icra hareketlerine başlanılmasıdır. Ancak hazırlık hareketleri TCK. 168, 171 ve 172. maddedeki suçlardan birini oluşturabilir.

1930 tarihli İtalyan (Ceza Kanunu icra hareketleri kavramını ortadan kaldırmış ve bir suçta yönelmelerinde şüpheye mahal vermeyen hareketleri cezalandırılmış olduğundan 283. maddesinde düzenlenmiş bulunan Anayasayı ihlâlin hazırlık hareketlerini eğer anayasayı ihlâle yönelmiş olmalarında şüphe

(17) Rıkısjp A ti e uta to Cimtra lu Castituziııe delhi St«it<L Eriçıdı »pei lia de] ilirifto crh II. 1958. sh 980. Fluriaii E. A.ge..4i. 32 J.

(18) Ttıwju N, (F, Ereni - N Turifshi) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler 5. B» 1987 sh. 77.

yıkısa cezalandırılmak mümkündür (19).

VH - SUÇUN MADDİ UNSURU

"Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı 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, korkulma anlamına, tebdil kelimesi değıştirme, başka bir şekil ve surete koyma anlamına (20),

ligâ 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 küllimin içtir. Tadil kelimesinin anlamı "hak ve adalete uygunluk, doğru etme, doğrulanma : ortalama yapma, normale döndürme gayesiyle değıştirme" demektir (22).

Bu durum tesadüfi değıildir. 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 " amutare violenıemenie la costituzione delk» statü... denmektedir".

(19) Marizini V. IV. 19Kl.sh.4S7.

(20) Sarııı Ş. Kamü.c-r Türki, Temel Türkçe Sözlük Cilt 3.

(21) Sarıú Ş. Kamus-1 Türki. Tı-nıe] Türkçe Sözlük. 2.

(22) Sami Ş-Kamüs-ı Türk). Temel Türkçe Siizlük. Cif Ş.

Mutare kelimesi î(al yancadır moditluue (değiştirmek) Cambiare, soslituire, Irasformare, alterare yerine başkasını koyarak değiştirme, yapısını değiştirme gibi anlamlara gelmektedir (23). ita!yancınla kullanılan mutare kelimesi I-'ransızcada kullanılan detruire, ehinger terimlerinin anlamını kapsamaktadır (24).

"Violentamente..." ifadesinin imlamı cebir şiddetle zor kullanmak 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 ihlâlê yönelik hareket icrai pozitif bir şekilde yapılabileceği gibi ihmal suretiyle icrêü bir şekilde de yapılabilir (25). Sözelimi Anayasayı koruyacağına yemin etmiş Cumhurbaşkanı ve milletvekillerinin Anayasayı fiilen, devletin gücünü kullanarak ihlâl etlen yürütme organına karşı hareketsiz kalırlar, veyahuta Cumhurbaşkanının Anayasaya alenen aykırılığı sabit olan bir kanuna karşı Anayasa Mahkemesine güneyişi bu suçun ihmal sureliyle icra yoluyla İşlenişinin tipik misalleridir. Çünkü gerek Cumhurbaşkanı ve gerekse parlamenterler Anayasayı konuna hukuki yükümlülüğü altındadırlar. Bunu yerine getirmemek Anayasayı ihmal suretiyle icra yoluyla ihmal etmektir.

Anayasaya aykırılığı açık olan bir kanunun meclisçe çıkarı İması 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. Sözelimi Anayasaya aykırı bir kanını hukuki mahiyette bir harekettir, silahlı girişim ise fiili bir mahiyettedir.

(23) Migliorirü B. Vucabolario tlellü Lııığtın lıulıam. Torimı. 1965.

(24) Flııııııı A.g.r. sil. 317

(25) Matizim V, A u.e. IV. İ9Sl.slı.4K9

Anayasa değ inikliğine 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 yıkmaya 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 verilmemiştir. Kullanmanın görev ile ilgili görevin ifası dolayısıyla olması gerekir. Harpte ülkeyi korumak için veya gereğinde kamu düzenini sağlamak için kullanılmıyor. O halde bu durum illegal, fiili bir kullanmadır. Talat 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 Alınım hukukları için tartışmalı (26), İtalyan hukuku için tartışmasızdır. Alman hukukunda Merkel, Haelvehner, Von Liszi cebir şiddet terimini maddi cebir, Bind ng hukuka aykırılık olarak. Frank, Köhler, Von Kelker tehdidin şiddetle yapılması olarak imliyorlar (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) R«ss) P. A.g.tılı. sh. '177

(27) Vori ljszt Au^er sh. 370 Not; 5.

(2ft) Flittian A.g.e. dl. 310.

Türk hukukunda Anayasanın manevi cebir yoluyla da ihlâl edilebileceği EREM, TOR.OSLIJ, ÖZEK gibi hukukçuyu Uuafmdan kabul edilmektedir (29). Anayasanın bu yolla ihlâli düşüncesi 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanları yargılamak miracıyla kurulan Yüksek Adalet Divtun 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 ihlâlın ancak Talat AYDEMİR olayında olduğu gibi maddi cebir yoluyla yapılabileceği, 146. maddeyi manevi cebir yoluyla ihlâl etmenin mümkün olmadığı, hatta bu konuda arlık Anayasa Malıkemesi'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 kişiselleş t iri ün iş olur. Ayrıca iktidarı tamamen eline geçirmek için arkasına bir grup silahlı insan alıp darbe yapına girişiminde bulunan beceriksizler cezalandırılırken, çeşitli Anayasaya aykırı kanun ve seçim hileleri olağanüstü hallerden istifade ile kamu gücüne dayanarak beyaz ihtilâl yapım, vazifeyi suislimal ederek yetki gasbına başvuran lider veya gruplar cezalandırılmazıardı. Nitekim XX. yüzyılda İtalya'da Mussolini, Almanya'da HiUtr iktidara Anayasaya - tartışmalı da olsa - uygun bir şekilde gelmişler, ancak kısa zamanda arkalarına aldıkları meclisler ile meclislerin yetkilerini de ellerinde toplamışlar ve ülkelerinin tek adamı 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 Matizini eserinin 1921 tarihli basısında cezalandırma şartı, l'JKl tarihli basısında önşart demektedir (31).

(29) Özek A.g.e. sb. 142 vd. Ereni, Türk t'cz.ı Hukuku III. 19X5 ,4ı S6Toros!u N. A g c. sil. X2.

(30) Yüksek Ailakt Divanı Knrurıııı Yassımla. 1 'X>0-1961 sh 1-4X0.

(31) Marizini V. Trattarıılı diril to panalc baharın. IV, 1921 sh. 251 19X1 Bs. sh. 4XX.

Bize öyle geliyor ki 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 tartışıl; m bir konu da şiddetin hareket veya vasıtadını yoksa neticedemi aranması gerektiğidir. Hâkim fikir cebir ve şiddetin harekette aranmaması ancak neticede aranması gereklidir. Çünkü değişikliğin bizzat kendisi şiddete dayanmaktadır (33). Bizce suçun şekli bir suç oluşu gözönüne alındığında böyle bir tartışmada fayda yoktur. Çünkü hareket yapılı yapılmaz neticede meydana gelmektedir, t.) 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 değer yargılan oluşur. Bunun sonucu olarak hukuk kurallarını değiştirmek ihtiyacı duyulur. Eğer bu ihtiyacın önü tıkanır ise hukuk kuralı toplum istek ve değerlerinin baskısına dayanamaz ve metruk olur. Bunun anlamı hukukun ihlali ve başboşluğun hukuksuzluğun hakim olmasıdır.

İşte hukuk düzeni buna meydan vermemek, toplumsal gelişmelere kendisini kapatmamak için Anayasal düzenin nasıl değiştirileceğini kendisi düzenlemiştir. 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 manevi cebirle ihlali bu prosedür gereğince Anayasayı değiştirmeksizin Anayasa metnine kasden aykırı kanun çıkarmak ile gerçekleşir.

SUÇUN MANEVİ UNSURU

Anayasayı ihlâl suçunun kasden işlenmesi gerekir. Faillerin yaptığı hareketlerin Anayasaya aykırı olduğunu bilmeleri ve buna rağmen hareketi yapmaları kafidir (34). Bazı ceza hukukçuları bu konuda özel kasdın gerekli -

(32) RUSKJ P. A.g.111 sh. •«().

(33) Horia11E. A.g.e.sii. 318.

(34) Raiieri S. Mariuak di djrittopenide, VOLUUK- Securtdo Padcvv». 1952 sJi. 112. Sanfoco A. Manuale di diritto ptriaTe il t%2 sl t. 89.

ğine ismet ederler. Ancak kanaatimizce eğer kanun böyle bir kasıla gerekli görse idi özel kasda ilişkin bir ibare koyar idi. Nitekim ihkakı hakta, hırsızlıkta, kız kaçırmada bunu koymuştur.

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

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

Kasdeü kanunlara aykırı hüküm veren bir yargıcın hükmü hem temyiz mahkemesince bozulabilir ve hem de Devletin adli fonksiyonunu kötüye kutlanan yargıç ceza mahkemesince cezalandırılır (TCK. ind. 244, 233).

Yasama organı da yas;una fonksiyonunu iki türlü kullanabilir. Birincisi yıptığı kanunun anayasaya aykırı olduğu görülmez, anlaşılmaz. İhlal açıkça değildir. Eğer k;urun iptal işlemi ile Anayasa M;ıhketnesi 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 yaptırınılandırılacaktır. Çünkü Anayasa hukukunun yaptırımı artık kafî gelmemektedir. Ayrıca parlamento fonksiyonu parhuncunlerlerce kullanılmaktadır. Körü niyetten dolayı fiil ağırlaşmaktadır. Bunu kimse korumaz.

İtalyan temyiz mahkemesi 9 Man 1951 tarihh kararında Anayasal düzeni koruyan İtalyan ceza kanununun 283. maddesi ile yeni Anayasanın bağdaşacağını Kırar 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 çıkardıklıu bir kanunla mahkemeler teşkilatını, bir parlamenterî ömür boyu Cumhurbaşkanı seçtiklerini veya laikliğı, mülkiyet hakkını ortadan kaldırdık-

kinin düşünelim ve buna karşı hiç kimse Anayasa Mahkemesine gitmemiş olsun. Bu durumda Anayasayı ihlâl suçunu gerçekleştirmemiş 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 zamanın iktidarının çıkarmış olduğu 27 Nisan 1960 tarihli, savcı ve yargıç yetkisine sahip tahkikat kanunları 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 iktidarı aşırılıkları frenleyebilir böylece ihtilâle giden yollardan birisi de tıkanmış olurdu.

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

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 bulundurmamaları veya vazifelerinden dolayı bu suçun işleme kolaylığına ve imkanına sahip olanlar veya olmayanlar olmak üzere.

Normal vatandaşların bu suçun 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 ilâhî Halkın 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 silahın ancak görev için ve görev dahilinde kullanılabilir. Amacına aykırı bir şekilde kut tanı kunaz İşte askerinin elindeki güç askeri hizmeti düzenleyen hukuk kuralkuı dışında ktıJlunklğı 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 arastada tartışmalıdır.

Bu görevliler Cumhurbaşkanını, Bakanlar kurulu üyeleri ve parlamenterlerdir.

Bakanlar Kumlu ve parkuncio üyelerinin sorumluluğu kolektif sorumluluk olmayıp kişiseldir.

Cumhurbaşkanının görevi dışında, adi nitelikte bir suç işlemesi halinde sorumluluğu parlamenterler gibidir. Nitekim hu konuda 1924 Anayasasında bir hüküm var idi. Ancak 1961 ve 1982 Anayasaları bunu düzenlememiştir. Bunun sebebi Cumhurbaşkanının adi nitelikte suç işlemeyeceğinin düşünülmüş veya hükmün 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 hukukumıza yanlış geçmiştir. İtalyanca'da "alto iradi men t o", Fransızca'da "bante trahison" yani büyük ihanet demektir.

Cumhurbaşkanı vatana ihanet halinde sorumludur. Hangi suçların vatana ihanet teşkil etliğı bir sorundur. Bu husus mevzuatımızda açıklığa kavuşturulmamışım Öte yandan terörlü 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 değıştirmez. Bu kanun özel bir kanundur. Burada kastedilen genet hükümlere göre Cumhurbaşkanı tını vatana ihanetidir.

Mevzuatımızda vatana ihanet suçunun varlığı ve hangileri okluğu tar-

tışmalıdır.

İtalya'da vatıma ihanet suçtan Askeri Ceza Kanunu taraf nidan belirlenmiştir. Bunlar lke btnlğ aleyhine fiiller, ülke aleyhine casusluk, düşmanla işbirliği, Anayasayı ihlâl gibi suçlardır (35). Ayrıca bu ülkede Cumhurbaşkanı Anayasayı ilil l i halinde doğrudan doğruya sorumlu olacağı Anayasa tarafından belirlenmiştir (ay. ind. 90).

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

Ancak Fransız doktrininde hakim fikir. Cumhurbaşkanı 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 baş iki görüş mevcuttur.

Birinci düşünce 15 sayılı kanuna itibı etmektedir. Gerçekten bu fikre göre 15 sayılı kanun halen yürürlüktedir. Bu kanunun belirlemiş olduğu suçlar vatana ihmiet suçlandır (38).

Bir diğer düşüncede ülke btnlğ ve güvenliği aleyhine işlenen. Anayasa ihlâli ile işlenen suçlar vatim: t İhim et suçları kapsamına girer (39).

(35) Rııssi P. Alti, iradineirto. Eııiclopedia del dirilin. II. 195S. sılı. 112 vd.

(36) Moreau A. La haille irat s on du presi de n t de la Republiğue sılıs tu Ve Republiğıre. Revue de droit pııblıc. Paris. 19S7. sayı 1 - 3 sılı. 1579 vd.

(37) Vori Liszt. A.g.e. II. sılı. 36S.

(3K) Ereni - Torıvdu. Türk Cezu Hukuku ııızlı hükümler. Atık. 19S3 sılı. 71. vd.

(39) Dıımezer - Enıııııı. Nuzıırf ve Talbıkı Ceza Hukuku. ili I. IsL (979. sılı 2S4.

Kanaatimizce 15 saydı kanun halen yürürlüktedir. Adı geçici kanun ama ne zamana kadar yürürlükte olduğu belli değildir. Bu kanunda esasen devletin güvenliğine ve Anayasayı ihlâlê ilişkin suçlar vatıma ihanet sayılmışlardır.

Cumhurbaşkanı, Vatana ihanet suçunu icrai nitelikle işleyebileceği gibi İhmal 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 Cumhurbaşkanı'nın 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 euneleri mümkündür. Sorumlulukları vazifeleri dolayısıyla olup, kişiseldir. Eğer bü' bakım Anayasaya aykırı bir kanun uyguluyor ise vazifeyi suistimal ediyor demektir. Görev yapma mazereti arkasına sığmaz. Çünkü hukuk düzeni ve Anayasa kendilerini de bağlar (ay. md. 11).

Parlamenteler anayasayı ya vazifeleri dolayısıyla veya normal vatandaş olarak işlerler.

Normal vatandaş olarak işlemeleri bir askeri grupla işbirliği, veya silahlı çetelerle işbirliği yapmak suretiyle olur. Bunun parlamenterlik ile ilgili bir yanı yoktur. Çünkü ihlâl'in 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 ihlâlî Anayasa ve kanun koyucu ağır saymamış. Anayasa hukukunun yaptırımı ile yetinmiştir. Ceza vermeyi doğru bulmamıştır. Esasen bu durumda Anayasayı ihlâlden ceza vermiş olsaydı meclis fonksiyonunu yerine getiremezdi Baskı altına alınmış olurdu.

İhlâl'in ikinci türü çıkarılan kanunun alenen, açıkça Anayasaya aykırılığıdır. Yani Anayasanın kasden ihlâlidir. Kanun bunu ağır suç saymıştır. Sadece Anayasa hukukunun yaptırımı ile yetinmemiştir. Ceza hukukunun yaptırımı ile de müdahale etmek gereğini duymuştur. Eğer Anayasa böyle bir yapımın

ile müdahâde etmemiş olsa idi kentli kendine saygısı, inancı olmazdı. Ayrıca artık eskiden mevcut olan kraliyet yetkilerinin parlamentoya geçmiş olduğu kabul edilirdi. Hakimiyet artık parlamenterlerde sayılırdı. Oysa Anayasa ve Devletin temel organları bağımsız şahsiyeti olan, fonksiyonları kanunlarla belirlenmiş kurum İmdir Bu kurumlanıl fonksiyonlarının kasden ihlâlîne bizzat devlet, hukuk düzeni seyirci kakunaz.

Anayasanın açıkça ihlâlî halinde, bu hale ilişkin tasarı Meclis gündemine bile alınamaz. Bunu alım 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 ili tâli halinde yasama sorumsuzluğunun veya dokunulmazlığının parlamenterin cezalandırılmasına engel olacağı düşüncesi ileri sürülebilir. Bu düşünce geçerli değildir. Eğer parlamenterlere Anayasayı ihlâl yetkisi tanınırsa 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 üstümüle 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 (4(1)). Nitekim Alman Anayasası hakaret ve sövme halinde meclis kürsüsünden ile olsa parlamenterin mutlak dokunulmazlıktan istifade edemeyeceğini kabul etmektedir (Alman Ay. md. 46/1).

(40) Esııııcı A. Ekineıts de Dnıl iltılı<amelTrafıçai.s ci Compare Huiüf-ııe cJiııı. Tonu-SeciHKI. Paris 192S 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 parkuncıların mutlak yasama dokunulmazlığının mahiyeti hukuka aykırılığı kaldıran bir sebeptir. Başka bir deyişle fiili hukuka uygun hale getiren sebeptir, Parlamento fonksiyonu icra eden şahıs çoğu zaman bir görev ifa etmektedir. Bazen de parkunciler olmak konuşma ve eleştirene hakkını görüş bildirine hakkını kullanmaktadır (42).

Parlamenterin fiili ister görev, ister hak olsun tamamen 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 kasdedilen hukuk devleti ilkeleri içinde sorumsuzluktur. Çünkü hiç kimsenin hukukun üstünde olmayacağı artık tartışılmaz bir gerçektir.

(41) Lalene 1 Manuel <lc droif (. onxtitutiouinu|. 2 rdrioi| Paris i 947 x| 7|7.

(42) Pagharo A. Jeimuiijtâ (dir pci). Eııcicktpedia del drilfo XX 1970. slı. 221 v<|.

(43) Zangara, Le prtroyaüve CıkStiluzjtmali. J'adova. 1972- xh. 142. Ciaurm G. F. Prerogaiive CostiuzjoiııLi Eııddnpalia del dritto XXXV 19K6. slı. 12.

Türk hukukunda bu konulara Sayın Prof. Dr. Çetin ÖZEK eğitmiştir. Sayın ÖZEK Siyasi İktidarı Düzeni Ve Ponksiyonları Aleyhine Cürümler isimli eserinde (44), mutlak yasuna dokunulmazlığı sınırlanabilirini? isimli makalesinde (45), Türk Ceza Kanununun 50. yılı tartışmalarında yasama dokunulmazlığının sınırsızlığından söze t inektedir. 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 Cumhurbaşkanım vatana ihanet ve anayasayı ihlalden sorumlu tutacaksınız. Buna karşılık parlamenti sorumlu tutmayacaksınız. Bunun bir mantığı mevcut olabilir mi?

Ayrıca ağır cezalı suçüstü halinde parlamenterin dokunulmazlığım bile kaldırmadan sorguyu çekecek, tutuklayacak ve cezalandıracaksınız. Aym parlamento Anayasayı ihlâl imtiyazı tanıyacaksınız. Ceza Kanunu'nun koruduğu değer olarak Anayasanın ihlâli mi önemli bir tecavüzdür yoksa bir adamın ölümümü? Elbette Anayasanın ihlâli daha önemli bir değerdir.

XI - ANAYASAYI İHLALİN YAPTIRIMI

Anayasanın ihlâli halinde hukuk düzeninin, farklı iki hukuk dalı tarafından iki tür yaptırım öngördüğünü görmekteyiz. Bunlardan birincisi Kamu Anayasa hukukunun yaptırımları, İkincisi 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 itaati reddin hır ileri aşaması baskıya karşı direnmedir (Resistance a l'oppression) (46).

(44) Özek Ç. A.g.e. sil. KK vıl.

(45) ÖzekÇ-I.H.F.M. İ)Ü6 XXX. Sayı 1-4

(46) Ruhen -t A.g.e. sh 126. Bnrreleau G A.g.c. xh. 7Ü vıl.

Pozitif metinlerde baskıya karşı direnme hakkı ilk defa 4 Temmuz 1776 tarihli Amerika'nın bağımsızlık bildirisinde yer almış (47), daha sonra 1789 Fransız ihtilalinde kullanılmış. Gerçekten 26 Aoiit 1789 urılılı 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 belirtilmişin, 26 Aoiit 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 Anayasalını kendisine tanımış olduğu bir hakkı k ul lan inak tadı. Bu nedenle baskıyı içeren kuralları uygulayan memura karşı direnmek, memura mukavemet, kanunlara itaatsizlik sayılamaz.

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

Baskıya karşı direnme hakkının teorik temelleri hristiyanlığa kadar inmektedir. Hz. İsa'yı Romiü idareciler karşısında güç duruma düşürmek isteyen birisi İsa'ya parayı göstererek Romalılara ödenen vergi konusundaki fikrini sorar. İsa "rendez a Cesur te gui esi A Cesu c(a Dieu ce gui esi a Dieu". Sezarın hakkını Sezara. Tanrının hakkını Tanrıya veriniz demiştir (49)

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

Aynı kavram Aydınlik çağda başka bir anlamı kazanmıştır. Gerçekten toplumların anarşik bir dönem yaşadıkları, bundan kurtulmak ve mutluluklarını sağlamak için biraraya gelerek devleti kurdukları devletin turnemin dokunulmaz ve vazgeçilmez, insanın İnsan olması dolayısıyla sahip olduğu hakları

(47) Duverger M- ConMituiiois el D<KUHLCLIX pnbtiques, Puns 1971 sh 439.

(48) Duvetger M. A g.e sli. 9.

(49) Duverger M. Ccmllilions ti Documcnis pı>ljüguc.s, Paris 1971 sli. 439

(50) RobertL. A.g.e.sli. 127.

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

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

Ancak Anayasanın ihlâli 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 izırm hali doğar. Bu gibi durumlarda devletin meşru müdafaasından veya toplumun meşru müdafaasından söz edilmektedir (52).

Deinckki Anayasayı koruma eylemi yapan kişiler Anayasa için meşru müdafa veya izırrar hali içindedirler. (.) halde Anayasa ve Kamu hukukunun haklı 11oktalarından kaynaklanan yaptırımları aynı noktada birleşmektedirler.

XII - ANAYASAYI İHLAL SUÇUNUN UYGULANMASI

Anayasayı ihlâl 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]*)4() tarihinde kabul ettiği bir Anayasal Kanunla iş, aile ve valim haklarını güvence alltna alan bir Anayasa yapmak üzere Mıurşal Petain'in idaresinde bulunan Cumhuriyet hükümetine tam yetki vermiş ve kemli kendini feshetmişti.

(51) Burdeııı (i. A.s.c. sh. 71 vd.

(52) Manzıı V. A.g.<--. IVSI. kll. 4S4.

Bu durumdan harbin sona erimesi ve Fransız Kurtuluşundan sonra eski Cumhurbaşkanı Mareşal Petain ve başbakan Lava! sorumlu görüldüler. Devletin iç ve dış güvenliğine ihanetten, vatana ihanet yani Anayasayı ihlâl (md. 87) ve düşmanla işbirliğinden (md. 75) yargıldılar. İdama mahkum edildiler. Ancak yaşı nedeniyle Peklinin cezası ömür boyu hapse çevrildi (53). Bundan başka 21 Nişim 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 uygulunıştır. Fakat İtalyan yargıtayı 21 Ekün 1891 tarihli kararında fiilin 246. maddeyi ihlâl edeceğını (TCK. 311) suç işlemeye alenen 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 müttefiklerin 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) J. <Proces ilu Marechal Petain> cıtl J-JI. Paris 1945 Le ftovc Lav al Paris. 1946.

(54) Lallerriere t. A.g.c. sti. 712. Not 2.

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

(56) Matizini V A.;;e. İ9Ki. sh 4X4. Not. 4.

(57) Matizini V. A.y.e. İMl. sil. 4X4. Not. 5

B - Türkiye

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

146. maddenin tart ışınalı uygulanması aslında 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.

Aslında Türkiye'ye 27 Mayıs 1960 dmbesine 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 Anayasanın 103. maddesine açıkça aykırı olduğu gibi kuvvetler ayrılığı ilkesi ile de bağdaşır tarafı yoktu.

Ancak darbeden sonra eski iktidarı mensuplarını cezaiandumak ımıacıyla Anayasa ve Ceza hukukunun temel ilkeleri çiğnenmiş, Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen hüküm kamu yararım 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 devrimin! 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, T ürk 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 yoki-
çabilir.

Demek ki 1960 darbesi meşruiyet ve hukuk adına yapılmıştı.

Ancak 1 Sayılı Kanun 6. maddesinde eski iktidar mensuplarını yargıla-
mak üzere yüksek soruşturma ve Yüksek Adalet Divanı kurulmasını öngör-
mekte idi.

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

Esasen yeni bir malikeme kurmağa gerek yoktur. Bu konuda ağı^r ceza
mahkemeleri yetkili idi.

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

Amacı eski Cumhurbaşkanı ve eski iktidar mensupların şiddetle ce-
zalandırmak olan bu Kanuna derhal yürürlük tanımıştır.

Bu durum da Anayasal Ceza Hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz. Çünkü su-
çun işlendiği tarihte bu fiili cezalandıran bir kural yok ise o kimseye ceza ve-
rilemez. Ceza normu konulduğu günden itibaren işlenen fiilleri cezalandır

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 tara-
findan verilen hükümdür. Kanaatimizce hüküm verilir ve infaz edilirken ka-
mu yaran gözönünde tutulabilirdi. İdam cezasına mahkum okurlar liakkında
taktiri hafifletici sebep kullanılabilirdi. 1960 darbesi ve neticeleri Türkiye'de
daha sonraki yıllarda meydana gelen kamplaşmanın nedenlerinden birisi ol-
muştur. Toplum yararına olmayan ve uygulanmayan hukuku toplum ne yap-
sın. Hukuk toplum yaran sağlayan bir vasita değil midir?

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

ininde 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 GEZMİŞ ve arkadaşan 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 kafi gelemezdi. Onların fiilleri Anayasal düzeni yıkmak için silahlı örgüt kurmak olabilirdi (TCK. 168). Ayrıca failler 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, getiri İçmediği de sabittir.

Anayasayı ihlâl konusunda son olarak 12 Eylül 1980 hükümet darbesini yapanlardan, Anayasayı ihlâlden sorumlu tutulup tutulamayacaklarına değinmek gerekir. Bu konu basın yayın 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 mensuplan Anayasayı ihlâlden cezalandırabilirdi. Tıpkı 20-21 Mayıs olaylarından dolayı Talat AYDEMİR ve arkadaşlarının cezalandırması 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. Aslında 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 failer 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.