

# CEZA HUKUKU AÇISINDAN 1961 TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

(Unutulmaz dost Nejat'ın kıymetli hâtırasına)

Doç. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ

İnceleme konumuz, başlıktan da kolayca anlaşılacağı gibi, 1961 Anayasasının sadece ceza hukukuyla ilgili hükümleri olduğu cihetle, söz konusu Anayasanın genel yapısı üzerinde durmağı lüzumsuz bulduk. «Ceza hukuku» tabirini de en geniş anlamında kullandık. Konumuzu ilgilendiren hükümlerin sırayla madde, madde tefsiri yerine, bunları iki ana gruba ayırarak Ceza hukukuyla ilgili hükümler, Ceza muhakemesi usûl hukukuyla ilgili hükümler olmak üzere iki ayrı alt-başlık altında incelemeyi, konunun insicamını sağlamak için, daha uygun gördük.

## I. CEZA HUKUKUYLA İLGİLİ HÜKÜMLER

1. **Suç ve cezaların kanuniliği prensipi** : Anayasamızın 33. maddesi suçların ve cezaların kanunîliği prensipini açıkça vâzetmektedir. **Nullum crimen, nulla poena sine lege** kaidesinin üç ayrı unsuru, üç ayrı esası içine aldığı malûmdur.

— Suçların ve cezaların ancak kanun konusu (Yasama organı tasarrufu) olabileceği;

— Suç koyan kanunların geçmişe yürümezliği;

— Cezayı ağırlaştırılan kanunların geçmişe yürümezliği.

İlk unsur, yani suçların ve cezaların ancak **kanun** konusu olabileceği hususu, maddenin 1. ve 2. fıkralarına konu teşkil etmiştir. Bununla beraber «Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz» diyen birinci fıkranın, sevk ve ifade şekli itibariyle, birinci unsurdan



ziyade ikinci unsuru (yani suç koyan kanunların geçmişe yürümediği) belirtir gibi görünmektedir. Cezaların ancak kanunla konulabileceği gerçeği ise ikinci fıkrada daha açık surette gösterilmiştir. Fakat söz konusu ikinci fıkradaki «ceza tedbirleri» deyimiyne neyin kastedildiği pek anlaşılammamaktadır.

Ceza hukukunda «ceza», ferde bilerek ve isteyerek çektirilen bir «eza» yı ifade eder. Günümüzün ceza hukuku doktrini suçluya sadece azap vererek, bu azabın doğuracağı korkuyla suçları önlemek ve aynı zamanda da «ödetici» olmak iddiasından vazgeçmiş; açıkça suçlunun ıslahı gayesine yönelmiştir. Diğer bir deyimle modern ceza ilmi artık suçlunun geçmişine değil, fakat geleceği üzerine eğilmektedir. Bu yeni anlayışın neticesi günümüz ceza kanunlarına cezalar yanında «tedbirler» in de ithali olmuştur. Fakat bu tedbirlerin, 33. maddemizin 2. fıkrasında ifade edildiği gibi, ceza ile uzaktan yakından hiçbir ilgisi yoktur. Bunlar Sosyal Savunma Okulunun diliyle ya «emniyet tedbirleri» veyahut da «önleme tedbirleri» dir. Her ne kadar ceza hukukunda Pozitivist Okulun doğumundan hemen sonra «ceza» ve «tedbir» kelimeleri beraberce kullanılarak bir tenkip yapılmışsa da bu, «ceza tedbirleri» değil fakat «ceza yerine geçen tedbirler» (substituts de la peine) dir ve tamamen ayrı bir müesseseyi ifade etmektedir. Ceza yerine geçen tedbirlerden kasıt suç sebeplerini bertaraf edici tedbirlerdir; bunların işlenmiş olan belirli bir suçla ilgileri yoktur. Bu günkü ifadesiyle «genel önleme politikası» yahut cürmî profilâksi anlamını taşımaktadır (1).

33. maddenin 3. fıkrası ise cezayı ağırlaştırılan kanunların geçmişe şâmil olmayacağı esasını vazetmiştir.

Suçların ve cezaların kanuniliğine ait ilk nüvenin İngiltere'de kralın keyfî davranışlarına karşı vatandaş hak ve hürriyetlerini teminat altına alma gayesiyle girişilen mücadele ve bu mücadele sonunda, 1215 tarihinde, elde edilen Grand Charte'da (mad. 39) bulunduğu ileri sürülmüştür (2). Fakat prensipin bugünkü ifade şeklini, uzun süren bir tarihî gelişme neticesi, 1789 Fransız İnsan Hakları Beyannamesinde bulduğu da malûmdur.

(1) Alkolizmi, dilenciliği önleyici tedbirler; terkedilmiş çocukları himaye; dejenerelerin ve irsî hastalıklarla malûl olanların evlenmelerine engel olmak vs. Bu konuda bk.: VIDAL-MANGOL, Cours de Droit criminal et de pénitentiaire, cilt I, 9. bası, Paris 1947, s. 44 ve 52.

(2) S. SOLER, «La formulation actuelle du principe Nullum Crimen», Rev. sci. crim. et dr.pén.comp., 1952, No. 1, s. 12 ve sn. o



Suç ve cezaya mütaallik hükümlerin tek kaynağının «kanun» olduğu ve bu kanunun «fiile tekaddüm etmesi gerektiği» anlamına gelen kanunîlik prensipinin ferdi devlete karşı koruma gayesi güttüğü âşikârdır.

Şu halde Anayasamızın ifadesine göre suç ve ceza hükümlerinin tek kaynağı kanundur. Fakat buradaki «kanun» tabirinin sadece yasama organı tasarruflarına inhisar ettirilmemesi; bunun «yasa dışı hukuk», diğer bir deyimle «hukuk kaidesi koymağa yetkili her hangi bir merciin tasarrufları», yetkili merci tarafından konan objektif kaideler anlamında alınması gerektiği de müelliflerce kabul edilmiş bulunmaktadır (3). Bu anlayış tarzının prensipin tatbikine rastlanacak sertliği giderdiği muhakkaktır. Kanun koyucunun gerekli süratle takip edemediği ihtiyaç ve toplumsal gelişmeler, mahsus icra organının bu mânada bir yetki tanınmasını zaruri kılmaktadır. Bununla beraber bu konuda daima göz önünde tutulması gereken husus, icra organının yasama organından almış olduğu bir delegasyon neticesi suç vazedebileceğidir. Yani icra organı kaynağını kanunda bulmayan yeni suç veya ceza ihdası yetkilerinden mahrumdur.

Kanunun fiile tekaddümü hususuna gelince, suç failinin durumunu ağırlaştıran hükümlerin geçmişe şâmil olmadığı, buna muvafık lehde kanunun sanığa tatbik edileceği 33. maddenin ilk üç fıkrasından açıkça anlaşılmaktadır. Lehde kanunun evvelce işlenmiş bir fiile tatbiki şekilleri de Ceza Kanunumuzun 2. maddesinde gösterilmiştir. Bununla beraber suçlunun durumunu ağırlaştırmış bile olsa tefsir kanunlarının, yeni bir hüküm değil fakat zaten mevcut bir kanuna mâna veren bir tasarruf olmaları sebebiyle, bu kanundan (tefsir) evvel işlenmiş fiillere tatbik edileceği muhakkaktır. Yasama organının tefsir kararları konusunda gereken titizliği göstermediği, bu sebeple tefsir kanunlarının müstesna olarak kanunîlik prensipinin bahsettiği teminatı ortadan kaldırmaya başlığı; esasen kanunun resmî tefsirinin normal olarak yargılama etkisine dahil bir husus olduğu gerekçesiyle eski Anayasamızda mevcut teşriî tefsir (mad. 26) müessesesi, uzun süren münakaşalardan sonra, yeni Anayasanın eski 26. maddeye tekabül eden 64. maddesine alınmamıştır. Bugün için hukukumuzda kanunu resmî

3) F. CLERC *Introduction à l'étude du Code pénal suisse. Partie générale. 1942.*



tefsir yetkisine sahip tek merci mahkemelerdir; mahkemeler de bu normal yetkiyi bakmakta oldukları müşahhas hâdiseler vesilesiyle geleceğe yönelmiş surette kullanacaklarından, artık mevcut bir kanun hükmünün dolambaçlı teşriî tefsir yoluyla geçmişe şâmil olmak üzere aleyhe tâdili tehlikesi ortadan kalkmıştır.

Yürürlük süreleri peşinen kesin bir şekilde tayin edilmiş bulunan süreli (yahut geçici) kanunların (bilhassa Millî Korunma Kanunu gibi ekonomik suçlar ihdas eden kanunların) belirli süre sonunda yürürlükten kalkmalarını müteakip, bu tarihten evvel işlenmiş suçlara gene sanki yürürlükteymiş gibi tatbikte devam olunacağı ceza politikası mülâhazalarıyla kabul edilmektedir; keza bu çeşit kanunların belirli süre sonunda yürürlükten kalkmasının evvelce mezkûr kanunlara uygun olarak verilmiş bulunan mahkûmiyet hükümlerine, gene aynı mülâhazalarla, tesir etmeyeceği de hakim kanaattir. Bu husus lehde kanunun geçmişe şâmil olduğu kaidesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Ceza Kanunumuzun 2. maddesinin sarahatı karşısında Türk hukukunun böyle bir tatbikata müsait bulunmadığı kanaatındayız. Nitekim Alman Ceza Kanununun kanunîlik prensipini muhtevi 2. maddesi, süreli kanunlar konusunda yukarıda sözü edilen istisnayı maddenin 3. fıkrasında açıkça kabul etmiştir.

Söz konusu suçların ve cezaların kanunîliği prensipi sosyal savunma sisteminin tabii bir neticesi olan emniyet tedbirlerinin ceza kanunlarına ithaline engel teşkil etmeyecektir. Cezaların yahut tedbirlerin en ileri derecede ferdileştirilmesini gerektiren sosyal savunma sistemi, suçlulara tatbik edilecek müşahhas ceza veya tedbirin tespitinde hakime daha geniş bir takdir yetkisinin tanınmasını zaruri kılacaktır; fakat yetki alanının genişletilmesi kanunîlik prensipinin ihlâli mânâsını taşımaktan uzaktır. Bununla beraber kazaî yoldan ileri bir ferdileştirmenin keyfilığe bırakılmış açık bir kapı olmasından korkuluyorsa, ferdileştirme ameliyesinde hakime rehberlik edecek kanunî kriterler kabullüyle bu tehlikeyi de önlemek mümkün olacaktır. Fakat itiraf gerekir ki mücerret davranış kurallarını muhtevi kanunların bu derece sübjektifleştirilmesi pek kolay olmayacaktır (4).

(4) Bk.: N. NUVOLONE, «Le principe de la légalité et les principes de la



Kanunîlik prensipinin kanun koyucu bakımından en önemli sonucu suç haline getirilip müeyyide altına alınan fiilin açıkça tarif ve tasvir edilmesidir. Bir suçun tarif ve tasviri ise, bu suçta meydana getiren özel unsurların tereddüde yer vermiyecek şekilde gösterilmesi, diğer bir deyimle her türlü tefsire müsait bir ifadeyle kaleme alınmaması demektir. Aksi takdirde suç ihdas eden kanun maddesi her yana çekilebilen müphem bir formülden ibaret olacaktır; her türlü beşerî davranış da suç adı altında böyle bir formül içine zahmetsizce sokulup cezalandırılacaktır. Bu yol bir tatbikat kanunîlik kaidesiyle elde edilmek istenen neticeyi, yani ferdi keyfî davranışlara karşı koruyacak kalkanın ortadan kaldırılması demektir. İtiraf gerekir ki suç tipini tam tarifini taşıyan suçlu davranışın açık tasvirinin hakikaten imkânsız olduğu haller hariç, ferdi avucunun içinde tutmak isteyen otoriter eğilimsiyasî rejimler bu yolu çoğu zaman bilerek ve isteyerek seçmektedir. Bu suretle, sırf zevahiri kurtarmak için, kanunilik prensipi kanunlarda yahut ceza kanunlarında muhafaza edilmekte; fakat kanun maddelerine verilen müthiş elâstikiyetle ferde bir elden çıkarılan diğer elle geri alınmaktadır.

Kanunun suçlu davranışı, suç teşkil eden «hareketi» (fiilin objektif kısmı yani ferdin iradesi içinde bulunan kısım) tayin etmekteki eksizinin sadece «neticeyi» (fiilin objektif kısmı yani ferdin iradesi dışında bulunan kısım) müeyyide altına aldığı hallerde de durum aynıdır. Bu suretle ceza hukukunda objektif sorumluluk ihmal edilmekte, kusura müstenit ceza sorumluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Ceza kanunlarında bu mânada yapılan değişiklikler kurtarılanlardan ziyade maddî fiille, hareketten (davranıştan) ziyade neticeye önem vererek kusursuz kişilerin de cezalandırılmasını mümkün kılacaktır. Anayasamızın 33. maddesinin 5. fıkrasıyla konunun «ceza sorumluluğunun şahsiliği» kaidesi böyle bir tehlikeyi önleyecek mahiyettedir. Anayasa Gerekçesinde de belirtildiği gibi bu maddede «rasgele cezalandırılmaları derpiş eden kanun hükümleri tarafından taraf edilmiş olacaktır» (meselâ basın yoluyla işlenen suçlar için yazar yanında gazete sahip ve yazı işleri müdürlerinin de sorumluluğu) (5).

Bu konuda son olarak belirtmek isteriz ki geleneksel ceza hukuku sanığa, kanunilik prensipinden çıkan, ispat külfetinin sav-



cıya ait oluşu, mahkûmiyet hükmüne kadar sanığın suçsuzluk karinesinden faydalanması gibi teminatlar tanımaktadır. Halbuki ceza hukukundaki son temayüller, prensipin kanunlarda muhafazasına rağmen, neticelerin dolambaçlı yollardan bertarafı istikamesinde tecelli etmektedir; ezcümle cezalandırmanın kolaylaştırılması yolundaki gayretler, bilhassa malî ve ekonomik mevzuatta idarî müeyyidelerin belirmesi yahut her türlü mahkûmiyet hükmünden evvel, geçici de olsa, müeyyide mahiyeti gösteren tedbirlerin alınması; nihayet suç ortaklığı (basın yoluyla işlenen suçlarda gazete sahipleri ve yazı işleri müdürlerinin sorumluluğu gibi), «suçluluk karinelerinin» kabulü (Nüremberg muhakemesinde mahkemece suçlu ilân edilen teşekküller müntesiplerinin suçsuzluklarını kendileri ispat etmedikçe suçlu sayılıp cezalandırılacakları gibi) bu gidişe örnek olarak gösterilebilir (6).

Anayasamız cezaların kanunîliği prensipini koymakla yetinmemiş, suçlara karşılık ceza seçimi ameliyesinde kanun koyucunun yetkisini de sınırlamıştır. Ezcümle genel müsadere cezası konulamayacağı gibi insan haysiyetiyle bağdaşamayan cezalar da ihdas edilemez (mad. 14, son fıkra). Yeni Anayasamızın müsadere konusunda ihtiva ettiği diğer bir hüküm de basın hürriyetini en müessir şekilde teminat altına alma kaygısıyla Ceza Kanunumuzun 36. maddesine getirdiği istisnadır. Anayasanın 25. maddesi gereğince basımevi ve eklentileri ve basın araçları, suç vasıtası olduğu gerekçesiyle de olsa, zapt ve müsadere edilemeyecek ve işletmeden alıkonulamayacaktır.

İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza koyma yasağını ise Anayasamıza, aynı hükmü muhtevi İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve Avrupa İnsan Haklarını Koruma Sözleşmesi konusunda da olduğu gibi, İkinci Dünya Harbine takaddüm eden yılların ve bu harbin acı tecrübelerinin tesiriyle girmiştir. Fakat unutmamak gerekir ki söz konusu elemli tecrübelerin gizli kaynağı politik gayeler idi. Mesele teknik ceza politikası açısından ele alındığı takdirde hangi cezanın insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşmadığını tayin pek güçtür. Ceza politikasında bir cezanın kabule şayan olup olmadığını tayin edecek tek ölçü, bunun tecziye veya tedip yahut bir ıslah unsuru olarak suç işlenmesini önlemeye muktedir olup olmadığıdır. Meselâ mücerret olarak ele alındığı takdirde

(6) Beyazıt, s. 100.



ugün hükmün ilânı veya neşri yoluyla yahut bizzat suçlunun kendisinin teşhiri veya dayak cezası insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaların belki en başında gelecektir. Halbuki bu iki müeyyide eden birincisinin ekonomik suçlar konusunda müessir bir tedbir olduğu tecrübelerle sabit olmuş; ikincisinin belirli bir suçlu tipi konusunda (meselâ şiddet suçları işleyen asî ruhlu gençler) yerinde bir müeyyide olduğu ifade edilmiştir. Bu husus yani muayyen karakterdeki genç suçlulara dayak cezasının tatbiki 1961 yılında İngiliz Parlâmentosunda uzun uzun tartışılmıştır.

Kanaatimizca, insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza deyimini suçları önleme konusunda hiçbir fonksiyonu bulunmayan cezalar anlamında tefsir etmek gerekir. Kaldı ki bir cezanın insan haysiyetiyle bağdaşıp bağdaşmadığını araştırırken bu cezanın mücerret mahiyeti yanında infaz şekline de bakmak gerekir. Meselâ en yaygın cezalardan olan hapis cezasının bugün memleketimizdeki infaz şekli, cezaevlerinin kötü hayat şartları gözönüne getirilecek olursa bunun insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza olduğu neticesine zahmetsizce varılacaktır.

Anayasanın bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamıyacağı olundaki hükmünün (mad. 11) cezalara yahut emniyet tedbirlerine de teşmil edilerek müebbet hapis yahut ölüm cezasının anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulamıyacağı kanaatındayız (7). Hakkımıza göre 11. madde temel hak ve hürriyetlerin normal kullanım şartlarının tanzimiyle ilgilidir; ceza tatbiki yoluyla bunlara getirilecek sınırlamalar maddenin dışında kalmaktadır. Kanun koyucunun hak ve hürriyetlere cezalandırma yoluyla konulacak sınırlamaları 11. madde dışında saydığı 64. maddeden de anlaşılabilir; ölüm cezasının tasdik yetkisi Meclise verilirken bu ceza zımnen kabul edilmiş demektir. Seyahat ve yerleşme hürriyeti konu alan 18. maddenin de aynı mülâhazalarla, sürgün cezasının tatbikine engel olamayacağı kanaatındayız. Ceza tertibi bir hakkın, hürriyetin 11. maddede gösterilen amaçlarla düzenlenmesi demek değildir.

**2. Ceza kanunlarının şahıs itibariyle tatbiki: Yasama dokunulmazlığı:** Yasama dokunulmazlığı konusunda 1961 Anayasası es-

7) Aksi kanaat: F. EREM, «Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya aykırılık iddiası», *Ad. Der.* Yıl: 53, Mayıs-Haziran 1962, Sayı: 5-6, s. 468.



ki Anayasamızın esas sistemini muhafaza etmekle beraber, teferruata müteallik bazı yeni hükümler de getirmiştir.

79. maddenin ilk fıkrası mutlak dokunulmazlık, 2. fıkrası da geçici dokunulmazlık müessesesini düzenlemiş bulunmaktadır. Eski anayasamızda «cinaî cürmü meşhut» olarak adlandırılan hâl 2. fıkrada «ağır cezayı gerektiren suçüstü hali» cümlesiyle ifade edilerek yeni anayasamız Ceza Kanunumuzun kabul etmiş bulunduğu suçların ikili taksimi (cürüm-kabahat) sistemine uydu- rulmuştur.

Geçici dokunulmazlığın kaldırılmasında takip edilecek yol Meclis İçtüzüğü tarafından düzenlenecektir; yeni İçtüzük henüz yapılmadığına göre bu hususta şimdilik eski İçtüzük hükümleri uygulanacaktır. Yalnız yeni anayasamıza göre Meclislerdeki siyasî parti grupları yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşmeler yapamayacak, bu konuda önkararlar alamıyacaklardır (mad. 79/son). Bu suretle parti dayanışması gibi tamamen siyasî mülâhazaların dokunulmazlık gibi nazik bir müesseseyi dejenere etmesine engel olunmak istenmiştir. Dokunulmazlık konusunda mevcut önemli hükümlerden bir diğeri de, dokunulmazlığın kaldırılması kararına üzerine ilgili üyeye veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden herhangi birine kaldırma kararının Anayasa veya İçtüzük hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi nezdinde tanınan iptâl istemi yetkisidir (mad. 81). Komisyon Raporunda ifade olunan: «dokunulmazlığın kaldırılması ehemmiyetli siyasî ve hukukî neticeler tevhit ettiğinden bu kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesine müracaat yolu açık bırakılmıştır» gerekçesi, ilk bakışta, her ne kadar yerinde gibi görünmekte ise de neticeleri bakımından bazan tehlikeli olacaktır kanaatındayız. Şöyle ki 81. maddeye göre iptâl istemini ilgili üye hem «esasa» ve hem de «şekle» müteallik şartlara dayandırabilecek, binnetice Anayasa Mahkemesinde incelemesini gerek «şekil» gerekse «esas» bakımından yapacaktır. İstem «şekil noksanına» değil fakat «esasa» müstenit bulunduğu hallerde, kazaî bir merci olan Anayasa Mahkemesinin istemi reddeden ve kazaî mahiyette olan kararı dokunulmazlığı kaldırılan üye aleyhinde bir karine olmakta gecikmiyecektir; dokunulmazlığı kaldırılan üyeyi muhakeme edecek mahkemenin bir ön-yargı manzarası gösteren bu karinenin tesirinde kalmasından korkulabilir. Kaldı ki Meclisin dokunulmazlık konusunda vereceği karar hukukî olmaktan ziyade bir oportünite meselesidir; bu sebeple üyenin mensubu bulunduğu Meclisten gayri bir merci il-



gilendirmemesi gerekir. Bağımsız mahkemelerin bulunduğu iddia olunan bir memlekette suç isnadıyla adli takibin, iktidardaki siyasi parti tarafından bir baskı ve tehdid unsuru olarak kullanılması da kabili tasavvur değildir.

Anayasa Mahkemesinin yetkisi sadece dokunulmazlığın kaldırılmasına dair olan kararlar muvacehesindedir; dokunulmazlığın kaldırılmaması kararı Yüksek Mahkemenin kontrolü dışındadır; dokunulmazlığının kaldırılmamasına karar verilen bir milletvekili yahut senatör Anayasa Mahkemesinden bir «kaldırma» kararı isteyemeyecektir.

79. maddenin 4. fıkrası tatbikat ve doktrinde tartışmalı olan bir meseleyi çözüme bağlamış (8), dokunulmazlığı kaldırılan Meclis üyesinin yeniden seçimi halinde takibatın durdurulacağı hükmünü koymuştur. Böylece meselâ muhakeme icrası yahut hükmün yerine getirilmesi gayesiyle dokunulmazlığı kaldırılan bir üye müteakip seçimlerde tekrar Büyük Millet Meclisine üye seçilirse otomatik olarak dokunulmazlık kazanacak, yani evvelki «dokunulmazlığın kaldırılması kararı» hükümsüz kalacak; bir evvelki devre başlanmış olan işleme devam için dokunulmazlığının yeniden kaldırılması gerekecektir.

1924 Anayasasının vatana hiyanet veya milletvekilliği sırasınca irtikâp suçlarından biriyle zanlı olduğuna Türkiye Büyük Millet Meclisinin mevcut üye sayısının üçte iki oyuyla karar verilenlerin üyelik sıfatlarının düşeceği hükmü de (mad. 27) kaldırılmış, bunun yerine suç ikası sebebiyle üyelik sıfatının kaybı kesin mahkûmiyet hükmünün mevcudiyeti şartına bağlanmıştır (mad. 80). Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden birinin üye seçilmeye engel bir suçtan dolayı (mad. 68) kesin olarak hüküm giymesi üzerine üyelik sıfatı otomatikman düşmekte ise de, 80. maddenin son cümlesine göre bu durumun aynı zamanda Meclisce teşkil edilip bir karara bağlanması gerekmektedir. Yani söz konusu cümlele adı edilen «üyelik düşmesine dair Meclis kararı» sadece deramsızlık haline münhasır değildir. 80. maddenin bozuk bir dille kaleme alınmış olması ve Meclis müzakereleri sırasında Anayasa Komisyonu sözcüsünün müphem ifadesi bu konuda zihinlerde bir tereddüt uyandırmakla beraber, 81. maddede mücerret «Meclis kara-

8) Bu konuda Bk. GÖLCÜKLÜ, *Ceza Dâvasında Şahıs Hürriyeti*, Ankara 1958, s. 141 ve son.



rından» bahsedilmesi söz konusu hükmün yukarıdaki şekilde anlaşılmasını gerektirmektedir; aksi halde yalnız devamsızlık sebebiyle üyeliğin düşmüş olduğu kararına karşı iptâl istemi mümkün olacaktır ki 81. maddenin genel ifadesi buna engeldir.

Dokunulmazlık ve yasaklamalar bakımından Bakanlar da Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleriyle aynı durumdadır (mad. 105/son). Bu husus bilhassa Bakanlar Kuruluna Meclisler dışından alınan Bakanlar konusunda önem kazanmaktadır.

Şahsî suçlarından ötürü gerek Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu üyeleri, gerekse Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, «dokunulmazlık müessesesi» hariç, her hangi bir vatandaştan farksızdırlar; bütün anayasalar gibi Anayasamızca da kabul edilmiş bulunan «kanun önünde eşitlik» prensibi aksi tutuma engeldir.

1961 Anayasası da, eski Anayasamızda olduğu gibi, Cumhurbaşkanı'nın vazifesiyle ilgili hususlarda yalnız «vatan hainliği» ile suçlandırılabilceğini kabul etmiştir (mad. 99); diğer hallerde Cumhurbaşkanı'nın kararlarını imzalayan Başbakan ile ilgili Bakan sorumludur (mad. 98). Yeni Anayasamızın Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu konusunda getirdiği yenilik kendisinin, vatan hainliği sebebiyle, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine üye tamsayısının en az üçte ikisinin Meclislerin birleşik toplantısında vereceği kararlarla suçlandırılacağıdır.

99. maddede ifade edilen «vatan hainliği» mefhumuna müteallik bir tarif hukukumuzda mevcut değildir; ceza hükmünü muhtevi kanunlarımızdan hiçbirisi mahsus surette bu ismi taşıyan bir suçta ihtiva etmemektedir.

Aynı mânada bir maddeyi muhtevi bulunan gerek 1875 ve 1946, gerekse 1958 Fransız Anayasalarının bu hükmünü inceleyen müellifler Cumhurbaşkanı'nın vatan hainliği sebebiyle sorumluluğunda suçların ve cezaların kanunîliği prensibinin tatbik edilmiyeceği, yani bu sorumluluğun kanunîlik prensibinin bir istisnasını teşkil ettiği kanaatında bulunmuşlardır. Bu muhakeme silsilesi neticesinden olarak, Meclis tarafından vatan hainliği ile suçlandırılan Cumhurbaşkanı'nı muhakeme edecek olan Yüksek Mahkeme (Haute Cour de Justice: Yasama Meclisi üyelerinden kurulmaktadır) hem suçun tavsifi hem de cezanın tayini konusunda yüksek tak-



birini de sorumlu Cumhurbaşkanına tatbik edebilecektir. Diğer bir deyimle Yüksek Mahkeme Cumhurbaşkanını muhakeme ederken suç ve ceza koyan yasama organı gibi davranmaktadır. Yüksek Mahkemeye tanınan bu geniş takdir yetkisinin bizzat mahkemenin teşekkül tarzının (yasama Meclisi üyelerinden kurulu bir mahkeme) bir neticesi olduğu da düşünülebilir (9).

Yeni Anayasamız karşısında Cumhurbaşkanının hiçbir kanun maddesinde adı bulunmayan vatan hainliği suçundan dolayı sorumluluğunu dar anlamında kanunîlik prensipinin bir istisnası saymak mümkün ise de, bu istisnayı gene aynı ana prensipe uygun olarak tefsir gerekir. Şöyleki: Cumhurbaşkanını vatan hainliğiyle suçlayacak olan Türkiye Büyük Millet Meclisi ancak yürürlükteki genel veya özel ceza kanunlarında mevcut olan bir fiili yahut fiilleri, ceza hukuku doktrininden mülhem olarak, vatan hainliği suçu sayabilecektir. Cumhurbaşkanını bu suç sebebiyle muhakeme edecek olan mahkeme de bu tavsifle bağlı bulunacaktır; tatbik edilecek cezaya gelince, bunun vatan hainliği suçu sayılan fiile terettüp eden ceza olduğu şüphesizdir. Bu anlayış içinde kalınmak şartıyla kanunîlik prensibinden ayrılmamış olacaktır.

3. **Suçların ve cezaların affı:** Af konusunda da genel olarak 1924 Anayasasının sistemi muhafaza edilmiştir. Genel ve özel af yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir (mad. 64). Ayrıca Cumhurbaşkanının sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilme yahut kaldırabilme gibi özel af yetkisi vardır (mad. 97/2). Söz konusu 97. maddedeki sayım tahdididir; bu bakımdan yeni Anayasamız 1924 Anayasasından ayrılmaktadır. Hatırlanacağı üzere eski Anayasamızın 42. maddesindeki «daimî malûliyet veya şeyhuhat **gibi** şahsî sebepler-sebeplerden dolayı...» denilmekteydi ve bu ifade tarzı tahdidî olmaktan uzaktı. İzah ve beyandan müstağnidir ki Cumhurbaşkanı söz konusu özel af yetkisini tek başına kullanamayacaktır; Anayasanın 98. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanının özel affa mütedair kararı Başbakan ve ilgili Bakan tarafından imzalanacaktır.

1924 Anayasasında mevcut olup mahiyet bakımından değilse bile zâhiren bir âtîfet tedbirine benzer görünen «tahkikat ve mü-

(9) H. DONNEDIEU DE VARBES, *Traité de Droit criminel et de Législation pénale comparée*, 3 bası, Paris 1947, s. 939 ve son. ve s. 665, 661; P. BOUZAT, *Traité théorique et pratique de Droit pénal*, Paris, 1956, s. 65.



cazatin Meclis tarafından tecili» (mad. 26) müessesesini yeni Anayasamız, benzeri tasarrufların doğrudan doğruya yargılama organını ilgilendirdiği gerekçesiyle, haklı olarak kabul etmemiştir. Eski 26. maddeyi karşılayan ve Meclisin yetkilerini belirten 64. maddeden söz konusu ibare çıkarılmıştır.

1961 Anayasası teorik olmaktan ziyade pratik neticeleri bakımından ve geçmişte edinilen tecrübeleri gözönünde tutarak yasa organının genel af konusundaki esasında sınırsız yetkisini de tahdit etmiştir. Gerçekten 131. maddenin son fıkrası gereğince «Orman suçları için genel af çıkarılamaz»; fakat aynı konuda özel affa engel olacak bir hüküm mevcut değildir.

Yeni Anayasamızın genel affın neticeleri bakımından getirdiği en önemli değişiklik, ağır hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı kesin olarak hüküm giymiş olanların ve - taksirli suçlar hariç olmak üzere - beş yıldan fazla hapis cezasıyla veya zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı suçlardan biriyle kesin olarak hüküm giymiş bulunanların, affa uğramış olsalar da, milletvekili seçilemeyeceklerine dair 68. madde hükmüdür. Bilindiği üzere genel af, Ceza Kanunu önünde suç teşkil eden fiilin bu vasfını ortadan kaldırmaktadır. Binnetice affa uğrayan suçun asıl cezasıyla birlikte fer'î ve tamamlayıcı cezalar ve suçtan mütevellit her türlü ehliyetsizlikler kendiliğinden ortadan kalkmakta, yani hükmolunmuş cezalar cezaî bütün neticeleriyle birlikte silinmektedir. Bu ise memnu hakların otomatikman iadesi demektir. Teorik durum, genel affın esprisi bu iken 68. madde belirtilen hallerde genel affın neticeleri itibariyle etkisini sınırlamıştır. İtiraf gerekir ki mezkûr sınırlama dayanağını hukuk ilminde değil, fakat af yetkisinin suiistimali, Parlâmentonun manevî şahsiyetini koruma zarureti, bu Anayasanın doğumuna ve oluşuna sebep teşkil eden hâdiseler gibi yakın geçmişte yer alan acı tecrübelerde bulmaktadır. Özel af, cezaî neticelerine dokunmaksızın suçun sadece cezasını ortadan kaldırdığı cihetle, 68. madde kaydedilen surette hüküm giyip bilâhare özel affa uğramış bulunan bir kimşenin milletvekili seçilemeyeceği âşikârdır. 68. maddenin koyduğu sınırlama 72. madde delâletiyle Cumhuriyet Senatosu üyeleri için de variddir.

Geçici 11. madde 68. maddedeki istisnaya bir istisna getir-



bu Anayasanın halkoyu ile kabulünden önce affedilmiş bulunanların 68. maddedeki seçilme yasağına tabi olmadığı hükmünü yitmiştir.

Bu konuda hatıra gelebilecek bir soru 68. maddede sayılan suçlar sebebiyle hüküm giymiş bir şahsın genel af yoluyla değil, kat cezasını çektikten sonra Ceza Kanunumuzun 121 ve müteakip maddelerinde gösterildiği şekilde «Memnu hakların iadesi» yoluyla bütün haklarını yeniden kazanması yani «ehliyetsizliklerinin» ortadan kaldırılması halinde yasama organına üye seçilebilip seçilemeyeceğidir.

68. maddenin ruhuna değil lâfzına bağlı bulunduğu takdirde bu mümkündür denebilir. Fakat kanun koyucunun 68. maddedeki «...affa uğramış olsalar da...» ibaresini sevkedenken güttüğü asıl gaye sadece af müessesesinin neticelerini tahdid değil belirli sabıka bulunan kimselerin Millet Meclisine yahut Cumhuriyet Senatosa girmelerini önlemektir. Maddenin asıl gayesi bu olunca artık ehliyetsizliklerin kaldırılması yolunun önemi yoktur. 68. maddede gösterildiği surette hüküm giyen bir kimse ister af yolundan, ister «memnu hakların iadesi» yolundan eski haklarını tekrar kazanmış bulunsun, Türkiye Büyük Millet Meclisine artık üye olamayacaktır. Bu sebeple maddedeki «...affa uğramış olsalar da...» ibaresi yerine «ehliyetsizlikleri kaldırılmış olsa da» ibaresinin kullanılması daha isabetli olurdu kanaatındayız.

**4. Anayasayla ihdas edilen suçlar:** 1961 Anayasası hazırlanırken anayasa hukuku kuralları yanında memleketin gerçek ihtiyaçları ve demokratik rejimi ihya gayesinin daima gözönünde tutulmuş bulunduğu malûmdur; yeni Anayasamızın hükümleri incelenirken bu hususu hatırdan çıkarmamak gerekir. Vicdan ve din irriyetini konu alan 19. maddenin suç ihdas eden son fıkrasını aynı açıdan ele alıp değerlendirmek lâzımdır. Söz konusu fıkraya göre Devletin sosyal, iktisadî, siyasî veya hukukî temel düzenini, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya iktisadî çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla, her ne suretle olursa olsun, dinî veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri küfür, tismar etmek ve kötüye kullanmak suçtur. Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtanlar kanuna göre cezalandırılır; dernekler yetkili mahkemece ve siyasî partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır.



Mezkûr anayasa hükmününün kanun koyucuya yüklediği mükellefiyet din duygularını, belirtilen sâikle, istismar fiilinin bir suç olarak Ceza Kanununa ithalidir. Esasen 19. maddenin derpiş ettiği suç Ceza Kanunumuzda yer almaktadır. Bu durum karşısında 19. maddenin varlık sebebi Ceza Kanunumuzun mahsus maddesinin (mad. 163) ilga yahut tadilini güçleştirmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere fiilin cezalandırılması için özel kasdın yani Devlet düzenini din kurallarına dayandırma veya siyasî veya şahsî çıkar veya nüfuz sağlama sâikinün suçu işleyende mevcudiyeti gerektir. Maddede gösterilen fiili işleme amacıyla kurulan yahut bu amaca yönelen dernekler veya siyasî partiler için de bizzat Anayasayla ayrı bir müeyyide ihdas edilmiştir ki, bu da derneğin yahut siyasî partinin temelli kapatılmasıdır.

5. **İspat hakkı:** Geçmiş hâdiselerin tesiriyle bir anayasa hükmü haline getirilmesinde fayda görülen müesseselerden biri de «ispat hakkı» müessesesi olmuştur. Müessese bilhassa kamusal faydası gözönünde tutularak Anayasaya alınmıştır. Gerçekten 34. maddeye göre, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret dâvalarında, sanık isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnad olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispatı razı olmasına bağlıdır.

Söz basın yoluyla işlenen suçlar konusuna intikal etmişken belirtmek isteriz ki yeni Anayasamız, teferruata inmek pahasına da olsa, basın hürriyetinin en geniş teminat altına almış; bu hürriyete getirilebilecek kısıntıların ancak kanun ve hâkim kararı marifetiyle olabileceği esasını vazetmiştir.

Ezcümle basın ve haber alma hürriyeti... kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzü, suç işlemeye kışkırtmayı önlemek ve yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için kanunla sınırlanabilir (mad. 22/3). Yargı görevinin amacına uygun olarak yerine getirilebilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde hâkim tarafından verilecek kararlar saklı olmak üzere, olaylar hakkında yayın yasağı konamaz (mad. 22/4). Türkiye'de yayınlanan gazete ve dergilerin toplatılması, bu tedbirin uygulan-



ancak hakim kararıyla olabilir (mad. 22/5). Türkiye'de yayınlanan gazete ve dergiler, ancak 57. maddede belirtilen fiillerden mahkûm olma halinde mahkeme kararıyla kapatılabilir (mad. 22/son).

22. maddenin konumuzu ilgilendiren 3. fıkrası her türlü izahı lüzumsuz kılacak kadar açıktır. Yalnızca belirtmek isteriz ki fıkrada sözü edilen «kanun» kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz, suç işlemeye kışkırtma, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesine engel olma fiillerini cezaî yahut hukukî müeyyideye bağlayan kanunlardır. Esasen bu mahiyetteki hükümler Ceza ve Medenî Kanunlarımızda, Borçlar Kanunumuzda mevcut bulunmaktadır. Yoksa 3. fıkranın gayesi bu fiillerin işlenmesine engel olmak için «basın ve haber alma hürriyetini» sınırlamak, yani bir ön-kontrol (sansür) ihdası imkânını saklı tutmak değildir.

22. maddenin 4. fıkrasına gelince, hakim tarafından verilecek olan yayın yasağı kararı ancak yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi hedefini güdecektir. Bunun da mânası henüz adlî takibat veya tahkikat konusu olmamış yahut mahiyeti itibariyle konu olmayacak bir hususun yayın yasağına tâbi tutulamıyacağıdır. Yani yasağın amaca hizmet edip etmiyeceğini takdir, hâkime bırakılmakla beraber, yayın yasağına tâbi tutulabilecek alan anayasaca sınırlanmıştır. Yasak kararı verecek hakim de işe el koymuş bulunan hâkimdir.

Türkiye'de yayınlanan gazete yahut dergilerin toplatılması tedbiriyle ilgili 5. fıkradaki «bu tedbirlerin («tedbirin» olması gerekir) uygulanacağını kanunun açıkça göstereceği suçların işlenmesi halinde...» ibaresini tatbik imkânı güç bir hüküm saymaktayız. Basın yoluyla işlenen suçlar mahiyet itibariyle mahdut olmakla beraber bunları peşinen eksiksiz belirtmek ve münasip görülenlerine «bu suçun basın yoluyla işlenmesi halinde gazete yahut dergi toplanabilir» ibaresini ilâve etmek müşahhas durumlardan tamamen tecerrüt ederek objektif bir hüküm koymak olacaktır. Halbuki «toplama» tedbiri, mahiyeti itibariyle tamamen sübjektif durumlar muvacehesinde değerlendirilmesi gereken bir tedbirdir. Bu itibarla basın yoluyla işlenmesi muhtemel her suça ait maddeye toplama tedbirinin icabında tatbik edilebileceğine dair teker teker hüküm konacak yerde, basın suçlarında yayım vasıtalarının hakim kararıyla toplatılabileceğinin belirtilmesi daha uygun olurdu.



ma muhtemel olan kazüivistik yolun mahzurları bertaraf edilmiş olacaktı.

Gazete yahut dergilerin kapatılmasına gelince, 22. maddenin son fıkrası bu «ek-müeyyideyi» «kapatma yasağı» koyarcasına dar sınırlar içine almıştır. Evvelâ «kapatma», Anayasaya göre «ek müeyyide» dir ve cezadan ziyade bir tedbir mahiyetindedir; tatbiki de tamamen hakimın takdir ve ihtiyarına bırakılmıştır. Bu mahiyetine binaen söz konusu müeyyide gerek fer'i ve tamamlayıcı gerekse seçimlik cezalardan ayrılmakta, nev'i şahsına münhasır bir ek tedbir teşkil etmektedir. Bilindiği gibi fer'i cezalar aslî cezanın bir neticesidir ve aslî cezaya, hükümde ayrıca tasrihine lüzum olmaksızın eklenmektedir; tamamlayıcı cezalar da aslî cezanın bir neticesidir fakat mahkûmiyet hükmünde ayrıca belirtilmeleri gerekir; seçimlik ceza ise esasında aslî bir cezadır.

Saniyen «kapatma» tedbirinin tatbiki için Kanun 57. maddede belirtilen fiillerden mahkûmiyeti öngörmektedir. Sözü edilen 57. madde siyasî partilerin uyacakları esasları tespit etmekte, «Siyasî partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve Lâik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır» demektedir. İmdi kapatma tedbirinin tatbiki için, yukarıya naklettiğimiz fıkrada belirtilen faaliyetlere «aykırı faaliyetin» (ceza hukuku diliyle «fiillerin») evveleminde, hiç olmazsa siyasi partiler muvacehesinde, suç sayılması gerekmektedir. 57. madde partilerin uyacakları esaslara aykırı faaliyetlerin parti hükmî şahsiyeti konusundaki ilk ve tek müeyyidesini koymuştur: partinin Anayasa Mahkemesince temelli kapatılması. Bu müeyyideyi bir ceza müeyyidesi sayarsak 57. maddedeki esaslara aykırı faaliyet suç haline getirilmiş olacak; binnetice 27. maddenin son fıkrasıyla (burada «mahkûmiyet» ten bahsolunduğuna göre) 57. madde arasında ahenk sağlanmış bulunacaktır. Bu muhakeme şeklinin en tabiî neticesi de yeni Anayasamızın, hiç olmazsa siyasî partiler konusunda hükmî şahsiyetin ceza sorumluluğunu kabul ettiği gerçeğidir. (Bilhassa Anayasa Mahkemesi Usulü Kanununun 32. maddesi gözönünde tutulursa). Şimdi 57. maddedeki suçu işleyen gazetenin kapatılabilmesi için ilk şart olarak bu gazeteyle kapatılan parti arasında organik bir bağın mevcudiyetini kabul zaruridir; yani bu gazetenin parti tarafından çıkarılan ve parti resmî organı olan gazete olması gerekmektedir. İkinci şart da suçun hiçbir hakiki şahsa izafe edilememesi, diğer bir de-



yimile ancak ve münhasıran siyasî parti zimmetine kaydedilebilir mahiyette olmasıdır. Bu ihtimal ise pek kabili tasavvur değildir. Fazla olarak ilâve gerekir ki 57. maddedeki suçun gazete tarafından işlenebilmesi için bir iki yazının değil devamlı bir yayının mevcudiyeti gerekir; zira maddede bir «faaliyetten» bahs olunmaktadır. Suçun yukarıda gösterilen şartlar altında işlendiğini bir an için kabul edelim. Bu takdirde gazeteyi kapatma yetkisi hangi mahkemeye ait olacaktır? İlk akla gelecek mahkeme aynı suçtan dolayı partiyi kapamış olan Anayasa Mahkemesidir. Anayasa Mahkemesinden gayri bir mahkemenin de aynı yetkiyle teşhizi düşünülebilir; fakat bu takdirde Anayasa Mahkemesinin «parti kapama» kararına dayanan ayrı bir «gazete kapama» dâvası ve muhakemesi mevcut olacaktır. Bu yeni dâvayı görmeğe yetkili mahkemeyi yünürlükteki usul kanunlarımız uyarınca tayin imkânsızdır; zira Ceza Muhakemesi Usulü mevzuatımız mahkemelerin madde itibariyle yetkilerini tayinde suçu ve suçta mürettep cezayı ölçü almaktadır ve mevcut cezalar arasında «gazete kapama» cezası da yoktur.

22. maddede denildiği gibi «57. maddede belirtilen fiillerin» ayrı bir suç teşkil ettiğini veya çıkarılacak yeni kanunlarla bunların suç haline getirildiğini farzedelim. Bu halde söz konusu suçu işleyen gazete bakımından iki ihtimâl düşünülebilir:

a) Gazete siyasî parti resmî organıdır ve işlenen suç hiçbir hakiki şahsa izafe edilememektedir; bu takdirde suç parti tarafından işlenmiştir denecek ve siyasî parti hükmi şahsiyet olarak ceza mahkemesi önünde sanık iskemlesine oturtulacak, muhakeme olunacak, hüküm giyecek, bu hükme dayanılarak gazete kapatılacaktır;

b) gazete bir siyasî partiden ayrı olarak 57. maddede belirtilen ve suç haline getirilen fiili işlemiştir. Suç ikai sebebiyle dâva açılacaktır. Fakat bu suçun sanığı ve sorumlusu bir hakiki şahıstır. Bu hakiki şahıs muhakeme olunacak, hüküm giyecektir. Bu hükme dayanılarak, 22. maddede dendiği gibi, gazetenin kapatılmasına gelince iş değişmekte, «ceza sorumluluğunun şahsiliği» hükmü (mad. 33/5) ihlâl olunarak gazete kapatılacaktır.

Görüldüğü gibi birinci şık gayri kabili tasavvur, ikinci şık ise bizzat anayasa hükümleriyle tearuz halindedir. Hükmi şahısların ceza sorumluluğu kabul edilmeksizin gazete kapama tedbirinin



bir mahkûmiyet hükmünün mevcudiyeti şartına bağlı tutulduğu her sistemde yukarıda belirtilen güçlükler ve insicamsızlıklar zarureten kendini gösterecektir. Gazete kapama yetkisi muhafaza edilmek istendiği takdirde bunu, müstakil bir tedbir olarak, başka bir formüle bağlamak zaruridir.

İstihaten belirtelim ki 57. maddede bir «faaliyetten» bahsölunduğuna ve «faaliyet» te müteaddid, devamlı fiillerden müteşekkil bulunduğuna göre söz konusu maddedeki suç bir tek yazı ile işleyen yazarın bu fiilden mahkûmiyeti halinde, mensubu bulunduğu gazetenin kapatılabilip kapatılamıyacağı da bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

**6. Anayasaya aykırılık sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptâl olunan ceza hükümlü kanunun zaman içinde tatbiki:** Yeni Anayasamızın 8. maddesine göre «Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. -Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır». Maddenin gayesi bilhassa insan hak ve hürriyetlerine ve Anayasada sayılan diğer siyasî ve sosyal düzen prensiplerine dayanan demokratik rejim icaplarını bütün devlet ve fert faaliyetlerinde hakim kılmaktır.

8. maddede beyan olunan bu husus 152. madde ile müeyyide altına alınmış, Anayasaya aykırı kanunun, iddia üzerine (mad. 149 ve 151), Anayasa Mahkemesince iptaline karar verileceği hükmü konmuştur.

Normâl usulüne uygun olarak yasama organınca kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiş bulunan ceza hükümlü bir kanunun bilâhare Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesince iptali halinde söz konusu iptâl kararı zaman içinde nasıl tatbik edilecektir? Yani Anayasaya aykırılık gerekçesiyle Yüksek Mahkemece verilen iptâl kararı ceza hükümlü bir kanunu yürürlükten kaldırdığı, diğer bir deyimle lehde bir durum yarattığı cihetle iptâl kararı hükmü geriye yürüyerek kesin hükümlere tesir edecek midir?

Anayasa Mahkemesinin kararlarını konu alan 152. maddenin bu soruya verdiği cevap şudur: «...iptaline karar verilen kanun veya İctüzük (T.B.M.M. İctüzükleri) veya bunların iptâl edilen hükümleri, karar tarihinde yürürlükten kalkar. Gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi, iptâl hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ay-



rica kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın verildiği günden başlayarak altı ayı geçemez. - İptâl kararı geriye yürümez. - Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir...». Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki Kanunun aynı hükümleri tekrarlayan 50. maddesi fazla olarak «Anayasa Mahkemesi, bir kanun veya içtüzüğün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde meydana gelecek olan boşluğu, kamu düzenini tehdit edici mahiyette görürse 3 üncü fıkra hükmünü uygular (yani kararın yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir) ve bu boşluğun doldurulması için yasama meclisleri başkanları ile Başbakanlığı durumdan haberdar kılar» ibaresini sevk etmiştir; aynı zamanda «İptâl kararı her halde geri yürümez» diyerek 152. maddenin aynı mahiyetteki hükmünün ifadesini de kuvvetlendirmiştir.

Bir kanaata göre gerek Anayasadaki gerekse Anayasa Mahkemesi Yargılama Usulü Kanunundaki «iptâl kararının geriye yürümiyeceği» ve «Anayasaya aykırı kanunun karar tarihinde yürürlükten kalkacağı» na dair açık hükümlere rağmen iptâl kararı geriye yürüyecek, kesin mahkûmiyet hükümlerine tesir edecektir. Bu kanaata destek olarak ileri sürülen mülâhazalar, Profesör Erem'den naklen aşağıdaki gibi sıralanıp özetlenebilir:

a) İptâl kararı bir kanunu yürürlükten kaldırdığından «mahkûmiyet hükümleri bir fiili suç olmaktan çıkaran kanun değişikliğine ilişkin kaidelere göre bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldırılır»; «Anayasaya aykırılık sadece şiddet sebebi koyan bir hükme taallük ediyorsa mahkûmiyet kararının yalnız o hükme ait olan kısmı tatbik edilmeyecektir»; «Türk Ceza Kanununun 2. maddesinden çıkan bu sonucu iptâl kararının geriye yürümezliği hükmü ortadan kaldırmış değildir. Zira iptâl kararının geriye yürümezliğinden maksat, eskiye iadenin reddedildiği mânâsıdır. Halbuki bir kanunun kalkmasından çıkacak sonuçlar geriye değil, ileriye aittir» (10).

b) «Anayasamız Anayasaya aykırılığı butlana benzettiğine ve bunun her halde nisbî bir butlan sayılmasına imkân görülemediğine ve butlan ile bu husustaki kararın geri yürümezliği bağda-

(10) F. EREM, «Ceza Hukuku yönünden Anayasaya aykırılık iddiası», *Ad. Der.*, yıl: 53, Mayıs-Haziran 1962, Sayı: 5-6, s. 466, 469-470.



şamıyacağına göre ortada Anayasaya aykırı kanunun Anayasa Mahkemesince kaldırılmasından başka bir mesele yoktur» (11).

c) «Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz (mad. 8). Bu itibarla Anayasa hukukumuz kanunlar çatışmasında Anayasanın üstünlüğü-kaidesini kabul etmiştir... Anayasaya aykırılık, neticede Anayasaya aykırı kanunun yürürlüğe girdiği anda, zımnen mülga sayılması lâzım gelir. Anayasa Mahkemesinin bu yoldaki kararı beyanî karardan ibarettir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın o kanunu zımnen ilga etmiş olduğunu müşahede ve beyan etmiş olur. Fakat burada yeni bir kanunun eski bir kanunu kısmen yürürlükten kaldırması değil yeni bir kanunun (iptâl olunan kanun) yürürlüğe girmesiyle zımnen ilgasının aynı âna rastlaması bahis konusudur» (12).

d) «Esasen iptâl kararının geri yürümezliği kaidesi makul değildir. Eğer bu karar geri yürümiyecek ise, neden görülmekte olan bir dâvada taraflar bu hususu ileri sürsünler? Zira görülmekte olan dâva konusu suç, Anayasaya aykırılık kararından evvel işlenmiş bir fiildir (13).

e) «Anayasa Mahkemesi en yüksek anayasa teminatı sağlıyorsa aksine varılan sonuç bu teminattan kısmen mahrumiyet demek olacaktır ki bunu izaha imkân yoktur» (14); «Menşesinde Anayasaya aykırı olduğu kabul edilen bir kanunun tatbikatını tasahih etmemenin hukuka uygun bir davranış olduğunu savunmak da imkânsızdır» (15).

Biz ise, aşağıdaki sebeplerle, zıt kanaate meyletmekte; iptâl kararının geçmişe yürüyerek kesin mahkûmiyet hükümlerine tesir etmiyeceğine inanmaktayız:

a) İptâl kararının mevcut bir kanunu yürürlükten kaldırarak bu kanunda yer alan bir fiili suç olmaktan çıkardığı aşikârdır. Bu konuda tatbik edilecek genel prensibin Ceza Kanunumuzun 2. maddesinde yer aldığı da muhakkaktır. Söz konusu maddeye gö-

(11) EREM, a.g.y., s. 471.

(12) EREM, a.g.y., s. 468.

(13) EREM, a.g.y., s. 470.

(14) EREM, a.g.y., s. 470.

(15) EREM, a.g.y., s. 469.



re «...İşlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmaz. Eğer böyle bir ceza hükmolünmüşsa icrası ve kanunî neticeleri kendiliğinden ortadan kalkar. - Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.»

Fakat Anayasamız «iptâl kararı geri yürümez», Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulü hakkındaki Kanun da «iptâl kararı **her halde** geri yürümez» diyerek Ceza Kanunumuzdaki ana hükme bu konuda bir istisna getirmiştir. Kanun koyucunun iptâl kararları konusunda böyle bir istisnayı saklı tutma iradesi yukarıda söz konusu edilen iki Kanunun diğer hükümlerinden de anlaşılmaktadır. Şöyleki: Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilen kanun **karar tarihinde yürürlükten kalkar**; bu ifade şeklinin belirtmek istediği hususlardan biri de, iptaline karar verilen kanunun bu tarihten evvel yürürlükte ve muteber olduğudur. Üstelik Anayasa Mahkemesi bir kanunun iptali halinde meydana gelecek boşluğu, kamu düzenini tehdit edici mahiyette görürse iptâl kararının yürürlüğe gireceği tarihi (yani Anayasaya aykırı kanunun yürürlükten kalkacağı tarihi), altı aylık sınır içinde kalmak şartıyla, ileriye atabilir; yani Anayasaya aykırı kanunu bir süre daha yürürlükte tutabilir. Hattâ Yüksek Mahkeme daha da ileri giderek, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir; yani verdiği kararın genel olmasını önleyebilir. Bütün bu hükümlerden çıkan netice şudur ki, Yüksek Mahkemece verilen iptâl kararı nev'i şahsına münhasır bir karardır; kanunların yasama organı tarafından normal usule uygun olarak yürürlükten kaldırılmasından farklıdır; bu farklı mahiyetine binaen kanun koyucu iptâl kararları konusunda Ceza Kanunumuzun 2. maddesi hükmüne bir istisna getirmiştir.

Esasen bu mahiyetteki istisnalara başka alanlarda da rastlanmaktadır. Meselâ Alman Ceza Kanunu, daha evvel işaret edildiği gibi, 2. maddesinin ilk fıkrasında kanunilik prensipini, müteakip fıkrasında lehdeki kanunun geçmişe yürüyeceği esasını koymuş; fakat 3. fıkrasında da, faydacı mülâhazalarla, süreli kanunların lehde olmalarına rağmen ana kaideye istisna teşkil ettiğini (yani bu çeşit kanunların belirli süre sonunda otomatikman yürürlükten kalkmasının evvelce mezkûr kanunlar uyarınca verilmiş bulunan



kesin mahkûmiyet hükümlerine tesir etmiyeceği) açıkca belirtilmiştir (16).

Kanaatımızca iptâl kararı konusunda da buna benzer bir durum mevcuttur; kanun koyucu, itiraf gerekir ki, hukukî olmaktan ziyade faydacı mülâhazalarla ve ihtilâtları önlemek için iptâl kararının kesin mahkûmiyet hükümlerine tesir etmiyeceğini kabul etmiştir.

İptâl kararının geriye yürümezliğinden maksadın, eskiye iade nin reddedildiği anlamına geldiği kanaatına da iştirak edememekteyiz. Zira bir mahkûmiyet hükmünün sebep olduğu kayıpların, bu mahkûmiyet hükmünün ortadan -bütün neticeleriyle birlikte- kalması halinde iade edilmeyeceği (yahut tazminat talebinde bulunulamıyacağı) (meselâ mahkûmiyet üzerine memuriyet vazifesi kaybeden memurun genel affa uğraması halinde eski bütün haklarına sahip olmakla beraber, memuriyetine bihakkın iade edilmeyeceği ancak yeniden memur tayin olunabileceği) ihtilâf ve tereddütsüz hukuk ilmince kabul edilen bir kaidedir. Bunun böyle olması için Anayasa hükmü halinde ayrıca ve sarahaten ifadesi lüzumsuzdur.

b) Peşinen belirtmek isteriz ki, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı kanunlar konusundaki kararları mevzu bahis edilirken özel hukuk terimlerine müracaat isabetsiz olmuştur. «İptâl kararı», zarureten, özel hukukun «butlan» müessesesini hatıra getirmektedir. Yüksek Mahkemenin iptâl kararı izah edilirken butlan nazariyesinden hareket edildiği takdirde dahi buradaki butlanın daha ziyade nisbî butlanla benzediği kanaatındayız. Zira, bir evvelki paragrafta belirttiğimiz gibi (a), kanun koyucu bir kanunu Anayasaya aykırılığına rağmen, icabı halinde, yürürlükte tutmak istemiştir ve bu yetkiyi Anayasa Mahkemesine de vermiştir; iptâl edilen kanunun karar günü yürürlükten kalkacağını belirtmekle, bu tarihten evvel muteber şekilde yürürlükte bulunduğu kabul edilmiştir; iptâl kararının geçmişe yürümiyeceği hükmü konmuştur.

Bu konuda Anayasamızın diğer bir maddesini de zikretmek isteriz. 150. maddeye göre Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptâl dâvası açma hakkı, iptali istenen kanunun Resmî Gazetede yayınlanmasından başlayarak doksan gün sonra düşer.



c) Kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı, binaenaleyh Anayasaya aykırı bir kanunun yürürlüğe girdiği andan zımnen ilga sayılacağı ve dolayısıyla böyle bir kanuna dayanılarak verilen hükmün kanunsuz bir hüküm olduğu iddiası da kanatımızca gerinde değildir. İnancımız odur ki, daha evvel de belirttiğimiz gibi, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı hükmünü koyan 8. maddemizin fonksiyonu Anayasaya aykırı bir kanunun müeyyidesini teşkil etmek, yani böyle bir kanunu otomatikman yürürlükten kaldırmak değil, yasama organına faaliyetinde bir yön göstermektir. Muhtevi bulunduğu hükümler bakımından Anayasaya aykırı olan bir kanun, kanunî usulüne uygun olarak Meclisten çıkarılıp yürürlüğe konmuşsa, şeklî bakımdan da maddî bakımdan da muteber ve hüküm ifade eden bir kanundur; yürürlükten kaldırılmadıkça yahut iptal edilmedikçe uygulanacaktır.

Anayasaya aykırı bir kanunun gerçek müeyyidesi 152. maddede yer almaktadır ki, bu da Anayasa Mahkemesince, iddia üzerine verilecek, iptâl kararıdır. Aykırılık konusunda hiçbir iddiada bulunulmadıkça ve bu iddia Yüksek Mahkemece kabul olunup iptâl kararı verilmedikçe kanun muteber olarak yürürlüktedir. Aksi takdirde kabul olunmuş olsaydı ne Anayasa iptâl olunan kanunun iptâl kararı tarihinde yürürlükten kalkacağını belirtir, ne iptâl kararı geçmişe yürümez der, ne de Yüksek Mahkemeye yürürlükten kalkma tarihini karar tarihinden ileriye atabilme yetkisini verirdi. Fazla olarak Anayasa Mahkemesinin, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümleri, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına karar verebilmesini de başka türlü izah imkânsızdır.

Butlan meselesi konusunda da belirttiğimiz gibi Anayasamızın kullandığı «iptâl» deyimini yersizdir; bu kelimedен anlaşılacak mânâ bir kanunu «yürürlükten kaldırma» dır ve bu «kaldırma» zımnî değil, karar tarihinden sayılacak sarih bir «ilga» dır.

d) Anayasaya aykırılık iddiasının görülmekte olan bir dâvada ileri sürülebilmesi de (görülmekte olan dâva konusu suçun Anayasaya aykırılık iddiasından evvel işlenmiş bir fiil olması sebebiyle), kanaatımızca, iptâl kararının geriye yürüdüğü şeklinde tefsir olunamayacaktır. Bu hususu da; Anayasamızın «iptâl kararı» na tanıdığı özel statüyle izah mümkündür sanırız. Kanunların zaman içinde tatbiki konusunda iptâl kararları «muhakeme usulüne ait kanunlara» benzemektedir. Nasıl ki muhakeme usulüne müteallik kanun hükümleri yürürlüğe girdikleri andan itibaren



(yani evvelce işlenmiş suçlara ait, görülmekte olan dâvalar da dahil olmak üzere) tatbik edilmektedir; aynı şekilde iptâl kararları da yürürlüğe girdikleri andan itibaren tatbikat bulacak, görülmekte olan dâvalara ve kesinleşmemiş hükümlere tesir edecektir.

İptâl kararlarının bu özel statüsü konusunda «kesin hüküm dokunulmazlığı» da ileri sürülebilecektir kanaatındayız.

e) Vatandaşların bir kısmını Anayasa teminatından mahrum etmeme; Anayasaya aykırı bir kanunun tatbikatını tashih etme mülahazaları her ne kadar yerinde ise de, biraz evvel temas edilen «kesin hüküm dokunulmazlığı» ve ihtilâtları önleme zarureti de o kadar muteberdir. İptâl kararının geçmişe yürümezliği neticesi ihlâli muhtemel olan «kanun önünde eşitlik prensipini», «Anayasa teminatını», «tatbikatı tashihini» daha mülâyim ve zararsız yollardan gerçekleştirme de mümkündür ki, bu da af yoludur.