**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas Sayısı: 1990/32**

**Karar Sayısı: 1990/25**

**Karar Günü: 16.10.1990**

**R.G. Tarih-Sayı :30.11.1990-20711**

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Arapkir Sulh Ceza Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU: 1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7.1.1981 günlü, 2370 sayılı Yasa'yla değişik 119. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan "... zor alıma ilişkin hükümleri etkilemez." kuralının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY:

Sanıklar SK., NU. ve AK., Arapkir Sarıçiçek Yaylası çevresinde, 15.9.1990 günü, Kara Avcılığı Yasası'na aykırı biçimde, av teskerelerine kayıtlı tüfekleriyle tavşan ve keklik avlamışlardır.

Bu tüfekler suç tarihinde güvenlik görevlilerince zapt edilmiştir. Suça ilişkin 3167 sayılı Kara Avcılığı Yasası'nın 22. maddesi, para cezası verilmesini gerektirdiğinden, Türk Ceza Yasası'nın 119. maddesi uyarınca ön ödeme tebligatı çıkarılmış ve Arapkir Cumhuriyet Başsavcılığının, 26.9. 1990 günlü ve 1990/171 Hz. sayılı yazısıyla sanıkların av tüfekleriyle parçalarının Türk Ceza Yasası'nın 36. maddesi gereğince zoralımına karar verilmesi, anılan yer Sulh Ceza Mahkemesi'nden istenmiştir.

Arapkir Sulh Ceza Mahkemesi, zoralıma ilişkin dosya üzerinde yaptığı inceleme sonunda, Türk Ceza Yasası nın 36. maddesinin cürüm veya kabahatte kullanılan eşyanın ancak mahkûmiyet durumunda zoralımını öngörmüş olmasına karşın, usul ekonomisi amacıyla getirilen ön ödeme sistemi uyarınca sanığın suçluluğu kesinleşmeden Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olarak zoralım yolunun açıldığından söz ederek Türk Ceza Yasası'nın 119. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan "... zoralıma ilişkin hükümleri etkilemez." kuralının iptali için 1.10.1990 günlü, 1990/ 13 Mut. sayılı kararıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ:

A. İtiraz Konusu Yasa Kuralı:

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7.1.1981 günlü, 2370 sayılı Yasa'-nm 1. maddesiyle değişik, itiraz konusu ibareyi de içeren 119. maddesi şöyledir:

"Madde 119.- Yalnız para cezasını gerektiren bir suçun veya kanun maddesinde öngörülen hafif hapis cezasının yukarı haddi bir ayı aşmayan kabahat faili:

1- Para cezası maktu ise bu miktarı, aşağı ve yukarı hadleri gösterilmiş ise aşağı haddini;

2- Hafif hapis cezasının aşağı haddinin her gün için 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin birinci bendinde belirtilen aşağı had üzerinden karşılayan miktarını;

3- Hafif hapis cezasıyla birlikte hafif para cezası da öngörülmüş ise, hürriyeti bağlayıcı ceza için yukarıdaki şekilde saptanacak miktar ile hafif para cezasının aşağı haddini;

Soruşturma giderleriyle birlikte, Cumhuriyet Savcılığınca kendisine yapılacak tebliğden itibaren 10 gün içinde merciine ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı haddi bir ayı aşmayan hafif hapis veya hafif para cezasından yalnız birisinin uygulanabileceği hallerde yukarıdaki fıkralara göre ödenmesi gereken miktar, para cezası esas alınarak saptanır.

C. Savcılığınca yapılacak tebligatta, ödenecek miktar, ödeme süresi ve belli edilen miktarın bu süre içinde ödenmesi halinde kamu davasının açılmayacağı ve ödemediği takdirde açılacak kamu davası üzerine suçu sabit görüldüğü takdirde mahkemece tayin edilecek cezanın yarı nispetinde artırılarak hükmolunacağı sanığa bildirilir.

Yukarıdaki fıkra uyarınca yapılan tebligata rağmen belli edilen miktarın süresinde ödenmemesi halinde kamu davası açılır ve suç sabit olduğu takdirde tayin edilecek ceza, aşağı ve yukarı haddi gösterilen hallerde yukarı haddi geçmemek üzere yarı nispetinde artırılarak hükmolunur.

özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya, mahkemeye intikal etmiş olması halinde sanık sorgusundan önce hâkim tarafından verilecek on günlük mehil içinde bu madde hükümlerine göre tespit edilecek miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte merciine ödediği takdirde kamu davası ortadan kaldırılır. Verilen mehil içerisinde belirlenen paranın ödenmemesi halinde yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Yukarıdaki fıkra kapsamına giren bir suçtan ötürü doğrudan doğruya mahkemeye intikal eden işin ceza kararnamesiyle sonuçlandırılmış olması halinde itiraz üzerine duruşma yapılır ve bu halde de anılan fıkra hükümleri uygulanır.

Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve zoralıma ilişkin hükümleri etkilemez.

Kanun maddesinde ayrıca bir meslek veya sanatın tatili cezasının bulunması bu madde hükmünün uygulanmasına engel olmaz.

Nispi para cezasını gerektiren suçlar hakkında bu madde hükmü uygulanmaz."

B. ilgili Yasa Kuralları:

1- 5.5.1937 günlü, 3167 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 22. maddesi şöyledir:

"Bu kanun hükümlerine göre avlanması yasak olan hayvanları ve belli edilen zamanlarda avlanılabilenleri bu zaman haricinde avlayanlardan avlanılan hayvanın cins ve miktarına göre beş liradan yüz liraya kadar hafif para cezası alınır."

2- 8.6.1933 günlü, 2275 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi şöyledir:

"Mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikâbından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zapt ve müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkûmiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zapt ve müsadere olunur."

Taşınması memnu olmayan silâhların ruhsatsız taşınması halinde de zapt ve müsaderesine hükmolunur.

C. Dayanılan Anayasa Kuralı:

"Madde 38.- Kimse, işlendiği /aman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Ceza sorumluluğu şahsidir. Genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

Vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez."

IV- İLK İNCELEME:

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca yapılan ilk inceleme toplantısında; ilk incelemeye ilişkin rapor, itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin gerekçesi, iptali istenen yasa kuralı ile ilgili yasa ve Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Tam metni ilgili bölümde yer alan Arapkir Sulh Ceza Mahkemesi'nin l Ekim 1990 tarih ve 1990/13 müteferrik sayılı kararındaki Anayasa'ya aykırılık savlarına geçmeden, önce itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığının iddia edilip edilemeyeceği sorunu üzerinde durulmuştur:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddelerine göre, bir davaya bakmakla olan mahkeme, o davada uygulanacak yasa hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddî olduğu kanısına varırsa, bu konuda bir karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir.

İtiraz yoluna başvuran Arapkir Sulh Ceza Mahkemesi'ne usulüne uygun olarak açılmış, görevi kapsamına giren bir dava bulunduğu gibi iptali istenen Yasa kuralı da o davada uygulanacak kural durumundadır. Ancak, 2370 sayılı, "Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına, Bazı Maddelerine Yeni Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun" 7.1.1981 gününde kabul edilmiştir. Anayasa'nın Geçici 15. maddesi, 12 Eylül 1980'-den, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'-nin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk Milleti adına kullanan, Milli Güvenlik Konseyinin çıkardığı yasaların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini öngörmektedir. Buna göre 7.1.1981 günlü 2370 sayılı Yasa'nın Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecektir.

Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun 119. maddesi 7.12.1988 günlü. 3506 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ise de söz konusu bu değişiklik, anılan maddenin sadece birinci ve ikinci fıkraları ile sınırlı tutulmuştur. İtiraz konusu ibare ise 7.1.1981 günlü, 2370 sayılı Yasa'yla düzenlendiği gibi kalmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın Geçici 15. maddesi, iptali istenen kuralın itiraz yoluyla Anayasa'ya aykırılığının iddia edilmesine olanak vermemektedir.

Anayasa'nın Geçici 15. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 15.- 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk Milleti adına kullanan 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez."

Madde metninde, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği açıkça ve kesinlikle belirtilmektedir. Bu durum karşısında söz konusu dönemde çıkarılan yasalar hakkında Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan iptal lavaşı açılamayacağı gibi, itiraz yolu ile dahi Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülemeyecektir.

7 Kasım 1982 tarihinde halkoyu ile kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü biçimde yapılan ilk seçimler sonucu oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilk Başkanlık divanı 6.12.1983 tarihinde toplanmış ve böylece yasama görevinin kullanılması yeni bir düzene bağlanarak millî iradeyi temsil eden yasama meclisine bırakılmıştır.

Anayasa koyucunun, söz konusu kural ile Millî Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisinin yasama yetkisini tek başına veya birlikte kullandığı dönemde, kabul edilen bütün kanunlar ve kanun hükmünde kararnamelerle 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufları Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutmak amacında olduğu anlaşılmaktadır.

27.10.1980 gün ve 2324 sayılı "Anayasa Düzeni Hakkında Kanun"un k maddesinde; "Millî Güvenlik Konseyinin bildiri ve kararlarında yer alan re yer alacak olan hükümlerle 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu Kararnamelerinin ve üçlü kararnamelerin 'ürütülmesinin durdurulması ve iptali" isteminin ileri sürülemeyeceği öngörülmekte, 6. maddesinde de; "Millî Güvenlik Konseyinin Bildiri ve Kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konseyce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli ve 134 sayılı Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak re yürürlükteki kanunlara uymayanları da kanun değişikliği olarak yayınlandıkları tarihte ve metinlerinde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girer" denilmektedir. Buradaki amaç, hiç kuşkusuz olağanüstü dönemin olağanüstü koşullarının gerektirdiği icraatın yasal kolaylığını sağlayabilmektir. 27 ikim 1980 günlü 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun, 1982 Anayasasının Geçici 3. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığı için Anayasa'nın geçici 15. maddesinin konulmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Anayasa'da, genel nitelikteki belirli konuları düzenleyen kurallar 'anında belirli konuları düzenleyen özel kurallar da vardır. Bilindiği üzere, bir konu, kendine özgü kurallarla düzenlenmemişse sorunların çözümünde genel kurallara gidilir, şayet o konuda özel düzenlemeler varsa ve bu düzenlemeler açık seçikse artık genel kurallara başvurulması düşünülemez.

Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların birarada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur. Sözü edilen Geçici 15. madde kuralının da bir Anayasa hükmü olarak, Anayasa'da yer almış bulunan diğer kurallarla etki ve değer bakımından eşit olduğunda kuşku yoktur. Bu itibarla, Anayasa'da yer alan bu ve bunun gibi belli bir konuya ilişkin kuralların Anayasa'da varolan genel ilkelerden ayrı nitelikte olduklarına bakılarak Anayasa'ya aykırılıklarından söz edilemeyeceği şüphesizdir ve Anayasa'da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir.

Söz konusu maddenin, geçici madde olarak nitelendirilmiş bulunması etki ve değer bakımından Anayasa'nın öteki maddelerinden daha zayıf ve önemsiz olduğu biçimde yorumlanmasına neden olamaz. Çünkü, geçici maddeler, genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama biçimini ve alanını gösteren ayrık hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayımından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar. Bu kuralın en çarpıcı ayrıklığı, yasalardaki geçici hükümlerdir. Bu nedenle yasaların geçici maddeleri ile esas maddeleri arasında çelişiklik varsa, ö/el niteliği sebebiyle, esas maddeye tercihen uygulanırlar. Çünkü, yasakoyucu kuralın istisnasında kamu yararı görmüş olabilir. Bilindiği gibi, özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir. Bu nedenle bir yasada öncelik alan geçici maddeler uygulanıp sonuçları tümüyle alındıktan sonra artık o geçici madde kalkmış olur. Aksi takdirde yasalardaki geçici maddeler, yasanın bir ayrıklık olarak kapsadıkları konularla birlikte geçerliklerini sürdürürler. Başka bir anlatımla yasakoyucunun, yasa tekniği kamu hizmetinin niteliği, yasama politikasının gereği olarak ayrık kurallar koyabileceğinde duraksanamaz.

Yasalar herşeyden önce sözü ile uygulanır. Yasaların metninin, içerdiği sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının, günün sosyal ve ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulamak hukukun gereğidir. Bazı düşünce ve gerekçelerle bu kuralın dışına çıkılması, metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışılması, aslında yasada olmayanı yasaya yakıştırmak ve yorum yoluyla yasakoyucunun yerini almak demek olur.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık savını incelerken, öbür yargı organları da denetimlerini yapar ya da bir yasayı uygularken öncelikle yasaların sözel içeriklerini gözönünde tutulmaktadırlar.

Öte yandan Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi Anayasa'nın 11. maddesinde; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." biçiminde açıklanmıştır. Anayasa'nın bu temel ilke ve buyruğuna uygun ve anayasal korum altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı elbette düşünülemez.

Anayasanın milletlerarası andlaşmaları uygun bulma ile ilgili 90. maddesinde de; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." hükmü yer almaktadır. Bu ve Geçici 15. maddedeki düzenlemeler, Anayasa da yer alan genel hukuk ilkelerinin istisnasını oluşturan ulusal ve uluslararası uzlaşmalarla ilgili siyasal ağırlıklı kurallardır.

Geçici 15. maddenin bütünü dikkatli olarak incelendiğinde, yapılan düzenlemede konu edilen yasalar için mutlak bir dokunmazlığın sağlandığını söylemek güçtür. Her şeyden önce Anayasa'da yer alan hukuk Devleti ilkesi buna olur vermez. Bu madde kapsamındaki, olağanüstü yönetimin olağanüstü koşullan altında çıkarılan yasalarla yasa hükmündeki kararnamelerin geçilen demokratik düzen içinde değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına değin Anayasa'ya uygunluk denetimi yolu ile belirtilen dönemin tartışına konusu yapılmamasında kamu yaran görülmüştür. Ancak, Yasakoyucu, siyasal ve sosyal gelişmelere ve gereksinimlere söz konusu yasal kurallardan gerekli gördüklerini değiştireceği ya da kaldırabileceği gibi Anayasa'da gösterilen koşulları yerine getirerek Geçici 15. maddeyi de kaldırabilir. Bunun dışında bir yargı organının Anayasa'yı dışlayan bir yorumla geçici 15. maddeyi etkisiz duruma getirmesi olanaksızdır.

Anayasanın "Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir.

Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz." açıklığını taşıyan 6. maddesi, çok önemli temel bir ilke getirmiştir. Bu ilke tüm yetkilerin kaynağını Anayasa'dan alma zorunluluğunu, böyle olmadıkça geçersiz sayılacağını göstermektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere Anayasa, Geçici 15. maddesi ile bir dönemin yasal işlemlerinin Anayasaya aykırılığının iddia edilmesini yasaklamıştır. Ancak bunların hukuk devleti ilkesine uygun biçimde yargı denetimine açılması, iddiada bulunma ve inceleme yasağının kaldırılmasına bağlı bulunup bu da Anayasanın 87. maddesi uyarınca doğrudan yasama organının görev ve yetkisi kapsamına girmektedir.

Şu halde itiraz konusu kural hakkında, Anayasa'nın geçici 15. maddesi hükmünce Anayasa Mahkemesine başvurulması olanağı bulunmadığından itirazın, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ve Güven DİNÇER bu görüşe katılmamışlardır.

V- SONUÇ:

7.1.1981 günlü, 2370 sayılı "Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına, Bazı Maddelerine Yeni Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun'un Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Geçici 15. Maddesinin birinci fıkrasında yazılı dönem içinde çıkarılmış olması karşısında, 1. maddesiyle değiştirilen 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 119. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan "... zoralıma ilişkin hükümleri etkilemez." biçimindeki ibareye yönelik itirazın, Anayasa'nın Geçici 15. Maddesinin son fıkrası uyarınca, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ve Güven DİNÇER'in karşıoyları ve oyçokluğuyla;

16.10.1990 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| BaşkanNecdet DARIC1OĞLU | BaşkanvekiliYılmaz ALİEFENDİOĞLU | ÜyeServet TÜZÜN |
| ÜyeMustafa GÖNÜL | ÜyeMustafa ŞAHİN | Üyeİhsan PEKEL |
| ÜyeSelçuk TÜZÜN | ÜyeAhmet N. SEZER | ÜyeErol CANSEL |
| ÜyeYavuz NAZAROĞLU | ÜyeGüven DİNÇER |

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1990/32

Karar Sayısı: 1990/25

Anayasa, üst norm niteliğiyle ya vardır, ya yoktur. Anayasa varsa, tüm yasalar Anayasaya uygun olmalıdır. Bir hukuksal sistemde, kimi yasama işlemleri Anayasaya aykırılıkları biline biline Anayasal denetimin dışında kalıyorsa bu sistemin Anayasallığı, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı tartışılır hale gelir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının temel esprisi, Başlangıçta da belirtildiği gibi, ulus iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Ulusuna ait olması ve bunu ulus adına kullanmaya yetkili kılman hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamamasıdır.

Bu fıkradan anlaşıldığı üzere ulusal iradenin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Ulusuna ait olmasını ve Türk Ulusu adına egemenliği kullanan kişi ve organların bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bu demokrasinin bağlı olduğu hukuk düzeninin içinde kalmalarını gerektirir. Bu fıkra, aynı zamanda Türk Milleti adına egemenliği kullanan kişi ve organların Anayasal yetki alanlarını belirler. Bu alan, "Anayasada gösterilen özgürlükçü demokrasi ve bu demokrasinin, bağlı olduğu hukuk düzenidir." Bu kural, Anayasanın ikinci maddesinde belirtildiği biçimde, "Devletin" dayandığı temel ilkelerden biridir.

Bir dönemin yasama işlemleri Anayasal denetimin dışında kalıyorsa ve bu denetim yasağının zamanla bir sınırı yoksa, Cumhuriyetin hukuk devleti olma niteliği zedeleniyor, Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeni dışına çıkılıyor demektir.

Anayasa'nın Geçici 15. maddesinde, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçim sonucunda toplanacak TBMM Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre (12.9.1980-6.12.1983) içinde çıkarılan yasalar, KHK'ler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez, denilmektedir. Bu dönem içerisinde 669 yasa, 90 adet KHK. ve 2324 sayılı yasa uyarınca 76 adet Millî Güvenlik Konseyi karan ve üç adet Millî Güvenlik Konseyi bildirisi, toplam 883 yasama işlemi çıkarılmıştır.

Anayasanın 2, maddesinde, "Hukuk devleti", Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri, Anayasanın 4. maddesinde sayılan değiştirilmez, değiştirilmesi teklif edilemez biçimindeki hükümler arasında yer almıştır. Böylece Anayasanın, kendilerine değişmezlik özelliği tanıdığı, 1., 2. ve 3. maddeleri, Anayasanın öteki kurallarına göre bir "üst norm" niteliğindedir. Sözü geçen dönemde çıkarılan yasama işlemleri yönünden de olsa, Anayasal yargı denetimine yer vermeyen, üstelik bu denetimsizliğe zamanla bir sınırlama getirilmeden, Anayasanın geçici maddesini temel kural kabul ederek yapılan uygulama Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz. Kaldı ki, bu dönemde çıkarılan yasama işlemleri küçümsenmeyecek bir sayıya ulaşmıştır.

Anayasanın 11. maddesinde, Anayasanın üstünlüğü, "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." biçimindeki bir kuralla belirlenmiş, 148. maddeye göre ise, Anayasa Mahkemesi yasaların, KHK'lerin ve TBMM içtüzüğünün Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmiştir.

Geçici 15. madde, Anayasanın yukarıda sözü edilen temel maddeleriyle çatışmaktadır. Bu geçici maddenin, sürekli bir kural olarak kabulü durumunda, Anayasanın öngördüğü hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve Anayasal denetimle ilgili temel kurallar, bu dönemde çıkan yasama işlemleri yönünden askıya alınmaktadır. Başka bir deyişle, bu dönemde çıkan yasalar ve KHK'ler yönünden, Anayasa işlerliği kaybetmekte, söz konusu yasama işlemleri, "hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeninin" dışında kalmaktadır.

Geçici bir maddenin, Anayasanın temel kurallarını süresiz işlemez hale getirmesi Anayasal sistemle bağdaşmayacağı gibi, maddenin geçicilik özelliğine de uygun düşmez. Doğaldır ki, geçici maddenin hükmü de geçici olmalıdır.

Öteyandan Anayasa 138. maddesi hakimleri, önce Anayasa, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre karar vermekle görevli kılmıştır. Geçici maddeye süreklilik kazandırılır ve bu dönemde çıkarılan yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluk denetimine yer verilmez ise, hakim, Anayasaya ve vicdanî kanısına göre nasıl karar verecektir' Hakim, % 100 Anayasaya aykırı olduğuna inandığı ya da aykırılık savını ciddi bulduğu bir yasayı uygulamak durumunda kalırsa, kararını Anayasaya ve hukuka uygun biçimde vicdanî kanaatine göre vermiş sayılabilecek midir'.. Bu durumda hakim, Anayasa hükümlerini bir yana bırakarak, Anayasanın 15. maddesindeki, Anayasanın uygulanmamasına ilişkin kurala, kimi yasalar yönünden öncelik tanımış olacaktır. Anayasa, geçici bir maddesiyle, bir dönemde çıkan yasama işlemleri yönünden kendisini yok kabul edemez. Anayasanın uygulanmasını önleyen geçici maddenin, ancak, geçici bir süre için, askeri yönetimden özgürlükçü demokrasiye ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzenine geçişte uyum sağlama amacıyla getirilmiş bir kural olarak kabulü, nitelikleri Anayasanın 2. maddesinde belirlenen Türkiye Cumhuriyetinin, hukuk devleti olması koşulunun gereğidir. Kaldı ki, Anayasa Başlangıç 8. fıkrada, "Her Türk vatandaşının, bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;" belirtilmiş iken, haklarında bu dönemde çıkan yasa ve KHK'lerin uygulanması söz konusu olan vatandaşlar, Anayasal güvenceden ve doğuştan sahip oldukları maddî ve manevî varlıklarını Anayasal düzen içinde geliştirmekten, sırf geçici madde nedeniyle, yoksun kılınamaz. Geçici maddenin getirdiği yasağın, 12 Eylül 1980 den TBMM Başbakanlık Divanının oluşturulduğu 6.12.1983 tarihine kadarki süre için geçerli olduğu kabul edilirse, madde geçiciliğine uygun Anayasal bir anlam kazanır. Geçici maddenin ve getirdiği yasağın, sürekli bir kural niteliğinde anlaşılması, geçici hükmün, Anayasanın kimi temel hükümlerinin önüne geçmesi sonucunu doğurur. Bu durum, Anayasaya dayalı demokratik hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasanın sözüne ve özüne de uygun düşmez.

Öteyandan, sadece söze bakıp, Anayasanın geçici 15. maddesinin yorumlanması, Anayasanın yürürlüğe girişiyle ilgili 177. maddesine de aykırı düşecektir. Çünkü, sözü geçen dönemde çıkan yasa ve KHK'ler yönünden Anayasa hiç bir zaman yürürlüğe girmemiş olacaktır. Kaldı ki, bu maddenin (e) fıkrasında, ".... mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 nci maddeleri gereğince uygulanır." kuralı, Yasaların, Anayasanın yayımlandığı tarihteki durumuna göre Anayasaya aykırı olup olmaması yönünün değerlendirilmesini, Anayasaya aykırı görülen hükümler yerine, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanmasını Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gereği saymıştır.

Anayasanın yürürlüğe girmesiyle ilgili 177. maddesi ve bu maddenin (e) fıkrası da, geçici 15. maddenin getirdiği Anayasal denetim yasağının TBMM Başkanlık Divanı'nın oluşturduğu 6.12.1983 dönemiyle sınırlı olması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, geçici 15. maddedeki "Anayasaya aykırılığın iddia edilemeyeceğine" ilişkin kuralın 6.12.1983 tarihine kadar geçerli olduğunu düşünmekteyim.

Anayasa Mahkemesi, bu konuda değişik kararlar vermiş olmakla beraber, kimi kararlarında, 1961 Anayasasının geçici 4. maddesine karşın, işin esasına girerek, Anayasaya aykırı kuralın ihmal edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Özellikle, ispat haklarıyla ilgili 6.5.1982 günlü, E. 1981/8, K. 1982/3 sayılı kararında "Yasa Koyucunun, geçici 7. maddesindeki buyruğu yerine getirmemesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 481. maddesindeki Anayasaya aykırılığı giderecek yasayı çıkarmaması ve iptal ile itiraz yollarının da geçici.4. maddenin üçüncü fıkrasına göre tıkanmış olması karşısında, kısıtlı kalan Anayasal ispat hakkının bu içeriği ile uygulanmasının sürüp girmesi artık düşünülemeyeceğinden, mahkemelerce, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklanan 8 nci maddenin ikinci fıkrasına dayanarak, 481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerin bir yana bırakılması ve kurallar kademesinde en üst düzeyde bulunan Anayasanın 34. maddesindeki hükmün doğrudan uygulanması gerekmektedir." denilerek bu görüş çok açık biçimde ifade edilmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenler işin esasına girilmesi gerektiği yolundaki karşıoy ile verilen karara karşıyım.

|  |
| --- |
| ÜyeYılmaz ALİEFENDİOĞLU |

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1990/32

Karar Sayısı: 1990/25

I- 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçen süre içinde çıkarılan kanunlar ve Kanun Hükmünde Kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca çıkarılan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği yolundaki Anayasa'nın geçici 15 inci maddesinin son fıkrasındaki kuralın, maddenin bütünü ile birlikte değerlendirilmesi ve yorumlanması gerekir.

Anayasa'nın geçici 15 inci maddesi, belirli bir dönemde fevkalade şartlar altında siyasal görev yapan Millî Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisi Üyeleri ile bu dönemde alınan kararları uygulayan kamu görevlilerini cezaî, malî ve hukukî sorumluluktan koruyan kurallar bütünüdür.

Bu dönemde çıkarılan Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi, o dönem karar ve tasarruflarının daha sonra Anayasa'ya aykırılık yoluyla hukukî tartışma konusu yapılmasını önlemeye yöneliktir. Yoksa, bu olağanüstü dönem aşıldıktan ve demokratik ve normal anayasal döneme geçildikten sonra 1980-1983 yılları arasında çıkan kanunların uygulanması nedeni ile mahkemelerin itiraz yoluyla yaptıkları Anayasa'ya aykırılık başvurularını önlemeye yönelik değildir. Nitekim, 1961 Anayasası'nın, 1982 Anayasası'nın geçici 15 inci maddesinin son fıkrasına paralel olan geçici 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolunu kapatmak için çok ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Geçici 15 inci madde bu derece ayrıntılı ve kapsamlı düzenlenmemiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları'nın, bu iki maddesinin mukayesesi, geçici 15 inci maddenin Anayasa'ya aykırılık iddiasını önlemek için değil hukukî sorumluluk konusunu çözümlemek için konulduğunu açıkça göstermektedir.

II- Anayasa'nın geçici 15 inci maddesinin Anayasa'nın yürürlüğü ile ilgili 177 inci maddesi ile birlikte yorumlanması gerekir. Sözü edilen madde hükümleri yürürlükte olan ve Anayasa'ya aykırılık taşıyan tüm hukuk kurallarının yeni anayasa dönemi içindeki durumunu ele almakta ve açıklığa kavuşturmaktadır. 177 inci maddenin (e) bendi hükmüne göre, Anayasa hükümlerinin mevcut kurum ve kurallarla olan çelişkileri doğrudan doğruya Anayasa hükümlerinin uygulanması ile çözümlenebilecektir.

Anayasa'nın 177 inci maddesinin (e) bendi hükmü ile Anayasa'nın geçici 15 inci maddesindeki Anayasa'ya aykırılık iddiasını engelleyen hüküm, 12 Eylül 1980 ile TBMM'nin açılışı arasındaki tesis edilen tasarrufların tartışılması dışında bütün Anayasa'ya aykırılık iddialarına imkân verici anlamdadır.

III- Geçici 15 inci madde ile ilgili olarak yapılacak engelleyici bir yorum, 1980-1983 yıllarında yürürlüğe konulan sayıları sekizyüzü bulan güncel bir yasal düzenleme grubunun anayasal denetimini sürekli engelleme demektir. 1961 Anayasası'nın geçici 4 üncü maddesi ile başlayan ve 1982 Anayasası'nın geçici 15 inci maddesi ile sürdürülen bu durum, pek çok konuda Türkiye'yi anayasası ile değil anayasanın yasaklayıcı geçici hükümleri ile yönetilen bir ülke olma yükü altında bırakmaktadır. Anayasal yorumlarda, anayasal hakların eksiksiz kullanılması ve anayasal müesseselerin bütünüyle çalışması temel yorum kuralı olmalıdır. Anayasa kurallarında belirsizlik ve uyumsuzluk hallerinde Anayasa hükümlerinin bu yönde yorumlanması ve Anayasa'nın geçici 15 inci ve 177 inci maddelerinin bu anlayışla ele alınarak Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması gerekir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 152 ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri Hakkında Kanun'un 28 inci maddesine göre Mahkemenin itiraz başvurusunun esastan incelenmesi gerektiği oyuyla karara karşıyım.

|  |
| --- |
| ÜyeGüven DİNÇER |