

CEZA KANUNLARININ ANAYASAYA AYKIRILIĞININ KONTROLÜ *

Yazan: Paolo ROSSİ

Tercüme: Doç. Dr. Öztekin TOSUN

İçindekiler: 1. Anayasa Mahkemesinin yetkisi ceza hakiminin halen icra ettiği uygunluk kontrolünü ortadan kaldırmakta mıdır? 2. Ceza kanunlarının ancak başka kanunla ortadan kaldırılacağı (mecburilik) prensibi Anayasaya aykırılık halindeki iptal ile sarsılmıştır. 3. Ceza kanununun iptali tipatip ilgaya uymamaktadır. 4. Meselenin Anayasa Mahkemesine havalesinin ceza dâvasına tesirleri. 5. Anayasaya aykırılığın tespitinin yargı halini almamış kararlara tesirleri. 6. İptalin yargı halini almış karara tesirleri.

1948 Anayasasından evvelki nizamda alelade hâkim kanunun, mahiyeti bakımından; Anayasaya aykırı olup olmadığını tetkik edemiyordu. Eski Anayasanın ihlâl edilmiş olduğu hallerde, hâkim, haksız ve Anayasa hukukunun prensiplerine aykırı olan kanunu şekli bakımından bütün şartları haiz olduğu için tatbik etmeli idi. Hâkimlerin şahsen üzölmelerine rağmen bu bir çok defalar da vuku bulmuştu.

Kazaî ve idarî tasarrufların kanuna aykırılığından her zaman bahsedilebilirken, bunun tam tersine olarak aynı mahiyette olan gayri meşrû kanun mefhumuna yer verilmiyordu. Buna rağmen hâkim, bir kanunun muteberliği için zarurî şartların herhangi birinin eksik olduğunu görünce yani kanunun kanun olmadığı hallerde, aynen yargı halini almış kararların mecburilik kuvvetini haiz olduğunun kabul edilmesine rağmen, zarurî şartlardan herhangi birinin eksikliği yüzünden, isim ve kast ne olursa olsun yoklukla malûl olan bu kararların infaz edilmesinden imtina edildiği gibi, onu tatbikten imtina ederek kanunun şekli kurucu unsurları üzerinde bir kontrol yapmak yetki ve hatta görevini haizdi.

[*] Il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi penali (Rivista Italiana di diritto penale, 1952, sy. 4, sh. 429-451).

Bu şekilde, meselâ, hâkim bir kanunu tatbik etmeden evvel, genel olarak söylenildiği gibi, kanunun mecburîliğini değil de mevcudiyetini gerektiren, pek yerinde olmayan bir deyişle şekil denen bütün o teminata riayet edilip edilmediğini araştırıp bu hususta kanaat sahibi olmalıydı. Millet Meclisinde kabul edilen metin ile Senato tarafından kabul edilen arasında uygunluk bulunup bulunmadığını tespit, kanun kuvvetini haiz bir kararname bahis konusu ise bunun kanun haline çevrilmesi için bütün kayıtlara riayet edilip edilmediğini kontrol edebilirdi. Ayrıca, Parlamento'nun ruhsatı ile neşredilmiş bir nizamname halinde ruhsat sınırlarına riayet edilip edilmediğini hükme bağlamalı idi; bu noktada da, bir hâkimin, açık ve kaba sınır dışı çıkma halleri dışında teşriî ruhsata dayanılarak meydana getirilen bir kararname muhtevasının, gerek kararnamenin gerekse ruhsat kanununun rasyonel vetiresinin tenkidine girmeden, kanunun sınır ve mahsatlarını ve kararnamenin bu sınır ve maksatlara uygunluğunu teleolojik bakımdan takdir ederek, bu ruhsatın sınırlarını aştığını beyan etmesi aşağı yukarı imkânsız görüldüğünden, cevaz verilmeyen maddî kontrol ile icrası vazife olan şekli kontrol arasındaki nazari ayırımın ince ve gayri vazih olduğunu, bunun zarurî olarak sırf şekli bir kontrolden çok farklı siyasî ve tarihî bir kıymet hükmünü intaç ettiğini teslim etmek lâzımgelmektedir.

Calamandrei¹, bazı hukuk kaidelerinin muhtevası üzerinde maddî kontrolün daha evvelki hukuk nizamımızda da tamamen reddedilmemiş olduğunu açıklamaktadır: Böyle bir kontrol şekli manada kanunlar ve kanun kuvvetinde olan hükûmetin tasarrufları üzerinde değil (çünkü yumuşak Anayasa rejiminde sonraki kanun daima evvelki kanunu ilga ediyor ve bu durumda sonraki kanun hiç bir zaman evvelki bağlayıcı kanunlarla zıddiyet arzetmiyordu), fakat muhtevalarının müessiriyetleri her halde daha üstün olması gereken öteki kaidelerin muhtevasıle zıt olmaması şartına bağlı daha zayıf hukuk kaideleri zümresi üzerinde bir kontrol kabul edilmekteydi. Tüzükler bakımından durum böyle idi. Kanun ve tüzük arasında zıddiyet olduğunda, adli makamlar zarurî olarak tüzüğün sadece şekli değil, fakat muhtevası üzerinde ve tüzüğün muhtevası ile kanunun muhtevasını karşılaştırmaktan ibaret, Anayasaya uygunluk değil, meşruluk, kanuna uygunluk kontrolü yapmalıydı. Daha sonraki kaidenin üstünlüğü prensibine kıymet verilen mahdut

[1] Calamandrei: La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Padova, 1950, sh. 8.

bir zayıf hukuk kaideleri zümresinin sınırları içinde olsa bile, demek ki, eski hukuk nizamında da kanuna uygunluğun maddî manada kontrolü bilinmeyen bir şey değildi.

Bizim görüşümüzce, esas mahkeme hâkimi yeni hukuk nizamında şimdiye kadar kendisine tanınmış çok mütevazı kanuna maddî uygunluk kontrolünü kaybedecek, fakat kanunun dış muteberliğine ait bütün meselelerde karar vermek hususunda yetkili kalmakta devam edecektir. Ceza kanununun başında yer alan ve bu bakımdan bugünkü içtihatlar göre sonraki kanunla ortadan kaldırılabilen, fakat şimdi Anayasanın 25. maddesinde de yazılı bulunan kanunîlik prensibine bağlı Ceza Hâkimi, bu prensip sebebiyle hiç kimse kanunun evvelce açıkça göstermediği bir fiilden dolayı ne de kanunun gösterdiği şekillerden farklı olarak cezalandırılmıyacağı için, kanunun müşahhas uygulanmasından evvel, çok defa böyle bir araştırma «...maddeleri gözönünde tutularak» formülü ile özetlenebilse bile, bizzat kanunun varlığı ve kanuna uygunluğu hakkında sarih yahut zımnî bir araştırma yapmaktadır. Ceza hâkimi herhangi bir müeyyideyi uygularken, açıklamadığı fakat daha evvelden ve zarurî olarak verdiği bir hükümle uygulanan müeyyideyi öngören kaidenin zaman içinde müessir bir kanun olduğunu, hazırlanmasının, ilân ve neşrinin mükemmel olduğunu ve mecburîliği yani kanun olma vasfı üzerinde şüphesi kalmadığını da beyan etmektedir.

Eğer Ceza Hâkimi her mahkûmiyet kararı verdiği zaman bu meşrûluk kontrolünü fiilen icra ediyorsa (İtalyan C. K. m. 1), resen veya talep üzerine, dâvaların büyük bir kısmında kabul edilen bir unsurun yani bir kanunun sadece bir kanunu meydana getirebilmeğe muktedir usüle göre hazırlanmış, müeyyidelendirilmiş, ilân ve neşredilmiş bir kanunun varlığının münakaşa edilmesinin, zımnî değil açıkça icra edilmesi gerektiğinde, onun bu kontrol yetkisinden mahrum kılındığını kabul etmenin sebebi izah olunamaz.

Anayasa (m. 134) ve 9 şubat 1948 tarihli 1 sayılı Anayasaya ait kanun, «kanunların ve kanun kuvvetindeki tasarrufların Anayasaya aykırılıkları hakkındaki ihtilâflar üzerinde» hüküm vermek yetkisini Anayasa Mahkemesine vermişlerdir. Benim görüşüme göre, bu, maddî bir uygunluk kontrolüne tekabül eden *Anayasaya uygunluk* ile şeklî bir uygunluk kontrolüne tekâbül eden *kaidenin muteberliği* arasında bir ayırım yapmayı gerektirmektedir. Resen veya talep üzerine, açıkça gayri ciddi görünmeyen bir maddî uygunluk meselesi

ortaya çıktığında, hâkim bu hususta karar vermeyi Anayasa mahkemesine bırakmakta, münhasıran şekli uygunluk meselesi çıktığında bu hususta karar verme yetkisini inhisarında bulundurmaktadır. Ekseri hallerde, yetkili bir doktrin Anayasanın yürürlüğe girmesinden çok evvel mevzuu incelediği için, her ihtilâf çıkışında maddî uygunluk meselesi mi yoksa şekli uygunluk meselesi mi bahis konusu olduğunu tefrik etmek nisbeten kolay görünmektedir. Bazı limit hallerde ve aşağı yukarı daima içinde hükûmete devredilebilen teşriî fonksiyonun icra edilmesi prensiplerini tespit eden Anayasanın 76 ve 77. maddeleri bahis konusu olduğunda, meselenin gerçek mahiyeti (maddî uygunluk olup Anayasa mahkemesini mi alakadar ettiği, yoksa şekli uygunluk mu olduğu) bir mesele olarak kalacaktır. En aşırı misal olarak, hükûmet tarafından ruhsata dayanmadan neşredilen yahut asgarî olarak bile mevzuu tayin etmeyen, zamanı sınırlamıyan, yönetici prensip ve vasıfları özet olarak bile tespit etmeyen beyaz bir ruhsata dayanan kanun kuvvetindeki kararnameler bahis konusu edildiğinde, Anayasaya aykırılık herşeyden evvel şekli mahiyette olacak ve alelade hâkim de bu hususta karar verebilecektir; fakat meseleler, mutaden ruhsat bulunup da şümûlü münakaşalı olduğu vakit; mevzuun muayyen bir tarifi olmasına rağmen tarif vasfını alabilmesi için en zarurî olan müşahhaslık bile münakaşalı olduğu vakit; zaman evvelden gösterilmiş olmasına rağmen, iltibas yüzünden zaman sınırının konulmadığı iddia edildiği vakit; yönetici vasıfları bazı bakımlardan belirmiş olmasına rağmen gerekli sarahate vardığı kabul edilmediği vakit ortaya çıkmaktadır.

Meselenin kanun kuvvetindeki kararnamenin ruhsat kanununun tayin ettiği prensiplere ve kriterlere yahut kararname ile tanzim edilmiş mevaddın kanunun tarif ettiği mevzua fiilen uygunluğu noktasında toplandığı her halde şekli uygunluk kontrolü ile maddî uygunluk kontrolü, doktrinal olarak herhangi bir ayırımı sun'i ve pratik olarak da imkânsız kılacak derecede tetabuk edecek ve birbirine karışacaktır.

Böyle bir ihtimalde, ceza hâkimi Anayasa mahkemesine münhasır bu kadar tipik bir yetkiyi veya fonksiyonu gaspetmek tehlikesi karşısında, durmalı ve meseleyi ona havale etmelidir.

Ceza hâkiminin sadece şekli uygunluk meselelerinde çok sınırlı olmakla beraber hala mevcut karar verme yetkisi hakkında daha yukarda serdettiğimiz kanaat Anayasanın ilk şarihlerinininkine uymaktadır. Çok yetkili olmakla beraber münferid kalan Ranelletti'nin

bir fikri müstesna², aşağı yukarı bütün yorumcular «Anayasa hükümlerine riayetin Anayasanın metninde bulunan usûlî hükümlerde şâmil olduğu, bunların da Anayasa Mahkemesi tarafından kontrole tâbi tutulacağı»³'nı kabulde fikir birliği yapmaktadırlar; bu şekilde, doktrindeki bu duruma göre, ister maddî uygunluk bahis konusu olsun, ister şekli uygunluk bahis konusu olsun, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluk mevzuunda münhasır yetkisi olduğu söylenebilecektir. Calamandrei bu mevzuda daha sarihdir: «*Anayasaya aykırılık* tabirinin manası o kadar geniştir ki, içine adî kanunlardaki mümkün bütün şekli ve maddî kusurları alır; Anayasaya aykırılık bekletici bir mesele olduğuna göre, alelade hâkim (eğer açıkça gayri ciddi olduğu için reddetmek istemiyorsa) bu halin her hadis oluşunda, Anayasa Mahkemesinin cevabını beklemesi gerektiğinden, bunun neticesi olarak, hâkim, daha evvelki hukuk nizamında yapabildiği gibi, şekli muteberiyet şartlarından birinin yokluğu sebebiyle bir kanunu tatbikten imtina edemiyecektir; çünkü, bugün böyle bir yokluk sadece Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilebilmektedir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi yürürlüğe girdiğinde, hakimin artık kendisine bir zamanlar tanınmış olan Anayasa şekli aykırılık mahdut kontrolünü bile icra edemiyeceğini kabul etmek gerekmektedir⁴. Ballardore-Pallieri de, kat'i bir eda ile «Bu durumda,

[2] Ranelletti: Istituzioni di diritto pubblico, 1949, II. sh. 147.

[3] Amorth, La Costituzione italiana, Milano, 1948, sh. 245: «Kanunun yapılmasına katılması gereken bütün organların kanunun meydana getirilmesine iştirak edip etmediğinin, bunların nizami olarak teşekkül edip etmediğini ve tespit edilmiş usullere riayetsizlik edilip edilmediği hususlarının kontrolü Anyasa Mahkemesinin yetkisi dahiline girer. «Karsılaştırınız, Cereti: Corso di diritto costituzionale italiano, Torino, 1950, sh. 315. Petrucci'nin kanaati pek kat'i görünmemektedir (La Corte Costituzionale, in «Commento, sistematico alla Costituzione italiana, diretto da Calamadrei e Levi, Firenze, 1950, vol. II, sh. 444): «Anayasa, bir Anayasa kaidesi muvacehesinde şekli uygunluk kontrolünün Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağını açıkça göstermiş değildir; fakat adı geçen kontrol zarurî olarak Anayasa Mahkemesinin ifa etmeğe davet olunduğu fonksiyonun icabı bulunduğundan, bu sükûttan menfi bir sonuç çıkarılamaz. Gerçekten, eğer evveleminde bir Anayasa kaidesinin varlığı tespit edilmeden, bir alelade kaidenin buna uygunluğu veya aykırılığı hakkında bir hükme varılamaz. Bu durumda, Anayasa kaideleri karşısında Anayasa Mahkemesinin durumu, Alberto Anayasası karşısında hakimlerin durumunun aynı olup, mahiyet bakımından da araştırma yetkileri aynı tahditlere tabidir». Kanunların şekil bakımından Anayasaya uygunluğunu kontrol yetkisi Anayasa Mahkemesine de tanınırken, alelade hakimin bu yetkiden mahrum kılınıp kılınmadığı iyice anlaşılammaktadır.

[4] Calamandrei: s.g.e., sh. 87.

Anayasa Mahkemesi kanunlar muvacehesinde evvelce normal kaza mercilerine tanınan yetkiyi de elde etmektedir» demektedir⁵.

Bu fikirde olmadığımı yukarda bildirmiştim; gerekçelerimi arz etmek istiyorum.

Kurucu Meclisin Anayasa Komisyonunun ikinci sükomisyonunun ikinci devresinde, 13 ve 27 ocak 1947 oturumlarında cereyan eden müzakereler, Anayasa koyucuların, Anayasa Mahkemesini yaratmakla, evvelce hâkimler tarafından icra edilen şekli uygunluk kontrolünü daha iyi ve başka şekilde teminat altına almağa değil, fakat maddî mahiyette bir kontrol vasıtasile «kanun vazınının tayin edilmiş kaidelerden ve prensiplerden ayrılmaması için», «kanunun Anayasanın genel esaslarına uygunluğu»'nu⁶ sağlamağa matuf olduğunu ispat etmektedirler.

Anayasa Mahkemesi hakkında Kurucu Mecliste üç yazılı (Calamandrei, Leone, Patricolo) ve bir sözlü (Rossi) rapor bulunuyordu; üç yazılı rapora müşahhas tekliflerin metinleri de ilâve edilmişti⁷. Bunların hiç birinden, ister maddî, ister şekli olsun bütün aykırılık hallerinin kontrolünün Anayasa Mahkemesinin münhasır yetkisine terkedildiği hususunda bir irade istihraç edilmemektedir. Aksine, tasarılarından hiç olmazsa ikisi, şekli uygunluk kontrolünü alelade adli makamlara bırakmış görünmektedirler. Calamandrei tasarısı, şekli uygunluk mefhumunu da içine alan mutad *uygunluğun kontrolü (controllo di legittimità) ve uygunluk (legittimità)* tabirlerini kullanmaktan çekinerek, daima *Anayasa kontrolü (controllo costituzionale) ve kanunların Anayasaya uygunluğu (costituzionalità delle leggi)*'ndan bahsetmektedir. Leone projesi Anayasa teminatı (garanzia costituzionale) kelimelerini kullanmakta ve Anayasa Mahkemesinin yetkisinin çevresini çizerken şekli uygunluğun kontrolünü bertaraf etmektedir. Yalnız Patricolo tasarısı açık olarak gerek «kanunların Anayasaya uygunluğu hakkında», gerekse «kanunların muteberiyeti hakkında» hüküm vermeyi Anayasa Mahkemesine bırakmaktadır; ve Patricolo tasarısının Komisyonunda ve daha sonra Kurucu Mecliste takip edilmemiş olması olayı bir yana bırakılsa bile, bu, sadece *Anayasaya uygunluğun kontrolü, Anayasa teminatı* ile

[5] Balladore-Pallieri: Diritto costituzionale, Milano, 1949, sh. 235.

[6] Milletvekili Ambrosini'nin beyanati, 13 ocak 1947 oturumu.

[7] Atti della Commissione per la Costituzione. Vol. II. selazioni, sh. 200, 206, 219.

şekli uygunluk kontrolü arasında bir tefrik yapılmak istendiğini ispat edecektir.

Hükûmet sözcüleri arasındaki ve daha sonra Kurucu Meclisteki münakaşalarda, müdafaa veya tenkid ederken, bir çok hatiplerden hiç birinin aklına münakaşa konusu metni sanki bununla tamamen Anayasa Mahkemesine münhasır olan bir maddî ve şeklî kaza yaratılmak isteniyormuş gibi tefsir etmek gelmemiştir. Kurucu Meclis üyelerinden Anayasa Mahkemesinin kurulması aleyhinde konuşmuş hassaten vasıflı iki kişi, Einaudi ve Nitti⁸, alelade hâkimin zaten yürürlükte olan nizam tarafından kendisine verilmiş şeklî uygunluk kontrolünden başka maddî uygunluk veya Anayasaya uygunluk kontrolünü de ifa etmesi fikrini izhar etmişler, fakat müesseseye taraftar olanlardan biri bile aksini yani normal hâkimi evvelce kullandığı şeklî uygunluk kontrolü yetkisinden mahrum bırakmanın uygun olduğunu beyan etmemiştir; sonra 134. madde olan hükmün meydana getirilmesi için sunulmuş sayısız metinlerin hiç birinde bütün Anayasaya aykırılık nevelerinin kontrolünü ifade eden tabirler görünmediği gibi, hattâ maddî ve yalnız maddî kontrol mahiyeti daima tebarüz ettirilmiştir; çünkü, ortak kanaat tam manasile normal hâkimlerin yetkisinin hiç bir kısmını eksiltmek olmayıp tamamen yen iye farklı bir yetki veya fonksiyonu olan yeni bir müessese yaratmaktı.

Fakat Anayasa koyucularının kastlarının ehemmiyeti azdır ve metne önem verilmelidir; Anayasa koyucular hukuk terminolojisinin bütün inceliklerini bilmeğe mecbur olmadıklarından, bir sürç-ü lisan dolayısıyla, şüphe caiz olmayan niyetlerinin aksini ifade ederek hataya düşmüş olabilirler. Acaba gerçekten de böyle midir? Anayasanın 134. maddesi Anayasa Mahkemesine *Anayasaya uygunluk* mevzuundaki ihtilâflarda münhasır yetki tanımakta ve 9 şubat 1948 tarihli 1 sayılı kanun da *Anayasaya uygunluk* ihtilâflarından bahsetmektedir.

Eğer maddî ve şeklî bütün uygunluk halleri Anayasa Mahkemesinin münhasır yetkisi içine sokulmuş olsaydı, niçin daima *Anayasa* kelimesi kullanılmıştır? Diğer yandan da bir mesele ortaya çıkmaktadır. Ya bütün uygunluk meseleleri, geniş manada, Anayasaya ait mahiyettedir ve bu takdirde Anayasanın (m. 134, 136, 137) ve 9 şubat 1948 tarihli ve 1 sayılı Anayasaya ait kanunun (başlık, m. 1

[8] Atti della Commissione della Costi tuzione, Assamblca Plenaria, sh. 287; Atti delll Assamblca Costituente, cilt X, sh. 2607.

ve 2) *Anayasa* tabirini uygunluk veya aykırılık kelimesi ile birlikte kullanmalarındaki titizlik izah olunamaz; yahut *Anayasa* kelimesinin tavsif ve tahdit edici bir manası vardır, bu da, bu durumda *maddî* manasından başka bir mana ifade edemez. Bizim hukuk nazariyatımızda genel uygunluk mefhumu ile Anayasaya özel uygunluk mefhumunu ayrı ayrı inceleme fırsatı bulunamamıştır; sert bir Anayasanın bulunmadığı ve daha sonraki alelade kanunla değişmeyen kanun veya üstün-kanun hiyerarşisini tanımayan bir nizamın mer'î bulunduğu bir zamanda, yürürlükteki hukukta makes bulmayan mücerret bir Anayasaya uygunluk kategorisini formüle etmeğe uğraşmak sadece zaman kaybında ibaret olurdu. Fakat 134. maddeyi kaleme alan Hükûmet temsilcilerinin şekli uygunluk ile esasa ait uygunluk arasındaki fark hakkında ve daha fenası uygunluk (meşruiyet = *legittimità*) kelimesinin siyasî tarih dilinde olduğu gibi hukuk dilinde, adî ve basit dilde olduğu gibi edebî dilde hem şekli uygunluk hem de esasa ait uygunluk mefhumunu ifade ettiği hakkında tam bir bilgi sahibi olmadığını zannetmek doğru değildir. Kanunun bir ifadesini haşiv olarak kabul etmeden evvel ona makûl bir mana vermeğe çalışmak lâzım geldiği doğru ise, »Anayasaya uygunluk»'taki *Anayasa* tabirinin manasının, Kurucu Meclisin siyasî iklimi, müesseseyi meşrû göstermek için *Anayasa Mahkemesinin* bütün taraftarlarının hatırlattıkları tarihî tecrübeler gözönünde tutularak «Anayasaya ve onun ruhuna uygun»'dan başka bir şey olmadığı neticesine varmak lâzımgelir. *Anayasa Mahkemesinin* teşkilâtı hakkındaki daha sonraki münakaşalar ve nihayet bir çok polemiklerden sonra aldığı şekil, evvelce başka organlar tarafından teminat altına alınmış ve hiç bir zaman endişe ve münakaşa konusu olmamış bir şekli uygunluk kontrolünün değil, fakat kelimenin tam manasile siyasî olan bir iç uygunluk kontrolünün kastedildiğini ispat etmektedir; bizim hukuk nazariyatımıza göre yeni olmakla beraber, muhakkak rastgele seçilmiş olan Anayasanın gayesine uygunluk manasındaki *Anayasaya uygunluk* tabiri ile, tesadüfen izhar edilmiş olmayan bu maksat ifade edilmek istenmektedir. Bazı şekli uygunluk meselelerinin kaidenin tamamen hukukî mevcudiyetine taallûk ettiği açıkça görüldüğü hallerde, nasıl olur da hâkim, cezaî mevzuda, tatbik ettiği kaidenin bizzat mevcudiyeti hakkında kontrol yapmak yetkisinden mahrum bırakılabilir? Tevkif mecburiyeti bulunduğu hallerde, bir Bakanlık sirkülerinde mevcut cezaların tatbik edilemeyeceğini beyan etmek için yahut neşrinden altmış gün içinde Meclisçe tasdik edilmemiş bulunan

bir muvakkat kanunun tesirsiz kaldığını kabul etmek için, normal bir ceza hâkimi sanığı mevkuf tutmakta devam ederek, yetkisiz olduğunu beyan edip dosyayı Anayasa Mahkemesine mi göndermek mecburiyetinde olacaktır? Anayasanın 134-137. maddelerinin çabuk fakat dikkatsizce hazırlanışı sırasında muhakkak ki bu durumların gerçekleşmesi kastedilmemiştir.

Ceza hâkiminin Cumhuriyet Anayasasından evvelki hukuk nizamına göre haiz olduğu şekli uygunluk kontrolü mevzuundaki yetkilerini muhafaza ettiği yolunda teklif ettiğimiz yorum mutlaka Anayasa koyucunun maksadına cevap vermekte ve hiç bir zaman Anayasanın kutsal metninin lafzına aykırı bulunmamaktadır.

Bundan başka, Anayasa Mahkemesinin yalnız müstakbel nazariyat terminolojisinde Anayasaya uygunluk tabiri ile ayniyet arzemesi gerekecek maddî uygunluk meselelerinde yetkili olmasının tercihe şayan bulunduğunu maslahata uygunluk bakımından da tebarüz ettirmek gerekmektedir. Herşeyden evvel, Anayasa Mahkemesinin kurulmas ile zaten bazı şekillerde sarsılmış bulunan normal kazanın prestijine haksız bir rahne açılmamış olacaktır. Bundan başka, daha önemlisi, kolaylıkla esas mahkeme hâkimi tarafından halledilebilecek bir kısım meselelerin, büyük zaman ve para kaybına ve adaletin yerine getirilmesinde gecikmeden ileri gelen tamir kabul etmez haksızlığa sebebiyet vererek Anayasa Mahkemesine gönderilmesine engel olunmuş olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin yetkisinin maddî uygunluk kontrolü ile mahdut olduğu hususundaki tefsir bana bir başka bakımdan da tercihe şayan görünmektedir. Doktrinde, Anayasa Mahkemesine verilen kontrolün mahiyetinin beyanî mi yoksa inşaî mi olduğu, diğer bir deyişle, bizim Anayasa nizamımızda Anayasaya aykırı bulunan kanunların yoklukla mı, yoksa butlanla mı malûl oldukları meselesi ile uğraşılmıştır⁹. İlk bakışta 136. madde «Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun kuvvetindeki bir kararname hükmünün Anayasaya aykırılığını beyan ederse, bu hüküm müessiriyetini kaybeder...» kelimeleri kullanılmış olduğu için meseleyi, Anayasaya aykırılık kontrolünün beyanî mahiyette olduğu ve Anayasaya aykırı kanunların doğuşlarından itibaren yok sayılacağı şeklinde çözmek mümkündür gibi görünmektedir. Fakat hemen sonra, 136. madde yürürlükten kalkmanın kararın neşrini takip eden gün olduğunu tespit etmekte,

[9] Calamandrei: s.g.e., sh. 72.

bu da Anayasaya aykırılığı kabul edilmiş kanunun aykırılığının *ex tunc* yani yürürlüğe girdiği andan itibaren olduğu, hukuken yoklukla malûl bulunduğu fikrini bertaraf etmekte, Anayasa Mahkemesinin kararının ilânına inşâî bir mahiyet vermekte ve Anayasaya aykırı kanunları butlanla malûl tasarruflar arasına sokmaktadır.

Balladore-Pallieri ve Petrucci¹⁰, meseleyi, Anayasaya aykırılığı beyan olunan kanunun doğuştan yok bir kanun değil fakat Anayasa Mahkemesinin onu iptal ettiğini ilân etmesine kadar bütün diğer kanunlar gibi muteber bir kanun olduğu şeklinde halletmişlerdir; bu durumda, yoklukla malûliyet değil, fakat tipik bir butlan kontrolü bahis konusudur. Anayasa da hukuk diline has olan ve herbiri muayyen bir manası bulunan gerek butlan gerekse yokluk kelimesini kullanmayıp, bunun yerine «...itibaren hüküm icra etmekten kalır» demekle, Anayasa Mahkemesinin kararı ilân etmesinden evvel tarihen ve hukuken mevcut olmaya, ortaya çıkmış ve kapanmış münasebetler bakımından muntazaman hüküm ifade etmeye devam ettiğini, Anayasaya aykırılığın ilânından sonra kanunun artık, değil yoklukla malûl kılınmak, hatta gerçek manada iptâl bile edilmeyip sanki zaman içinde durdurulduğunu ifade etmek istemiştir.

Hal böyle olunca, neticeler çıkarmak gerekmektedir: Ya Anayasa Mahkemesinin fonksiyonu maddî uygunluğun kontrolüne hasredilir yahut objektif bakımdan yokluk ve butlan olabilen bütün meseleler hakkında münhasır yetkisi bulunan bir mahkeme en kaba mutlak butlanları kabul eder fakat her türlü halde, daima tek bir, geçmişe şâmil saçma bir tamir edici karar, *ex nunc* (yani karar verilmesinden itibaren tesirlerini yaratan) bir yokluk kararı vermeğe mecbur kalır. Bir kanunun ve kanun kuvvetini haiz bir kararnamenin muteber olabilmesi için riayeti zarurî şekli mahiyetteki kaidelerin ta başlangıçta ihlâl edildiğini kabul eden bu karar, 136. maddenin ifadesine göre, hükmün neşrine kadar uzanan muhtemelen oldukça uzun bir zaman için kanun olmayan bir kanuna veya Anayasa bakımından yoklukla malûl bir tasarrufa kanun haysiyet ve müessiriyetini bahşedecektir. Özet olarak, kanunun veya kanun kuvvetini haiz tasarrufların aleyhine açılmış her dâva veya yapılmış her defi, mahiyetine aykırı olarak, daima iptâl dâvası halini alacak, bu şekilde siyasî icra organı, Anayasa Mahkemesi hükmünün neşrine kadar bunun tesirlerinin her ne olursa olsun müessir ve muteber olduğunu

[10] Balladore-Pallieri: Diritto costituzionale, Milano, 1949, sh. 239; Petrucci: s.g. La Corte Costituzionale, sh. 456.

bildiğinden, tasarrufun mevcut olabilmesi için aranan teminat hükümleri dışında hareket etmek imkânını bulabilecektir.

Meydana getirilişi sırasında şekli bakımından kusurlu ve kanun mahiyetini verecek zarurî unsurlardan herhangi birinden (muteber oy adedi, delegasyon, neşir ve ilân, Meclisçe tasdik, vs.) mahrum olduğu görülen bir kanun veya kanun kuvvetindeki bir tasarruf, aynen hâkimin imzasını taşımayan yahut hâkim sıfatı olmayan bir Emniyet Komiseri veya bir Vilâyet Sekreteri tarafından alınmış kararlar gibi ta başından itibaren hukuken yoklukla malûdür. Usulüne uygun olarak kabul, neşir ve ilân edilmiş, fakat Anayasanın herhangi riyeti mecburî bir prensibine aykırı bir kanun, Anayasaya aykırı olduğu için iptâl edilmediği müddetçe bizzat hukuk nizamının faydasına tesirler yaratabilen ve yaratması gereken bir kanun olarak mevcut bulunmaktadır. Buna mukabil, 134. maddenin çok münakaşa götürebilecek bir yorumu yüzünden kendimizi yokluk ile butlan arasında saçma bir karışıklık yaratmağa ve baştan itibaren muteberiyetten mahrum olduğu kabul edilen tasarrufları iptâl edilinceye kadar kadar muteber saymaya mahkûm etmek yerinde olmasa gerektir.

Bir an için Anayasa Koyucuların maksadına geri dönmemiz uygun olur. Ananevî kanunlarda ve tarihî realitede, çok farklı neticelere sebebiyet veren yoklukla malûl tasarruflar ve butlanla malûl tasarruflar bulunduğuna göre, onlar muhakkak ki, münhasır salâhiyet yüzünden, gerek yokluk gerekse iptâl dâva ve defilerine bakacak Anayasa Mahkemesinin her iki halde de sadece iptâl kararı vermesini istemiş değillerdir. 134. maddeyi, şekli ve maddî bütün aykırılık meselelerinin, Anayasaya aykırılık tabirinde mündemiç olduğu ve bu sebeple Anayasa Mahkemesine gitmesi gerektiği tarzında yorumlayan şerhçilerin muhakemesi burada altüst olmaktadır. Yetkiyi dış unsurlarla değil, fakat bizzat yetkinin içindeki unsurlara göre tayin etmelidir. Eğer Anayasa Mahkemesi iptâl kararından başka karar veremiyorsa, bundan, bizim hukuk nizamımıza ve tecrübelerimize has mücerret ve gerçek yokluk ihtimalinin hukuk ve olaylar tarafından ortadan kaldırılmış olduğu ve bu hususta vaki talebin, eşyanın mahiyetine aykırı olarak iptâl talebi olduğu manasını çıkarmak doğru değildir; fakat, sırf şekli aykırılık kontrolü, daima onu icra etmiş olan ve Anayasa koyucuların en küçük bir şekilde olsun kendisini bundan mahrum bırakmayı beyan etmedikleri yahut düşünmedikleri, yokluk kararını vermeğe yetkili alelade hâkimde kaldığından, bundan,

Anayasa Mahkemesinin yalnız iptâl mevzuunda yetkili olduğu için, yalnız yeni olarak Anayasaya maddî bakımdan aykırılıkları kontrol ettiği manasını çıkarmak lâzımdır.

Bütün aykırılık hallerinde meselenin Anayasa Mahkemesine ait olduğu şeklindeki yorum tarzının ortaya koyacağı aksaklıkların basit misalleri bizim fikrimizi teyid etmektedir; böyle bir tefsir halinde, 136. maddenin kat'i ifadesi gereğince, Anayasaya aykırılık mevzuunda, butlanı gerektiren karardan başka karar verilemez. Tasavvur edilsin ki, şekil kusuru sebebiyle yoklukla malûl bir kanun para cezaları ve hatta genel mal müsadresi cezalarını koymuş bulunsun ¹¹; bundan sonra, her türlü Anayasaya aykırılıkları incelemek yetkisinden mahrum kılınmış, yetkili olmadığı meseleleri tebarüz ettirmemeğe bu psikoloji içinde sevk edilmiş alelade hâkim, kendilerini iyi müdafaa edemiyen gaip veya sanıklara, açığöz (veya devir değiştiğinden) yeni bir sanık Anayasaya aykırılık def'inde bulununcaya ve bu Anayasa Mahkemesinde mümkün yegane karar olan iptâl ile batıl kılınana kadar, bir çok hallerde bu şibih-kanun'u tatbik edecektir; iptâl edilen kaide, kararı takip eden günden itibaren ki herkese karşı (erga omnes) tesirsiz kalacağından, malları evvelce müsadere olunanlar kendilerini ancak bu cezanın Anayasaya aykırı olduğu beyan olunan bir kanunla vuku bulduğunu haykırarak teselli edebileceklerdir ¹¹.

Özet olarak:

Anayasanın 134. maddesinin lafzı Anayasa Mahkemesinin yetkisine sadece Anayasaya maddî aykırılık meselelerinin tabi olduğu şeklindeki tefsiri bertaraf etmemektedir; Anayasa koyucularının maksadı da bu olmuştur; bunlar evvelki hukuk nizamında bilinmeyen yeni bir Anayasaya aykırılık kontrolü imkânı yaratırken, buna riayeti sağlayacak organı tayin ederken, şekli Anayasaya aykırılık kontrolü bakımından mevcut hukukî nizamı değiştirmek istemiş değillerdir.

Yokluk ve butlan arasında tehlikeli bir karışıklık ancak Anayasaya şekli aykırılık mevzuunda normal hâkimin yetkisini muhafaza ettiği tarzında bir yorumla bertaraf edilir.

Anayasaya şekli bakımdan aykırılığın kontrolünün normal hâkimin yetkisine girdiği kabul edilince, ileri sürülen veya mahkemece kabul edilen aykırılığın mahiyeti, şekli mi, maddî mi olduğu mev-

[11] Bu şekilde cezalara medenî memleketlerde devrimizde bile rastlanmıştır (Bu hususta bk. Vassalli: La confisca dei beni, Padova, 1951).

zuunda salâhiyetin tayini (competentia competentiae) hususunda ihtilâf çıkabilir.

Bu salâhiyetin tayini salâhiyeti 9 şubat 1948 tarihli ve 1 sayılı Anayasaya ait kanunla kurulan nizama göre, ancak normal hâkime aittir. Eyaletler tarafından kanun yoluna gidilmesi hali hariç, Anayasaya aykırılık meselesinin yalnız mukaddem bir kararla Anayasa Mahkemesine arzedilmesi lâzımgeldiğine göre, esas mahkeme meselesinin açıkça gayri ciddî olmadığını tespit etmek için ileri sürülen meseleyi tetkik etmek mecburiyetindedir; bu tetkikinde, hukuka aykırılık meselesinin ciddiliğinin yeterliliği hususunda bir hükme varmadan evvel hiç olmazsa bu aykırılığın mahiyetini tarif etmesi lüzumludur. Hâkim, hiç olmazsa meselenin neden ibaret olduğunu yani Anayasaya şekli aykırılığı mı, yoksa maddî aykırılığı mı gerektirdiğini söylemeden onun nasıl olur da açıkça gayri ciddî olduğunu beyan edebilir? Tarafların ve müdafilerin cür'etkârlığını frenlemek ve sözde kalan Anayasa aykırılık meselelerinin Anayasa Mahkemesine sevkedilmesile çok ağır dâvalarda âmme etkârında karışıklık doğmasından istifade edilmesine mâni olmak için, hukuk sistemimizin yerinde bir şekilde istiyerek kabul ettiği bu araştırma vasıtasile esas mahkeme hâkimi meselenin gayri ciddî olmadığını, Anayasaya müteallik bulunduğunu ve normal hâkim olarak bunu tetkik yetkisi bulunmadığını söylemek için de zarurî olarak kendisinin salâhiyetli olup olmadığını (competentia competentiae) tespit etmektedir.

2. Ceza kanunlarının ancak başka bir kanunla ortadan kaldırılabacağı (mecburîlik) prensibi Anayasaya aykırılık halindeki iptal ile sarsılmıştır.

Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra, Devletin ve Eyaletlerin bütün kanunlarının şartlı olarak muteber oldukları ve zaman sınırı olmaksızın, muhtemel bir iptale tabi tutuldukları söylenebilir. Anayasa Komisyonunda ve Kurucu Mecliste hukuktaki kat'iliği müdafaa sadedinde çok münakaşa edilmiş ve bir kanun aleyhine Anayasa Mahkemesine müracaat hakkının kullanılması zamanını muhtelif bakımlardan tahdit etmek düşünülmüştür. Süre olarak Cappelletti, Bozzi, Mortati, Bulloni tarafından bir yıl, iki yıl, dört yıl ve hatta üç ay teklif edilmiştir¹². Hatta Komisyon, ilk kabul ettiği metinde kanu-

[12] Atti dell'Assamblea Costituente, cilt XI, sh. 4335 ve müt.; Atti della Commissione per la Costituzione, sh. 160.

nun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde bunun Anayasaya aykırılığının doğrudan doğruya iddia edilmesini ve dâva esnasında ancak iki yıl içinde taraflar yahut resen hâkim tarafından ileri sürülmesini kabul etmişti. Fakat aynı süre taraftarları bunu ceza kanunları bakımından kabul etmek istemiyorlardı; sebep olarak da, benim görüşüme göre, şahıs hürriyetini tahdit etmeyen veya başka şekilde cezalandırma yoluna gitmiyen bir kanunun, hiç kimse aleyhinde dâva yoluna gitmediği takdirde, Anayasaya aykırı olsa dahi, yürürlükte kalmasına tahammül edilebilirken, Anayasaya maddî aykırılığın kontrol edildiği bir rejimde, kısa olmayan ve bir alay çalışmayı gerektiren kanunun ilgası devresinde, Anayasaya uygunluğu hususunda ağır şüphe bulunan bir kanuna dayanılarak mahkûmiyet verilmesi ve infaz edilmesi kabule şayan görülmemiştir.

Yeni hukuk nizamı ceza kanunlarının ancak kanunla kaldırılabilceği şeklindeki mecburiliği (irrefragabilitâ) prensibini ihlâl etmektedir. Manzininin «Kanunun mecburiliğinden maksat bunun ancak bir başka kanun tarafından değiştirilebilmesi yahut ilga edilmesidir¹³» şeklindeki abidevî tarifi artık tamamen doğru değildir. Ceza doktrininin, eksik de olsa, şimdiye kadar kullandığı vasıtaların bir kısmının yardımı ile, maddî ve usulî ceza kanununun iptali mevzuundaki bu yeni müesseseyi sistemleştirmeğe hazırlanması gerekecektir.

3. Ceza Kanununun iptali tıpatıp ilgaya uymamaktadır.

Ceza kanunlarının iptali, ceza kanunlarının ilgasını ve zaman itibarile uygulanmasını tanzim eden kaidelere istemiyerek ve rahatça kıyas yapılarak izah olunmaktadır. Halbuki, iyice bakıldığında, kıyasın inkarı kabil değilsede, bunun tamamen yerinde olduğu da söylenemez.

Bir kanunun veya kanun kuvvetindeki bir tasarrufun Anayasaya aykırılığını beyan eden Anayasa Mahkemesi kararı yeni bir kanun değildir.

Yeni bir Anayasa organı olan Anayasa Mahkemesinin mahiyeti üzerinde çok uzun boylu münakaşa edilmiştir. Bir çokları, daha doğrusu ekseriyet tarafından onun teşriî veya teşriî-üstü bir mahiyeti olduğu fikri kat'iyetle reddedilmek isteniyordu. Bazı yazarlar da metinlerin ifadelerinden bu maksadın çıktığını kabul etmektedirler:

[13] Manzini: Trattato di diritto penale italiano. 1933, cilt I, n. 107.

Anayasa Mahkemesi kazaî bir fonksiyon ifa etmektedir ve hususî bir kaza organı olarak telâkki edilmelidir¹⁴. Diğerlerine ve bunlar arasında hususile Calamandrei'ye göre¹⁵ «Anayasa Mahkemesinin üyelerine hâkim, onun ifa ettiği fonksiyona hüküm, vs. diyerek yersiz olarak kazaî bir terminoloji kullanmış olan» Anayasa Koyucularının maksatları takdire şayan, fakat başka olup, bir netice hasıl edememiştir; çünkü Anayasa Mahkemesinin kontrolü kanuna kazaî anda değil, fakat doğduğu anda tesir icra ettiğinden, Anayasa Mahkemesi bizzat bir nevi veto hakkı ve binnetice, sadece ilga edici olsa bile gerçek bir yasama kudreti icra eden bir yasama organı veya yardımcı bir yasama organı hatta tabir caiz ise daha üstün bir yasama organı olmalıdır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin kararına, şekli manada ve maddî manada, bir kanundur denilemez. Anayasaya aykırı olduğu beyan olunan norm tarafından suç olarak gösterilen ve cezalandırılan fiil, Anayasa Mahkemesinin kararından evvel siyasî, sosyal, tabii manada suç vasfını haizse, bu muhtemel vasfını kaybetmemektedir. Sadece Anayasa Mahkemesinin kararının neşri ile, bu suçu tarif eden normun, geçmişe şâmil olmadan müessiriyetini kaybetmesi dolayısıyla suç olma hukukî vasfını kaybetmesi de münakaşa edilecek bir konudur.

İlga ile iptal arasındaki en esaslı fark şu olsa gerektir: İlga ile evvelki kanunun meşruiyeti ve hukukîliği inkâr edilmediği gibi, hatta mecburî ve muteber (yani kanunun iç ve dış şartlarını haiz olduğu) norm olma vasfı o derece kabul edilir ki, halen siyasî lüzumu hususunda şüpheyeye düşüldüğünde, ne metrukiyet, ne yeni bir tefsir, ne vazgeçme yolu ile onun uygulanmasına mani olmak imkânsız olduğu için, onu başka bir kanunla değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya karar verilir. Buna mukabil, dâva mevzuu normun Anayasaya aykırılığı beyan olunmakla, onun hukukîlik vasıfları inkâr edilir, verilen kararlar (nunc) kanunun meydana getirildiği zaman zaten onun Anayasanın kanunda aradığı esaslara aykırı olduğu beyan olunur. Gerçekten, hususî hukukta olduğu gibi, meselâ klâsik misallerde zikredildiği üzere, vaad edilen eşyanın sonradan mukaddes olması, satılan kölenin sonradan serbest olması vs. gibi, sonradan hadis olan bir Anayasaya aykırılık kabili tasavvur değildir. Kanun veya kanun kuvvetindeki tasarruf ya baştan itibaren Anayasaya aykırıdır yahut hep Anayasaya uygun kalmıştır. Sonradan yalnız

[14] Ranelletti: s.g.e. sh. 152.

[15] Calamandrei: s.g.e. sh. 60.

evvelce farkına varılmamış veya varılmak istenmemiş yahut ileri sürülememiş, fakat teşekkül anında zaten mevcut bir Anayasaya aykırılık ortaya çıkarılabilmektedir. Anayasa, Anayasaya aykırılığı karar altına alınmış kanun ve kanun kuvvetini haiz tasarrufların yoklukla değil fakat butlanla malûl olduklarını, binnetice kararın ilân edildiği günü takip eden günden itibaren müessiriyetlerini kaybedeceklerini, ancak Devlet otoritesi ve hukuktaki kat'ilik yüksek menfaatleriyle kabul etmiştir.

Kıyas yolu ile daha tabii bir şekilde istifade edilecek müessese ne ilga ve ceza kanunlarının zaman itibarile uygulanması müesseseleri ne de yokluk veya butlan müessesesidir; fakat, münakaşalı olsa bile, bu müessesenin maddî ceza hukuku sahasında değil, idare hukuku, hususî hukuk, cezaî de olsa muhakeme hukuku sahasında titiz bir şekilde işlenmesi gerektiği fikrindeyiz.

Gerçekten, hukuk nizamımız için tamamen yeni (ve başka Anayasaların benzer müesseselerine de tamamen tetabuk etmiyen) müessese, evvelce mevcut hukuk sisteminin mantıkî yapısı aynı bırakılmak suretile değil, fakat daha ziyade tatbikatta faydalı neticeler verecek ve hukuk ile cemiyetin yüksek menfaatlerine uygun bir nazari çalışmayı gerektirmelidir. Ceza kanunlarının ancak bir kanunla kaldırılabilceği şeklindeki basit prensip yerine *Anayasaya uygun ceza kanununun ancak bir kanunla kaldırılabilceği* prensibini ikame etmekle «işim bitti» diyemeyiz; fakat, gerektiğinde, bazı görüş tarzlarını değiştirmeli ve hukukî vasıtaları, yeni bir sahada ve şartlara göre, hürriyet zarureti ve ahlâk, emniyet, içtimaî müdafaa zaruretlerine göre hazırlamalıyız.

4. Anayasa Mahkemesine havalenin ceza dâvasına tesirleri.

Evvelce Anayasayı ve 1 sayılı kanunu tefsir ederken, hâkimin, muhakemenin herhangi bir devresinde Anayasaya aykırılığın incelenmesini Anayasa Mahkemesine havale etmesinde, ceza muhakemesinin durmadığı, ceza kovuşturmasının devam ettiği zehabına kapılmıştık. Fakat, bu kanaatimizin kanun vazının iradesi karşısında doğru olmadığı görülmektedir. Hükûmetçe teklif edilen Anayasa Mahkemesinin Teşekkülü ve İşlemesi Hakkında 14 haziran 1948 tarihli kanun tasarisinin 20. maddesi, Anayasaya aykırılık meselesinin devam etmekte olan muhakemenin durmasını gerektiren hüküm ihtiva etmektedir. Senato, bu maddeyi «muhakemenin durmasından ağır bir zarar meydana gelebilirse, zarurî gördüğü acele tedbirleri

almak şartile» (Senato'da kabul edilmiş metnin 23. maddesi) şeklindeki bir ilâve ile kabul etmiştir. Milletvekilleri Meclisi Senato'nun yaptığı bu ilâveyi çıkarmış ve «Anayasaya aykırılık meselesi hakkındaki kararlarla bağlı olmaksızın hüküm verilemeyecek durumlarda» diye başka bir ilâve yapmıştır. Milletvekillerinden Tesauro ise, gayet açık raporunda «ceza muhakemesinin görülmesi sırasında, duruma göre, fiilin mevcut bulunmadığını veya failin bunu işlemediğini kabule sevkeden kâfi deliller mevcut olması halindeki gibi» demek suretile misaller vermektedir. Tasarı bir kere daha Senato'ya dönünce, Komisyon Millet Meclisinin metnini kabul etmiştir; bütün bunlar da muhakemenin durması prensibinin kat'i olarak kabul edildiğini farzetmeğe sevkettir.

Buna rağmen, doktrin bakımından, aksine bir kanaatimizi ifade etmekten kendimizi alamıyoruz.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 20. maddesi ile kıyas yoluna gitmek kolay ve çekicidir. Hâkim uygulanacak normun Anayasaya aykırılığı meselesini Anayasa Mahkemesine sevkedince ve onu iptâl edebilecek karar beklenince; görünüşte bir hukuk veya idare hâkiminin yetkisine giren bir ihtilâfın çözümlenmesine bağlı bir suçun bulunduğu hale çok benzer bir durum, ceza muhakemesinin mecburî olarak durmasını gerektiren bir durum hasıl olmaktadır.

Halbuki, Anayasa Mahkemesinde cereyan eden muhakemeyi ve tamamen hususî mahiyette olan mahiyetini ve kanunun iptâli kararlarının geçmişe şâmil olmayacağı prensibini gözönünde tutmak lâzımdır. Aleyhinde iptâl dâvası açılan kanun, iptâli hakkında verilen kararın neşrinin ertesi gününe kadar herhalde tesirlerini muhafazada devam edeceği için, (muhakemenin değil, fakat meselenin) Anayasa Mahkemesine havalesinin durdurucu tesiri yoktur ve hangi safhada bulunursa bulunsun muhakeme sanki hiç bir şey olmamış gibi seyrini takip etmelidir.

136. madde bunu icap ettirmektedir ve hukuk nizamını altüst etmeden başka türlü tasavvur edilemez. Kaldı ki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 260 ve 277. ve Ceza Kanununun 147 maddelerinin (tevkif kararının kaldırılması ve yeniden verilmesi, mevkufiyete geçici olarak son verilmesi, ceza infazına ara verilmesi) makûl olarak kullanılması, haksızlığı önleyebilir. Hal ve durum muhakemelerin uyumaya terkedilmesini gerektirdiğinde, kaza organının bu olgunluğu ve dirayeti gösterebileceğini söylemek fuzulîdir.

Hemen söyliyelim ki, burada belki de çok mutlak şekilde ifade olunan bu kanaat büyük bir muhakeme hukukçusu olan Calamandrei'nin fikrile çatışmaktadır. Açıkca bütün yazarları bu mevzuda münakaşaya davet ettiği için buna cesaret ediyoruz.

Calamandrei'ye göre, Anayasaya aykırılık meselesi ortaya atılıp gayri ciddî olmadığı kabul edildiği zaman, hukuk hâkiminin önüne bir bekletici mesele çıkmış olur; bundan böyle, muhakeme hukukçuları hukuk dâvalarında idarî bekletici mesele ve cezaî bekletici mesele şekilleri yanında (İtalyan Hukuk Usulü Mukameleri K. m. 295) bir de Anayasa bekletici meselesinden bahsetmelidirler. Ceza dâvası bakımından, Anayasa bekletici meselesi, hukukî ve idarî bekletici meseleler (İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü K. m. 19 ve 20) yanında yer almak lâzımgelip aynı şekilde nizamlanmalıdır. «Hâkim önündeki dâvada kanunu uygulamak için herşeyden evvel bu kanunun Anayasaya uygun olup olmadığını tayin etmelidir; bu durumda Anayasaya uygunluk meselesi, hâkimin neticeye varabilmesi için evvelemerde katetmesi gerekli mantıkî yol üzerinde zarurî bir merhale olarak, halledilmelidir, o halde hâkimin resen de ileri sürüleceği meselelerden biri olduğu için, muhakemenin her hal ve derecesinde (Temyize kadar, temyizden sonra esas mahkemeye iade ettikten sonra dahi) bahis konusu olabilen hukuk dâvasının *mecburî bir durması* hali karşısında bulunmaktayız.»¹⁶.

Buna rağmen, Calamandrei'nin bizzat kendisi diyalektik titizliğini ve tenkid kabiliyetini kendisine en fazla emin gibi gelen bu tezi tenkid etmekte de kullanarak Anayasaya aykırılık meselesinin gerçek bekletici mesele mahiyeti yani bu durumda durma mecburiyeti hususunda şüphe etmemiz için en kuvvetli delilleri ileri sürmektedir. «Anlaşılacağı üzere» demektedir «bir kanunun Anayasa aykırılığı meselesi, bu kanunun uygulandığı bir muhakemede bekletici mesele mahiyetini kazanamaz; çünkü, Anayasa Mahkemesinin bunu iptâl etmesi temin edilmiş olsa bile, bu iptâl, meselenin ilk olarak ileri sürüldüğü haller için değil, fakat bütün müstakbel haller için bir kıymet ifade edecektir»¹⁷. Fakat, o zaman, bu dâvada hangi müşahhas bekletici meseleden bahsedilebilir ve durma kararı vermek için ne gibi umumî veya hususî bir menfaat bahis konusu olabilir? ve eğer «Anayasa Mahkemesi gerçekte kaza faaliyetine dahil olmayan bir

[16] Calamandrei: s.g.e. sh. 39.

[17] Calamandrei: s.g.e. sh. 39.

yetki kullanıyorsa» teknik manada bekletici meseleden nasıl bahsedilebilir ¹⁸? Eğer fiilen her müşahhas uygulama halinde açıkça gayri ciddi mahiyetini reddetmeğe yeten asgarî hukukî sun'iliğin kabulü ile bir Anayasaya aykırılık def'inde bulunulur bulunmaz 136. maddenin tesirini *mecburî durma* ile atıl bırakmak mümkün olursa, Anayasanın iptâl edilen kanunun iptâl kararının neşrini takip eden güne kadar yürürlükte bulunduğu hakkındaki 136. maddesinin ne kıymeti olabilir? Bu durumda, (gene Calamandrei ile birlikte) şöyle bir sonuca varmak gerekmektedir: «Muhakemenin durması yalnız Anayasa Mahkemesinin bu dâvada tatbik edilebilecek bir karar yani geçmişe şâmil tesiri olan bir karar vermesinin beklenmesi zarurî oldukça kabili izahtır; fakat, görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin kararı sadece istikbal için tesirli olursa, kendisine geçmişe şâmil olarak tatbik edilmesi imkânı olmayan bir muhakemenin cereyanını hangi maksatla durduracaktır ¹⁹.

Bugün Anayasanın mecburîliği ile de teçhiz edilmiş maddî ceza hukukuna has bazı prensipler icabı, henüz yargı ile kapanmamış ceza muhakemesi esnasında Anayasa Mahkemesinin iptal kararının sanığın lehine olarak tatbik edilmesi gerektiğinin söylenebilmesi kabil olmaktadır. Maamafih, Anayasanın lafzı ve ruhu, kanunda kat'ilik prensibi ve mevzuumuz bakımından da suç siyaseti ve içtimâî müdafaanın aslî icapları, açıkça gayri ciddi olmayan Anayasaya aykırılık meselesi Anayasa Mahkemesine havale edilince, dâvanın, durmayı gerektirmeksizin devam edeceği şeklinde bir tefsiri icap ettirmektedir; gerekli ise hâkimin nasafet icabı, sistemi yaralamaksızın, talik, mevkufiyete son verme, vs. ile esasa ait haksızlık tehlikesini bertaraf edici çok geniş takdir yetkilerini kullanması halleri müstesnadır.

Kanunun «durdurulması» yetkisine ancak teşriî yetki ile tesir edilebilir ²⁰. Bu durumda, Anayasanın 136. maddesinin *tefsiri* yolu ile Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun mahiyetleri icabı genişletici veya kıyas yolu ile uygulamaya müsait olmayan 18, 19 ve 20 maddelerinde tahsisen gösterilmiş haller dışında, ceza kanununun tatbikini ve yürürlükte olan mecburîliğini durdurmak mümkün olamaz.

Anayasanın 75. maddesi, 500.000 seçmen veya 5 Eyalet Meclisi istediği zaman bir kanunun veya kanun kuvvetindeki bir tasarrufun

[18] Calamandrei: s.g.e. sh. XVIII.

[19] Calamandrei: s.g.e. sh. 40.

[20] Manzini: s.g.e. cilt I, n. 107.

tamamen veya kısmen ilgası için halk referandumu usulünü tanzim etmiştir. Farzedelim ki, menfaati olmayan milyonlarca kimse çoğunluğun hissine aykırı bir ceza kanununun ilgasını istemiş olsun. Referandum ilân edildikten sonra ve sonucu beklenirken bu kanun tesirini icra etmekten hali kalacak mıdır? Referandumu ilân eden karar devam etmekte olan muhakemelerde durdurucu sebep olarak kabul edilecek midir? Tabiatile hayır. O halde, ammenin yüksek menfaatleri için değil, fakat kanundan zarar gördüğü için bir tek kişi tarafından ileri sürülmüş, ancak açıkça gayri ciddi olmayan bir def'i niçin kanunun tatbikine karşı durdurucu bir tesiri haiz olmalıdır?

Netice itibarile, bizce, devam etmekte olan bir ceza muhakemesinin durdurulması kaidesi, taraftar bulmasına rağmen, Anayasanın 136. maddesinin şekli ve gaî yorumuna aykırı görünmektedir.

5. Anayasaya aykırılığın tespitinin yargı halini almamış kararlara tesirleri.

Ceza kanununun iptalini temin eden kararın neşrile, bu kanun (erga omnes) herkese karşı tesirini kaybeder ve buna karşı dâva açan, diğerleriyle aynı şartlara tâbi olmuş olur.

Eğer yargı halini almış bir karar yoksa ve muhakeme henüz devam etmekte ise, hangi safhada olunursa olunsun, hâkim normun artık yürürlükte olmadığını beyan edecek ve bundan zarurî neticeleri çıkaracaktır; bu neticeler tabiatile iptal edilen normun mahiyetine göre çok değişik olabilecektir.

İptal edilen ceza kanununun daha evvelki bir ceza kanununu değiştirdiği veya ilga ettiği farzolunsun. Sanığın dermiyan edebileceği kanunilik prensibi iddianame tanzimi vs. gibi maddî ve usulî mahiyetteki meseleler dışında, evvelki kanun yine uygulanacaktır.

Eğer iptal edilmiş ceza kanunu zaten evvelce suç olarak kabul edilmiş bir fiil için yeni bir ceza tayin ediyorsa, hangi müeyyideler uygulanabilecektir?

Sonradan iptal edilen kanunla değiştirilmiş evvelki kanunda tayin edilmiş cezaların daha ağır olması ihtimalinden başlıyalım. Suçun işlendiği zaman kanunu ile daha sonraki kanunlar arasında ceza bakımından fark olduğu takdirde, yargı bulunmamak şartile, suçlunun daha lehinde olan kanunun uygulanacağı hakkındaki ceza kanunlarının zaman itibarile uygulanması prensibine atıf yapmakla iş hallolunmamaktadır; çünkü, değiştirmeyi yapan sonraki kanunun

müessiriyetini kaldırarak iptal edilmesi daha evvelki kanunu yürürlüğe getirmekte ve kanunlarının zaman itibarile tatbikindeki normal kıstası ehemmiyetli bir şekilde tâdil etmektedir. Diğer taraftan, herkesin fiili işlediği zamanki kanunundan başkasındaki cezalarla cezalandırılmaması hakkındaki kanunilik prensibi de ihmal edilemez. «Cezaî bakımdan tanzim edilmiş ferdî hareket, hiç bir zaman işlenen suç zamanındaki kanunda gösterilenden daha ağır neticeler doğuramaz» kaidesi de mevcudiyetini muhafaza etmektedir ²¹. Ehemmiyetini kaybetmiş olduğu söylenemiyen bu prensip Anayasanın 25. maddesinde daha evvelki hukuk nizamında bulamadığı o mecburîliği elde etmiş durumdadır.

Bu umumî prensip ve Anayasanın 136. maddesinde hususî olarak tespit edilmiş, iptal edilmiş kanunun yalnız bu iptal kararının neşrini takip eden günden itibaren müessiriyetini kaybettiği hakkındaki diğer prensip, sonradan iptal edilen kanunun tayin ettiği daha hafif cezanın uygulanmasını gerektirecek bir durum ortaya çıkartmaktadır.

Buna mukabil, iptal edilmiş kanunun tayin ettiği ceza daha ağır olursa (ki belki de muhtemelen sanık yalnız bu durumda Anayasaya aykırılık def'inde bulunacaktır) en büyük nazari şüpheler başlayacaktır. Suçun daha ağır cezayı tayin eden kanun yürürlükte iken işlendiği görülmektedir; tam manasile bir kanunun diğer bir kanunun yerini aldığı söylenemez; Anayasa, iptal kararının geçmişe şâmil olmayacağı ve iptal edilmiş kanunun Anayasa Mahkemesi kararlarının neşrini takip eden güne kadar müessiriyetini muhafaza edeceği prensibini tespit etmektedir. Diğer taraftan, (favor libertatis) hürriyet saygısı fikrine aykırı olarak, müeyyideleri daha ağır iptal edilmiş bir kanunun hala uygulama alanı bulması fikri vicdanları rahatsız etmektedir. Evvelki krallık Anayasasının hürriyetin menfî durumuna bahşettiği koruma (m. 26) yürürlükte olan Anayasa tarafından teyid edilmiş ve kuvvetlendirilmiştir. Bu durumda, iptal edilen kanunun müessiriyetinin kabulünün evvelce tatbik edildiği hallere inhisar edip iptalden sonra onun müşahhas tatbikine cevaz olmadığını söylemek lâzımgelir.

Eğer iptal edilmiş ceza kanunu evvelce mevcut olmayan bir suç ihdas ediyorsa, iptal suçun ortadan kaldırılması şeklinde tesir icra edecektir. İptal kararının ilanından önceki zamanda kanunun müessi-

[21] Manzini: s.g.e. cilt I.

riyeti hakkındaki Anayasa prensibine dokunmaksızın, aşıkardır ki takip edilemez bir hale girmiş bir fiil için hazırlık soruşturmasında ise ceza dâvası açılmaz.

Evvelce suç olarak gösterilmiş bir fiilin değişik şekilde tarif edilmesi halinde neticeler oldukça karışıktır. Eğer sonradan iptal edilmiş yeni kanun evvelki kanunda bulunmayan bazı unsurları göstermiş ise hâkim, bunun iptalinden sonra, fiilin suç teşkil etmeyeceğini beyan etmelidir: Sonradan vaki iptal sebeble geçmişe şâmil olarak ortadan kalkmamış olan yeni kanunun yürürlükte olduğu sırada sanık suçun kurucu unsurlarından bir veya birkaçı eksik olan bir fiil işlemiştir.

Eğer iptal edilmiş yeni kanun evvelce tanzim edilmiş suçun bazı kurucu unsurlarının herhangi birinden vazgeçerek, daha ağır bir durum yaratmış ise ve inceleme konusu fiilde de bu unsur eksikse, sanık iptal edilmiş kanun yürürlükte iken bir suç işlemiş, sonradan bir (*causa di estinzione*) düşme sebebi bu suçu ortadan kaldırmış demektir.

Sonradan iptal edilmiş bir kanunun bir suçu kabahatken cürme, taksirli cürümken kasdî cürme yükseltmesi veya aksine bir ihtimalden diğerine indirmesi oldukça muhtemel hallerdir. Eğer iptal edilmiş kanun evvelce kabahat olanı cürüm olarak, yahut taksirli suç olanı kasdî suç olarak göstermişse, kimsenin suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun tayin ettiği cezadan daha ağır cezalarla cezalandırılmıyacağı hakkındaki İtalyan Ceza Kanununun 1. maddesindeki prensip hâkim olacaktır ve bu prensip diğer muhtelif neticelere de uygulanacaktır. Bunun tersi olan halde, suçlunun uygulama zamanındaki kanunun daha lehte olan hükümlerinden istifade edeceği hakkındaki İtalyan Ceza Kanununun 2. maddesinin 3. fıkrasındaki prensip uygulanacaktır.

Evvelki kanunlarda olmayan bir suç bahis konusu olduğu zaman, ceza normunun iptali suçun ilgası olarak kabul edildiğine göre, iptaldan evvel de olsa, bu husustaki hükmün düşme sebeplerinden (af, müruruzaman, vs.) evvel verilmiş olması lâzımdır.

6 — İptalin yargı halini almış karara tesirleri.

1949 tarihli ceza kanununun ön tasarısının I. kitabının 2. maddesine, daha lehte olan ceza kanunlarının uygulanmasına dair hükümlerin «ayrıca, istisnaî ve geçici olsa bile, Anayasaya aykırılığı tesbit olunmuş kanun halinde, yargılarda dahi» müessir olacağı

hakkındaki kaide ilâve edilmiştir. Kanunu kaleme alanlar, kanunun açık bir hükmü olmadan, ceza kanunlarının zaman itibarile tatbiki mevzuunda kıyas yolu ile uygulamanın mümkün olmadığını açıkça belirtmişlerdir.

Halbuki, teklif edilen kaide yargı halini almış karardan evvel beyan olunmuş kanun iptalinin neticeleri bakımından (kanunda yenilikler veya açıklamalar olmadan da, aynı neticelere varılabilmekte olduğundan, zarurî olmasa da) faydalı kabul edilebilirse, karar yargı halini aldıktan sonra kanunun iptalinin ilân edilmesi halinde tatmin edici değildir.

Anayasanın 136. maddesinin lafzı ve maksatları çok sarihdir. Kanunun veya kanun kuvvetindeki tasarrufun yalnız Anayasa Mahkemesinin bu husustaki kararının ilânından sonraki günden itibaren tesirini kaybettiği söylendiği zaman, yargı halini almış kararların hükümsüz sayılabileceği kat'i bir şekilde reddedilmiş olur. Tasarıda mevcut hüküm, yargı halini almış kararlara taallûk eden kısım bakımından, Anayasaya aykırıdır ve ancak muhakemenin iadesi usulü ile böyle bir netice elde edilebilir.

Fakat, şimdilik yalnız butlan neticesini doğuran kontrolü, yokluk neticesini doğuran kontrole çevirerek mevcut Anayasa prensibini böylece değiştirmek acaba uygun olur mu? Bu tezin lehinde çok sebepler ileri sürülebilir; fiilin işlendiği veya meydana çıkarıldığı zamandan müstakil olarak, iptal edilmiş kanunu ihlâl eden herkesin aynı şartlara tâbi olması (par condicio); bir vatandaşın gayri meşrûluğu ve bu bakımdan Anayasa muvacehesinde haksızlığı ilân edilmiş bir kanunun tayin ettiği ceza veya diğer cezaî neticeleri çekmeğe devam etmesini görmekten mütevellid irkilme, vs.

Bu çok yerinde müşahedeler, ceza kanunlarının zaman itibarile uygulanmasında yargı halini almış kararlara dokunulamaması münasebetile, bir çoklarının genel olarak ileri sürdükleri müşahedelerden çok farklı görünmemektedirler. İptal edilmiş kanuna dayanarak alınmış yargı halindeki kararların iptal ile düştüğünü kabul etmek isteyince, ekseriya bir Anayasa hükmüne aykırı bulunan bir kanundan daha fazla, adalet hislerine aykırı olabilen ve olan istisnaî veya geçici kanunların ilgası haline de böyle bir düşme hükmü teşmil edilmelidir. Böylece sonraki kanun daha lehte hükümler ihtiva ettiğinde kanuna aykırı olarak daha ağır bir ceza çekmekte olan mahkûma daha lehte olan yeni kanunun uygulanmasını kabul etmeğe de razı olunmalıdır.

Bir ceza kanununun iptali, Anayasaya aykırı olmasına ve bu bakımdan gayet nazik mesele teşkil etmesine rağmen, kanunun ne ahlâkiliğine ne de lüzumuna tesir etmeyen sebeplerden ileri gelebilir. Hatta, bilhassa, gecikmemek endişesi ile Parlamentoda kabulü karşılıklı polemiklere mahal vermemesi için, içtimaî bakımdan zaruriliği ve acilliği şüphe dışında olan bir kanun bahis konusu olduğu zaman, bir kaç Anayasa kaidesinin unutulması daha kolay görünebilir.

Durum bu olunca, başka bir kanunla veya halk referandumu ile ilga edilmiş bir kanuna nisbetle iptal edilmiş kanun bakımından çok daha titiz ve sert davranılması haksız olurdu.

Eğer, prensip olarak hürmete şayan ve devamlı ceza kanunları yaparak istisnaî ve geçici kanunlara başvurmamak kararını veriyorsak ve eğer daha sonraki kanuna göre verilmiş kat'î mahkûmiyetleri yeniden gözden geçirmeğe ehil bir adliye teşkilâtı ümid ediyorsak, tam bir geçmişe şümûl kabul edilebilir; fakat iptale ilgadan daha kuvvetli bir tesir tanımamalıyız.

Yazan: Paolo Rossi

Tercüme: Öztekin Tosun