Anayasa Mahkemesi

KARARLAR DERGİSİ

Sayı : 19

2. Baskı

ANKARA - 1992

Bu dergi Anayasa Mahkemesi içtüzüğünün 21 inci maddesi gereğince her Takvim Yılının ilk iki ayı içinde Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğince yayınlanır.

Dergi satın almak isteyenler, Dergi bedelini bulundukları yer Malsandığına yatırıp makbuzunu (Anayasa Mahkemesi Levazım Müdürlüğü) adresine PTT gönderme masrafı karşılığı posta pulunu bir mektupla birlikte teahhütlü olarak gönderdiklerinde Dergi adreslerine postalanacaktır.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ ANKARA - 1992

Esas Sayısı : 1980/68

Karar Sayısı : 1981/3

Karar Günü : 15/1/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ayancık Sulh Ceza Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : Türk Ceza Yasasının 536. maddesini değiştiren 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasanın 22. maddesinin Anayasa'nın 2., 8., 10., 11., 12., 14. ve 20. maddelerine aykırı olduğu öne sürülerek iptaline karar verilmesi isteminden ibarettir.

I — OLAY :

Sanık hakkında, Ayancık ilçe merkezinde bir evin duvarına siyasal amaçlarla (KOMANDO DEFOL) sözcüklerini yazmış olması nedeniyle, Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesi uyarınca kamu davası açılmıştır.

Yargılama sırasında sanık, sözü geçen 536. maddenin ve özellikle altıncı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğunu, Mahkemeye verdiği bir dilekçe ile öne sürmüş, bu itirazını duruşmada sözlü olarak da yinelemiştir. Davaya bakmakta olan Mahkeme bu savı ciddî bularak, sözü edilen maddeyi değiştiren 2248 sayılı Yasanın 22. maddesinin, Anayasa'nın 2., 8., 10., 11., 12., 14. ve 20. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermiştir.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtirazcı Mahkeme, başvurusunu özet olarak şu gerekçelere dayandırmaktadır :

«Cezada adalet» ilkesi gereğince, suçları ağırlığına göre ayırmak zorunlu görülmektedir. Çağdaş ceza hukukunun kabul ettiği ikili ayırıma göre, suçlar, «cürümler» ve «kabahatler» olarak ayrılmıştır. Kabahatler, toplumun düzenini cürümler kadar ağır biçimde bozmayan suçlardır.

Türk Ceza Yasasının 536. maddesi ile cezalandırılan suç da kabahat türündendir. Anılan madde ile, yetkili makamdan izin almaksızın veya ilân yapıştırmaya izin verilmiş olan yerlerin dışında kalan bir yere basılı, resimli, ya da el yazılı kâğıt asan veya astıranlar 15 liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılmakta iken, 2248 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle, bir çok cürüme ilişkin cezalardan daha ağır sayılabilecek cezalar konulmuştur. Bu cezalar, örneğin, tehdit, konut dokunulmazlığını çiğnemek, etkili eylemde bulunmak ve hakaret suçları karşılığında konulmuş bulunan cezalardan daha fazladır.

Adaletsizlik bu kadarla kalmamış, anılan yasa değişikliğiyle, söz konusu cezaların ertelenmemesi ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Yasanın 4. maddesinde belirtilen ceza ve tedbirlere çevrilmemesi öngörülmüştür. Oysa, aynı Yasa ile yapılan bir başka değişiklikle, kaçakçılık suçlarına ilişkin cezalar bile, yasal koşullar gerçekleştiğinde ertelenebilir duruma gelmiştir.

Bundan başka, iptali istenen yasa maddesi ile, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınmış bulunan düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması hakkı sınırlanmak istenmiştir. Fakat, bu sınırlama adil olmayan bir ceza yaptırımına bağlanarak, sonuçta, sözü edilen temel hakkın özü zedelenmiştir.

III — METİNLER :

1 — Türk Ceza Yasasının 536. maddesini değiştiren 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasanın iptali istenen 22. maddesi şöyledir :

«MADDE 22 — 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 536. maddesi aşağıda yazılı olduğu şekilde değiştirilmiştir.

Madde 536 — Her kim, belediyeler, köy ihtiyar kurulları veya yasalarla yetkili kılınmış diğer makamlarca önceden ayrılmış ya da oturulan yerler dışında o yerin en büyük mülkiye amirine yapılacak bir başvuru üzerine ayrılan yerlere, izin al-

maksızın veya verilen izne aykırı biçimde, basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü resim, yazı ve işaretler veya bunları içeren kâğıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini asar veya yapıştırırsa veya izne dayalı olsa bile bu yerleri boyar veya bu yerlere yazı yazar, resim ya da işaret yaparsa, eylem başka bir suç oluştursa bile ayrıca altı aydan bir yıla kadar hafif hapis ve bin liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasına çarptırılır.

Bu eylemler yukarıdaki fıkra dışında kalan yerlerde veya kamuya ayrılmış veya kamuya açık veya herkes tarafından görülebilecek yerlerde veya her türlü taşıt araçları veya kamu hizmetlerine ait iletişim araçları veya kamu hizmetine ayrılmış veya özel kişi ve kuruluşlara ait işaret veya levhalar üzerinde işlenirse, eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca bir yıldan iki yıla kadar hafif hapis ve ikibin liradan az olmamak üzere hafif para cezasına çarptırılır.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemlerin derneklerin veya benzeri kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle yapıldığı sabit olduğu takdirde suçu işleyen veya suça bu suretle katılan dernek ve kuruluş mensuplarına sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemleri küçüklere veya ceza ehliyeti olmayan kişilere işletenlere yukarıdaki fıkralar uyarınca verilecek cezalar yarısı kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemler, siyasal veya ideolojik olmayan amaçlarla işlenir ve içeriği bakımından bir suçu oluşturmazsa yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar onda birine kadar indirilebilir.

Birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralardaki suçlardan dolayı hükmolunacak cezalar ertelenemez ve bunların yerine 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen ceza ve tedbirler uygulanamaz.

Bu maddede suç sayılan eylemlerin işlenmesinden dolayı sebebiyet verilen zararların tazminine ayrıca hükmolunur.

Görenek ve geleneklere göre asılacak kâğıt, pano, pankart, bant ya da benzerleri bu madde hükümleri dışındadır.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun hükümleri saklıdır.»

2 — 13/7/1965 günlü, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun ilgili 4. ve 6. maddeleri de şöyledir:

«Madde 4 — Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemece;

1. Kabahatlerde beher gün karşılığı 50 ilâ 100 lira hafif, cürümlerde 100 ilâ 200 lira hesabıyla ağır para cezasına,

2. Aynen iade veya tazmine,

3. Altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslâh kurumuna devam etmeye,

4. Bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men'e,

5. Her nevi ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına,

Çevrilebilir.

Suç tarihinden önce, para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmemiş olanlar hakkında, hükmolunan otuz güne kadar (otuz gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezalarla, suç tarihinde 18 yaşını ikmal etmemiş olanların mahkûm edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yukarıki bentlerde yazılı ceza veya tedbirlerden birine çevrilir.

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli de olsa fail hakkında bu maddenin ilk fıkrasının (1) numaralı bendi hükmü uygulanabilir.

Uygulamada asıl ceza, bu madde hükümlerine göre para cezasına veya tedbire çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezadır.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları, birinci fıkranın 2, 3, 4 ve 5 numaralı bentlerinde yazılı tedbirlerden birine çevrilmiş olanlardan tedbir hükümlerini Cumhuriyet Savcılığınca yapılan tebligata rağmen 30 gün içerisinde yerine getirmeyenler veya hüküm gereklerine aykırı hareket edenlerin tedbire çevrilmiş olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarının, tedbir hükümlerine muhalefetlerinin derecesine göre kısmen veya tamamen infazına veya infaz olunmamasına hükmü veren mahkemece karar verilir.

Tedbire ilişkin hükümlere muhalefet, haklarında ikinci fıkra hükmü uygulanmış olanlar tarafından vukubuldukta; tedbir, hükmü veren mahkemece birinci fıkrada yazılı esaslar dairesinde para cezasına çevrilir.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezasını, hükümde taksit öngörülmüş ise taksit süreleri, aksi halde 5 inci maddenin 8 inci fıkrasında yazılı süreler içerisinde ödemeyenlerin işbu cezaları mahkemece, hükümde bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza ne miktar para cezasına karşılık tutulmuş ise aynı miktar üzerinden hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilir.

Tedbir hükümlerinin yerine getirilmesi hükümlünün ihtiyarında olmayan sebepler yüzünden imkânsız hale gelmişse hükmü veren mahkemece bu tedbir yerine başka bir tedbire hükmolunur.

Bu madde hükümleri, sırf askerî suçlar ile askerî disiplin suçları ve birinci fıkranın 3 ve 4 numaralı bendi hükümleri de subaylar, askerî memurlar ve astsubaylar hakkında uygulanmaz.»

«Madde 6 — Adliye mahkemelerinde para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya 6 aya kadar ağır hapis veya bir yıla kadar hapis veya hafif hapis cezalarından biri ile mahkûm olur ve geçmişteki haliyle ahlâki temayüllerine göre cezasının ertelenmesi, ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Bu halde ertelemenin sebebi hükümde yazılır.

Fiilin işlendiği zamanda 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin mahkûm oldukları ağır hapis cezası iki seneden, hapis ve hafif hapis cezası üç seneden; 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını ikmal etmemiş olanlar ile 70 yaşına varmış ihtiyarların mahkûm oldukları ağır hapis cezası bir seneden, hapis veya hafif hapis cezası iki seneden fazla olmadığı hallerde de yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanabilir.

Bazı suçlara ilişkin cezalar ile askerî suçlar ve disiplin suçlarına ilişkin cezaların ertelenemeyeceğine dair özel kanun hükümleri saklıdır.»

3 — Dayanılan Anayasa kuralları:

«Madde 2. — Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.»

«Madde 8. — Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlıyan temel hukuk kurallarıdır.»

«Madde 10. — Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak surette sınırlıyan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.»

«Madde 11. — Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasa'nın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.

Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.

Bu Anayasa da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.

Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.»

«Madde 12. — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

«Madde 14. — Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.

Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz.

Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz.

İnsan haysiyetiyle bağdaşmıyan ceza konulamaz.»

«Madde 20. — Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklıyabilir ve yayabilir.

Kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz.»

IV — İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 15. maddesi uyarınca Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Rüştü Aral, Ahmet Salih Çebi, Muammer Yazar, Âdil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Bülent Olcay ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyla 6/11/1980 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında sınırlama konusu üzerinde durulmuştur:

İtirazcı Mahkeme başvurusunda, sonuç istek olarak; «TCY 536. maddesini değiştiren 2248 sayılı Yasanın 22. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı nedeni ile iptaline karar verilmesi dileği»ni açıklamaktadır.

Ancak, 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasanın sözü geçen 22. maddesi ele alındığında, maddenin, «765 sayılı Türk Ceza Kanununun 536 ncı maddesi aşağıda yazılı olduğu şekilde değiştirilmiştir.» tümcesi altında, 536. maddenin yeni metnini içeren bir çerçeveden ibaret olduğu görülmektedir.

Öte yandan, gerekçeli başvuru kararında, çerçeve 22. maddenin yukarıda yazılı tümcesine yer verilmeden 536. maddenin metni bir bütün olarak alınmış ve daha sonra kararın bir yerinde, «iptali istenen yasa maddesi» denilerek başvurudaki ereğin doğrudan 536. madde olduğu belli edilmiştir.

Şu kadar ki, Anayasanın değişik 151. ve 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Yasanın 27. maddelerine göre, mahkemeler, ancak bak-

makta oldukları davada uygulanacak yasa kurallarının Anayasa'ya aykırı olduğu itirazında bulunabilirler. İtirazcı Mahkemenin bakmakta olduğu davada itiraz konusu yapılan Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesi tümüyle uygulama alanına girmeyip, belirli fıkraları uygulanacaktır.

Gerçekten, Ceza Yargılamaları Yöntemi Yasanın 257/1. maddesine göre, «hükmün mevzuu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir.»

İddianamede eylem; «...müştekiye ait ev duvarına siyasi amaçla slogan yazmak» biçiminde nitelendirilmiştir. Görüldüğü üzere, eylem, Türk Ceza Yasasının sözü geçen maddesinin birinci fıkrasında yazılı nesnel suç öğelerini taşımaktadır.

Bundan başka, eylemin, birinci fıkrada belirlenen ilân yerleri dışında ve ayrıca herkes tarafından görülebilecek bir yerde işlenmiş olduğu anlaşıldığından, anılagelen maddenin ikinci fıkrası da davada uygulanacak kural olmaktadır. Belirtilen bu iki fıkraya bağlı olarak maddenin altıncı fıkrası da, fıkrada geçen «birinci, ikinci...» sözcükleri ile sınırlı olarak uygulama alanına girmektedir.

Yukarıda açıklananların sonucu olarak, «dosyada eksiklik bulunmadığından esasın incelenmesine, bu incelemenin 2248 sayılı Yasanın 22. maddesiyle, Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümleri ve altıncı fıkranın «Birinci ve ikinci» sözcükleriyle sınırlı olarak yapılmasına Nihat O. Akçakayalıoğlu sınırlamaya yer olmadığı, Kenan Terzioğlu, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Bülent Olçay ve Yekta Güngör Özden'in «altıncı fıkradaki sınırlamanın yalnız (ikinci) sözcüğü ile yapılması gerektiği» yolundaki karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla» karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, Mahkemenin gerekçeli kararı ve ekleri, itiraz konusu yasa kuralları ile Anayasa'ya aykırılık savına dayanak tutulan Anayasa kuralları, bunlarla ilgili yasama belgeleri ve öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

A — Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı sorunu :

İtiraz konusu birinci fıkra iki yönlü bir düzenlemeyi içermektedir. Bu düzenlemede, önce, hangi eylemlerin suç sayıldığı, maddenin tümünde gözönünde tutulacak temel öğe olarak belirlenmekte, sonra da belirtilen suçun yetkili mercilerce ayrılmış olan ilân yerlerinde işlenmesi halinde uygulanacak ceza yaptırımı konulmaktadır.

İtirazcı Mahkeme, belirtilen düzenleme ile, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünün yine Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca sınırlanmak istendiğini, fakat bu sınırlamanın adil olmayan ceza yaptırımlarına bağlanmasıyla sözü geçen özgürlüğün özünden zedelendiğini öne sürmektedir. Öngörülen cezaların adil olmadığını kanıtlamak üzere, Türk Ceza Yasasında yer alan kimi cürümlere ilişkin cezalar gösterilmektedir.

Türk Ceza Yasası ile öteki kimi yasalarda değişiklik yapılmasına ilişkin tasarının genel gerekçesinde, «...yolları, caddeleri kaplayan ve kirleten resim, işaret, yazı ve sloganlara karşı etkin bir müeyyide getirilmesi» nin zorunlu görüldüğü belirtilmiş ve Yasa Koyucunun takdiri de, itiraz konusu birinci fıkrada, «altı aydan bir yıla kadar hafif hapis ve bin liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezası» olarak belirmiştir.

En hafifinden dahi olsa, cezanın uygulandığı yerde özgürlüklerin büyük ölçüde kısıntıya uğrayacağı kuşkusuzdur. Çünkü, özgürlükler gibi Anayasa'dan kaynaklanmakta olan cezanın doğasında zorla kabul ettirilmek özelliği yer alır. Bu bakımdan, yasalarca öngörülen «hürriyeti bağlayıcı cezalar» ın süreleri, para cezalarının da tutarları, özgürlüklerin özüne yaptıkları etkiler konusunda ölçüt olamaz.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında yeri geldikçe belirtildiği üzere, (örneğin, 8/4/1963 günlü, E. 1963/16, K. 1963/83 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı I/II. Bası, Sa. 219; 13/4/1976 günlü, E. 1976/3 - K. 1976/23 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı : 13, Sa. 167) «bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir».

Bu açıdan bakılınca, Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında yazılı eylemlerin suç

sayılması ve etkili bir ceza yaptırımlarına bağlanması sonunda, bundan böyle, düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması olanağı kalmadığı ya da son derece zorlaştığı söylenemez.

Gerçekten, sözü edilen özgürlüğü etkin ve yaygın biçimde kullanma olanağı veren hür basın ve önceden izin almaksızın gazete, dergi, kitap ve broşür yayımlamak hakları, Anayasa'nın 22., 23. ve 24. maddelerinde en geniş anlamda düzenlenmiş bulunan güvencelerini korumaktadır. Düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma özgürlüğünün en etkin yolları böylesine açık ve tam bir güvence altında bulunurken, kimi kullanma biçiminin de, duvarların ve caddelerin kirlenmesine ve giderek şiddet olaylarına neden olması bakımından sınırlanmasının ve caydırıcı etkinlikteki ceza yaptırımlarına bağlanmasının, anılan özgürlüğün özünü zedeler nitelikte görülmesi veya gösterilmeye çalışılması isabetli sayılamaz.

Kaldı ki, salt hukuk açısından, kişinin, kendi düşünce ve kanaatlerini kamuya ait yollara, üçüncü kişilere ait yapılara yazmak ya da bunları içeren kâğıt, pano ve benzerlerini asmak biçiminde bir hakka esasen sahip bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Kişilerin, düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir. Anayasa'nın 11. maddesi, hakların kötüye kullanılmasına izin vermediği gibi, buna aykırı davranışlara ilişkin ceza yaptırımlarının yasada gösterileceğini belirtmektedir.

Özetlenirse, itiraz konusu birinci fıkra kuralının, Anayasa'nın 20. maddesi yoluyla 11. maddesine ve bu sonuç itibariyle, kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı buyruğunu kurala bağlayan 8. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

İtirazcı Mahkeme, başvurusunda bir gerekçe göstermeden, Anayasa'nın ayrıca 2., 10., 12. ve 14. maddelerine de dayanmıştır.

Suç sayılan bir eylem karşılığında konulacak ceza yaptırımlarının ağırlığını, o suçun toplumda yarattığı tasa, huzursuzluk ve öteki olumsuz sonuçlarını gözeterek saptamak Yasama erkinin yetkilerindendir. Bu alanda konulacak kuralların, toplumların yapılarındaki değişikliğe göre farklı nitelik taşımaları doğal olduğu gibi, değişen koşulların gereksindirdiği yeni kuralların getirilmesi, suç sınırlarının genişletilmesi ve yerine göre ce-

zaların artırılması da Anayasa'nın öngördüğü ilke ve kurallara uyulması koşuluyla, doğaldır. Anayasa Mahkemesi'nin görüşü, belirtilen bu çizgiler üzerinde oluşagelmiştir (örneğin, 24/3/1977 günlü, E. 1977/3 - K. 1977/19 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı : 15, Sa. 250).

Bundan başka, itiraz konusu birinci fıkranın içerdiği ceza yaptırımının insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir yanı da yoktur.

Yukarıda açıklananlar, Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrası kuralının, Anayasa'nın 2., 10., 12. ve 14. maddelerine de aykırı olmadığını göstermektedir.

B — Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı sorunu :

Anılan fıkra, maddenin birinci fıkrasında yazılı eylemlerin, yine o fıkra dışında kalan yerlerde veya kamuya ayrılmış veya kamuya açık veya herkes tarafından görülebilecek yerlerde veya her türlü taşıt araçları veya kamu hizmetlerine ait iletişim araçları veya kamu hizmetine ayrılmış veya özel kişi ve kuruluşlara ait işaret veya levhalar üzerinde işlenmesi halinde bir yıldan iki yıla kadar hafif hapis ve ikibin liradan az olmamak üzere hafif para cezasını öngörmektedir.

İtirazcı Mahkeme, başvurusunda, itiraz konusu ikinci fıkra yönünden ayrı bir gerekçe göstermiş olmadığından, birinci fıkraya ilişkin yukarıdaki görüşler burada da geçerlidir.

C — Türk Ceza Yasasının değişik 536. maddesinin altıncı fıkrasının, fıkrada geçen «Birinci ve ikinci» sözcükleri açısından Anayasa'ya aykırılığı sorunu :

Anayasa Mahkemesi'nin daha önce aynı nitelikteki başka bir itiraz nedeniyle verdiği 29/4/1980 günlü, Esas: 1979/37, Karar: 1980/26 sayılı Kararında (Resmî Gazete Gün: 23/8/1980, Sayı: 17084) belirtildiği gibi, itiraz konusu altıncı fıkra kuralının, maddenin birinci ve ikinci fıkraları açısından Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur. O kararda ayrıntılı biçimde gösterilen gerekçeler, bu davada da geçerli olduğundan, bunların burada yinelenmesine gerek görülmemiştir.

VI — SONUÇ :

6/11/1980 günlü, ilk inceleme kararı uyarınca sınırlandırıla-

rak ele alınan, 2248 sayılı Yasanın 22. maddesiyle değiştirilen Türk Ceza Yasasının 536. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında ve altıncı fıkradaki «Birinci ve ikinci» sözcüğü ile açıklanan hükümde Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına ve itirazın reddine,

15/1/1981 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Muammer Yazar	Ahmet Zeyneloğlu	Hakkı Müderrisoğlu
Üye	Üye	Üye
Nihat O. Akçakayalıoglu	Nahit Saçlıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
Kenan Terzioğlu	Orhan Onar	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
İhsan N. Tanyıldız	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

Aynı doğrultudaki sınırlama kararlarıyla ilgili karşıoy yazılarında da belirtildiği gibi, işin esasına ilişkin incelemenin Türk Ceza Yasasının 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddesinin altıncı fıkrası yönünden sınırlandırılmasında, bu fıkranın kapsam ve niteliği üzerinde durulması gerekmektedir.

Türk Ceza Yasasının 536. maddesinin altıncı fıkrası hükmünün aynı maddenin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre ceza tayin edildikten sonra uygulama alanına girdiğinde kuşku yoktur. Böyle olunca, sınırlama yapılırken, altıncı fıkra hükmünün, bakılmakta olan davada, 536. maddenin birinciden dördüncüye kadarki fıkralarından hangisine göre tayin edilecek ceza yönünden uygulanabileceğinin saptanması zorunlu bulunmaktadır.

Her ne kadar maddenin birinci fıkrası, daha sonraki fıkralarda yer alan suçların maddî öğelerini de içermekte ise de, olayda, sanığa verilebilecek ceza yalnızca ikinci fıkrada gösterilen cezalardan oluşacağı cihetle, altıncı fıkra yönünden yapılacak incelemenin, koşulları kesinlikle gerçekleştiğinde ceza tayinine esas alınacak ikinci fıkra ile sınırlı tutulmasında yasal zorunluk vardır.

Gerçekten, altıncı fıkraya ilişkin inceleme birinci fıkrayı da kapsayacak genişlikte tutulacak olursa, verilecek karar, olayda ceza tayini yönünden uygulanması söz konusu olmayan birinci fıkrayı da etkileyecektir. Bu durumun, Anayasa'nın değişik 151. ve 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Yasanın 27. maddeleri hükümleri ile bağdaştırılması kanımızca olanaksızdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, «ilk inceleme» sonunda verilen karara katılamıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Kenan Terzioğlu	Necdet Darıcıoğlu	İhsan N. Tanyıldız

Üye
Yekta Güngör Özden

———oOo———

Esas Sayısı : 1980/42

Karar Sayısı : 1981/5

Karar Günü : 27/1/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Sandıklı Tapulama Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 28/6/1966 günlü, 766 sayılı «Tapulama Kanunu»nun 75. maddesinin beşinci fıkrası ile 29/2/1980 günlü, 2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Yasasının (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkraları hükümlerinin, Anayasa'nın 12. ve 42. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir.

I — OLAY :

İtirazcı mahkeme, 766 sayılı Tapulama Yasası hükümlerine göre, dosyaları tamamlanan işlerin ilk duruşmasının birlik mahallinde açılmasının zorunlu olduğunu, bu oturumda hüküm verme olanağı bulunmayan durumlarda, sonraki oturumların bölge merkezinde yapılacağını, bu evrede yerine getirilmesi gereken keşiflerde, adliye mahkemelerindeki usul kurallarının uygulanmasına karşın, görevli hâkime, zabıtkâtibine ve mübaşire, 766 sayılı Tapulama Yasasının 75. maddesi ile 2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Yasasının (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkraları gereğince belir-

lenen yevmiyelerin tazminat olarak ödendiğini, oysa aynı işi yapan adliye mahkemelerindeki hâkimlerin, 492 sayılı Harçlar Yasasının 7/6/1979 günlü, 2244 sayılı Yasa ile değişik 34. maddesine göre daha çok yol tazminatı aldıklarını, bu durumun eşitsizlik yarattığını ve «Angarya yasaktır» ilkesini Tapulama hâkimi, zabıtkâtibi ve mübaşiri aleyhine bozduğunu, bu nedenle 766 sayılı Tapulama Yasasının 75/5. maddesi ile 2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Yasasının (H) işaretli cetveline bağlı 3 sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkralarının; Anayasa'nın 12. ve 42. maddelerine aykırı olduğunu kendiliğinden ileri sürerek, anılan hükümlerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi' ne başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

Başvuru kararında, Anayasa'ya aykırılık savı özetle şu gerekçeye dayandırılmıştır:

Tapulama Yasasının 6. maddesi, «Genel mahkemelere ait olup da bu kanunun tatbiki ile ilgili dava ve işleri, tesbit olunan usul ve esaslar dairesinde görmek üzere, her bölgede tek hâkimli ve asliye mahkemesi sıfatını haiz yetersayıda (Tapulama mahkemesi) kurulur. Bu mahkeme hâkimleri, Hâkimler Kanunu hükümlerine tabi olup, tercihan hukuk hâkimliği yapmış olanlar arasından seçilerek tayin edilir.

Mahkeme emrine lüzumu kadar zabıtkâtibi, mübaşir ve hademe verilir. Zabıtkâtibi ve mübaşirler, adliye başkâtib ve zabıtkâtibi hükümlerine tabidir.» hükmünü taşımaktadır.

Bu maddede açıkça tapulama davalarına bakan hâkimlerin Hâkimler Yasasına, zabıtkâtibi ve mübaşirlerin de adliye başkâtibi ve zabıtkâtibi hükümlerine tâbi oldukları belirtilmiştir. Yine sözü edilen Yasa'nın 75. maddesinin beşinci fıkrasında «Tapulama Hâkimi ve diğer görevlilerin bu kanun gereğince birliklerde yapacakları oturum, keşif ve tatbikatlarda 6245 sayılı Harcırah Kanununun 50. maddesine göre Bütçe Kanunu ile tesbit edilecek cetvellerde belirtilen yevmiyeleri, tazminat olarak ödenir» denilmektedir.

2298 sayılı, 1980 Yılı Bütçe Kanunu (H) cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin 1. maddesinin (a) bendinde, Tapulama hâkimi için 165 lira, (d) bendinde diğer memurlar yani tapulama mahkemesi zabıtkâtibleri için 120 lira ve (e) bendinde de yardımcı

sınıf personele yani mübaşirine de 90 lira gündelik gösterilmiştir. Ödenecek tazminatta unsur, miktar olarak Bütçe Kanununda her sene tesbit edilen nakit ve çalışma saatidir. Çalışma saatleri içinde görülen dava adedinin - iş sayısının - ödenecek miktara, unsur olarak bir etkisi yoktur.

Halbuki 492 sayılı Harçlar Yasasının 7/6/1979 günlü ve 2244 sayılı Yasa ile değiştirilen 34. maddesinde; Tebliğden başka bir işlem için makamından uzaklaşma durumunda olan hâkime, kâtibe ve mübaşire verilecek yol tazminatının «her iş için bir günlük yol tazminatı» unsuru benimsenmiştir. Daha açık bir deyimle her dava için yasada belirtilen ücret ayrı ayrı tazminat olarak alınacaktır. Tazminatta yukarı had unsuru da kaldırılmıştır.

Tapulama mahkemelerinde çalışan hâkim, kâtip ve mübaşirle, genel mahkeme görevlileri arasında çalışma bakımından bir fark yoktur. Belki de tapulama mahkemeleri personelinin çalışma şartları daha da ağırdır. Buna rağmen genel mahkeme görevlilerine ödenecek tazminatta, her iş tazminat için bir unsur kabul edilirken, tapulama mahkemesi görevlilerinin 8 saatlik mesai unsurunun yürürlükte bırakılması, Anayasa'nın «eşitlik» ve «angarya yasaktır» ilkelerine ters düşmektedir.

SONUÇ :

Anılan nedenlerle :

A — 766 sayılı Tapulama Yasasının 75. maddesinin beşinci fıkrasının,

B — 2298 sayılı, 1980 Yılı Bütçe Yasasının (H) cetveline bağlı 3 sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkralarının, Anayasanın 12. ve 42. maddelerine aykırı bulunduğundan iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

III — METİNLER :

A — İtiraz konusu hükümleri de içeren yasa maddeleri :

1 — 28/6/1966 günlü, 766 sayılı Tapulama Yasası'nın 75. maddesi şöyledir :

«Madde 75 — Tapulama Mahkemelerinde ve 51 inci madde uyarınca devredilen dâvalar hakkında mahallî asliye mahke-

melerinde itiraz ve dâvaların gerektirdiği zarurî masraflar, haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere, bütçeye konulan ödenekten harcanır.

Birden fazla dava için yapılan masraflar; ihtilâflı parsellerin sayısı ile orantılı olmak üzere paylaştırılır. Dâvada taraflar kısmen haklı, kısmen haksız çıkmışlarsa, bu masraflar takdir edilecek oran içinde taraflara yükletilir.

Birliklerde ilk duruşma oturumu, ödenek bulunmaması gibi sebepler yüzünden açılamıyor veyahut gayrımenkul üzerinde keşif ve tatbikat gibi işlemler mahkemece re'sen lüzumlu görülmüş olduğu halde aynı sebepler yüzünden yapılamıyorsa, tarafların, hâkim ve diğer görevlilerin yevmiyelerini, keşif ve tatbikatın gerektirdiği sair giderleri vermeleri ve mûtat aracı da sağlamaları halinde, ilk duruşma oturumu açılabilir ve arazi üzerinde gerekli görülen sair işlemler yerinde yapılabilir.

Bu halde yapılan işlemlerin masrafı, davada haksız çıkan tarafa yükletilir. Taraflar kısmen haklı, kısmen haksız çıkmışlarsa oranları takdir ve tâyin edilerek ilâmda gösterilir.

Tapulama hâkimi ve diğer görevlilerin bu kanun gereğince birliklerde yapacakları oturum, keşif ve tatbikatlarda 6245 sayılı Harcırah Kanununun 50 nci maddesine göre Bütçe Kanunu ile tesbit edilecek cetvellerde belirtilen yevmiyeleri, tazminat olarak ödenir.

Tapulama mahkemesinin kararlarına karşı kanun yollarına başvuran taraf, posta ve tebliğ masraflarını ödemekle zorunludur.»

2 — 29/2/1980 günlü, 2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Yasasının (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvel şöyledir :

«(3) SAYILI CETVEL

	Günlük Tazminat Miktarı (Lira)
1 — 50 nci maddenin 3 numaralı bendinde gösterilen Tapu Kadastro personeli ile 766 sayılı Kanunun 75 inci maddesinde yazılı Tapulama Hâkimi ve diğer personel :	

a)	Tapulama hâkimleri	165
b)	Grup kontrol başmühendis ve mühendis müdürler, mühendisler, harita uzmanları	155
c)	Tapu fen amir ve memurları, nirengi ve nirengi poligon arazi ekip şefi, nirengi grup ve ekip amiri, teknisyenler, kontrol memurları, fen amir ve memurları, tapu azaları, posta tapu memurları	145
d)	Teknisyen yardımcısı, fen memur muavinleri ve diğer memur ve daimi hizmetliler (şoförler dahil)	120
e)	Yardımcı sınıf personeli	90

Köyde Birlik Merkezinde geceleyen tapulama hizmetinde çalışanlara yukarda gösterilen miktarının 1/4'ü tutarında ek olarak ödeme yapılır.»

B — İlgili yasa hükmü :

492 sayılı Harçlar Yasasının 7/6/1979 günlü, 2244 sayılı Yasa ile değişik 34. maddesi şöyledir :

«Madde 34 — Tebliğden başka bir işlem yapmak için makamından uzaklaşma durumunda olan hâkimler, Cumhuriyet savcıları ve icra, iflâs memurları ile yardımcılarına, adli tabiplere, adliye başkâtipleri ile başkâtip yardımcılarına, kâtiplere, mübaşirlere ve hizmetlilere yol giderlerinden başka aşağıdaki miktarda yol tazminatı verilir :

1 — Daireden uzaklaşmayı gerektiren iş, mahkemenin bulunduğu belediye sınırları içinde ise, her iş için, 1 inci derece devlet memurunun aldığı geçici görev yolluğunun 1/2'si,

2 — Daireden uzaklaşmayı gerektiren iş, mahkemenin bulunduğu belediye sınırları dışında ise, her iş için, 1 inci derece devlet memurunun aldığı geçici görev yolluğunun 2/3'ü,

3 — Daireden uzaklaşmayı gerektiren işlerin bir kısmı mahkemenin bulunduğu belediye sınırları içinde, bir kısmı dışında ise, belediye sınırları içinde olan her iş için, 1 inci bent hükmü, belediye sınırları dışında olan her iş için, 2 nci bent hükmü uygulanır.

Daireden uzaklaşmayı gerektiren birden fazla iş olursa,

mümkün oldukça işler aynı günde yapılır. İş bir günde tamamlanamadığı takdirde hergün için bir iş üzerinden ve yukarıdaki bentler gereğince tazminat verilir.

Görülen işler birden fazla ise, ilgililerden alınacak yol giderleri uzaklık ile, yol tazminatı ise yukarıdaki bentler esasları ile orantılı şekilde bölünerek hesaplanır. Adliye başkâtipleri ile başkâtip yardımcıları ve kâtipler için bu miktarın 2/3'ü mübaşirler ve hizmetliler için 1/2'si ödenir.

Yol giderleri ile tazminat, ilgili kişiler tarafından işin yapılmasından önce, emaneten makbuz mukabilinde vezneye yatırılarak ilgili deftere işlenip keşif ve işlem sonunda yapılan harcama bir tutanakla belgelenerek kalanı ilgili kişiye geri verilir.»

C — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

«Madde 42 — Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için, sosyal, iktisadî ve malî tedbirlerle çalışanları korur ve çalışmayı destekler; işsizliği önleyici tedbirleri alır.

Angarya yasaktır.

Memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliği alan beden veya fikir çalışmalarının şekil ve şartları, demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir.

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 15. maddesi uyarınca Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Rüştü Aral, Ahmet Salih Çebi, Muammer Yazar, Adil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Bülent Olcay ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyle 3/6/1980 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; «Dosyada eksiklik bulun-

madığından işin esasının incelenmesine, sınırlamaya gerek olup olmadığı yönünden esasın incelenmesi sırasında ele alınarak karara bağlanmasına oybirliğiyle» karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, başvurma kararı ve ekleri, iptali istenen ve konu ile ilgili bulunan yasa hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları, bunlarla ilişkili yasama belgeleri ve öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

1 — İncelemenin sınırlandırılması sorunu :

Davada uygulanacak yasa hükümlerinin belirlenmesi ve Anayasaya aykırılıkları nedeniyle iptali yolundaki itirazın incelenmesi ve böylece uygulanacak yasa hükümleri hakkındaki Anayasa'ya aykırılık sorununun çözümü için önce iptali istenen hükümlerin kapsamı üzerinde durularak bunların niteliklerinin belirtilmesi, ilk inceleme kararı uyarınca, davada uygulanacak kuralın saptanması itiraz konusu yapılan yasa hükümlerinin sınırlandırılmasına yer olup olmadığının karara bağlanması gerekmektedir.

766 sayılı Tapulama Yasasının 75. maddesinin beşinci fıkrası Tapulama hâkimi ve diğer görevlilerden söz etmektedir. Ayrıca bu Yasanın Geçici 6. maddesinde de, Tapulama hâkimi ve diğer görevlilerin 75 inci maddede gösterilen tazminatlarının... 1966 yılı Bütçe Kanununun (H) cetveline bağlı (3) numaralı cetveli ile ilgili olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü için konulmuş bulunan ödenekten karşılanacağı hükmü yer almış bulunmaktadır. Bu hükümlere göre, davada 2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Kanunu'nun (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin 1. maddesinin Tapulama hâkimi ile ilgili (a) fıkrası ile diğer memurlarla ilgili (d) fıkrasının zabıtkâtibi, yardımcı sınıf personeli içeren (e) fıkrasının da mübaşir açısından bu davada uygulanacak yasa hükümleri olduğu ve incelemenin bu biçimde bir sınırlandırılmaya tâbi tutularak yapılması gerekmektedir.

2 — İptali istenen hükümlerin niteliği :

İptal konusu hükümlerin niteliğini saptamadan önce tapulama işleminin özelliğini belirtmekte yarar vardır :

İstatistikler, il ve ilçelerin merkez belediye sınırları dışında bulunan taşınmazların yaklaşık % 60'ının tapusuz olduğunu

ortaya koymaktadır. Bu durum kişiler arasındaki uyuşmazlıkların artmasına ve toplumsal düzenin bozulmasına, bunun yanında tarımsal üretimin gelişememesine de neden olduğundan, Yasa Koyucu, Türk Medeni Yasasının öngördüğü sağlıklı ve eksiksiz kadastro planlarının ve tapu sicillerinin tez elden yapılmasını zorunlu bularak Tapulama Yasasını düzenlemiştir. Bu yasanın amacı, gerçek mal sahipleri adına, doğru olarak, haritalı sicil düzenlemektir. Öte yandan, bu yasanın uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümü, Tapulama hâkimine görev olarak verilmiştir. Hâkimin kararı sicilin düzenlenmesine esas alınacağından, Tapulama hâkiminin durumu, adliye mahkemelerine gelen başka işler karşısındaki öteki hâkimlerin durumu ile bir tutulamaz. Genel mahkemede davacı, savını ispatlamak zorundadır. İleri sürdüğü sav ispatlanmışsa hâkimin kararı karşı tarafın hukuki durumunda değişiklik yaratır; dava ispatlanmamışsa red olunur ve hukuksal durum olduğu gibi korunur. Oysa Tapulama hâkimi yalnız hukuksal durumu korumakla görevli değildir; vereceği karar sicili oluşturacaktır. Tapulama Yasası'nın amacı da, tescili gereken bütün taşınmazların sicilini kurmak olduğundan, hâkim, itirazlı işlerin ilk oturumunu birlik merkezinde açmak zorundadır. Taşınmazlara ilişkin davalarda yerinde keşif yapmak ve bilirkişi dinlemek zorunludur. Mahkeme, davayı ya da itirazlı işleri, kendiliğinden yürütecek, tarafların iddia ve savunması ile bağlı olmaksızın araştırma yaparak, bu işler için zorunlu yargılama giderlerini Hazineye ödettirerek ve geniş takdir yetkisini de kullanarak varacağı kanıya göre; taşınmazın gerçek hak sahibi adına tesciline karar verecektir. İşin niteliğinden kaynaklanan bu değişik durumu gözönünde tutan Yasakoyucu, yerine getirilmesi gereken çalışmanın önemini ve özelliğini, Devlete yükleyeceği parasal yönünü de gözönüne alarak, tapulama hâkimi ile bu mahkemenin kâtip ve mübaşirine, diğer mahkeme hâkim, kâtip ve mübaşirinden farklı bir gündelik vermeyi gerekli bulmuştur.

İptali istenen hükümlerin niteliğine gelince :

766 sayılı Tapulama Yasasının 75. maddesinin beşinci fıkrasına göre; tapulama hâkimi ve diğer görevlilerin bu yasa gereğince birliklerde yapacakları ilk oturum, keşif ve uygulamalar için, 6245 sayılı Harcırah Yasasının 50. maddesi uyarınca Bütçe Yasalarında yer alan cetvellerde belirtilen gündelikler «tazminat» olarak ödenecektir. Ekonomik koşulların ve fiyatların her yıl değişebileceğini gözönünde tutan Yasa Koyucu, ta-

pulama mahkemesinin hâkimi, zabıtkâtibi ve mübaşirine ödenecek gündeliklerin Bütçe Yasasında yer alacak cetvellerde belirtilmesini uygun bulmuştur. 492 sayılı Harçlar Yasası, uygulanması Bütçe Yasası gibi süreye bağlanmış bir yasa değildir. Bu nedenle sözü edilen yasa, Yasa Koyucu tarafından her yıl değil, gerekli görüldükçe değiştirilebilecektir. Nitekim 492 sayılı Harçlar Yasası da, 2/7/1964 yılında kabul edilmesine karşın, 34. maddesi, uzun bir süre geçtikten sonra 7/6/1979 günlü, 2244 sayılı Yasa ile değiştirilerek bugünkü biçimini almıştır.

3 — Anayasaya aykırılık sorununun incelenmesi :

a) Anayasa'nın 12. maddesi yönünden inceleme :

Anayasa'nın 12. maddesi, kişilere, yasa karşısında dillerine, ırklarına, cinsiyetlerine, siyasal düşüncelerine, felsefî inançlarına, dinlerine ve mezheplerine göre ayrı davranılmasını, kişiye veya topluluklardan bir bölümüne, ötekilerden daha geniş hak ve yetkiler tanınmasını yasaklamak yoluyla yasa önünde eşitlik ilkesinin sağlanması ereğini gütmektedir. Yasa önünde eşitlik kavramı, herkesin her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğu anlamına gelmez. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, bu durumun, yasa karşısında eşitlik ilkesine terslik yarattığından söz edilemez.

İtiraz konusu 766 sayılı Tapulama Yasasının 75. maddesinin beşinci fıkrası ve 2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Yasasının (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkralarında gündelik olarak ödenecek miktarlar saptanmıştır. Geçici görevler dolayısiyle memurlara ödenecek gündelikler, kurumlarınca ödendiği halde 492 sayılı Harçlar Yasasının değişik 34. maddesi uyarınca ilgililerce, işin yapılmasından önce vezneye yatırılır, keşif ve işlemden sonra da harcama tutanaklarıyla belgelenerek artanı ilgiliye geri verilir. Günlük tazminatın bölünerek ödenmesi söz konusu değildir. Birden çok iş varsa, her iş için ayrı tazminat ödenir. Bütçe Yasasının (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvele göre ödenecek gündeliklerde ise bir gün geçirenler tam gündelik alabilir. Aksi halde gündelikten kesinti yapılır. Böylece yol tazminatı ile harcırah gündeliği, nitelik bakımından birbirinden ayrı olduğu gibi, bunların ödeme koşullarında da benzerlik yoktur.

Şu noktaya da değinmekte yarar vardır : Bütçe Yasası ile belirlenmiş gündeliğin, günün koşullarına uymamasını Anaya-

sa'ya aykırılık nedeni saymaya olanak yoktur. Yasa Koyucu, her zaman koşulları değerlendirerek ve malî kaynaklarının yeterliğini de gözönüne alarak yasal düzenlemede değişiklik yapabilir.

Yeri gelmişken şunun da belirtilmesinde zorunluluk duyulmuştur: Yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde, iptali istenen hükmün öteki yasalara karşı olan durumunun, onlarla çelişir veya çelişmez nitelikte oluşunun değil, Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı hukuk kurallarına uygunluk gösterip göstermediğinin araştırılması gerekir. Konusu yönünden, 492 sayılı Harçlar Yasası genel, 766 sayılı Tapulama Yasası ise özel yasa durumundadır. Anayasa Mahkemesi'nin, özel bir yasaya konu olmuş kimi hükümleri ortadan kaldırmak yolu ile o yasaya bağlı olanları genel yasa kapsamına alma, daha açık anlatımla bu gibiler için yasal kural oluşturacak biçimde karar verme yetkisinin bulunmadığında duraksamaya yer yoktur.

Böylece, gündeliğin ayrı bir düzenleme konusu yapılması, bu harcamanın niteliği ve ödeme koşullarının yol tazminatından ayrı oluşu gibi haklı nedenlere dayanmaktadır. Haklı nedenlerle yapılan ayrı düzenlemede ise, yasa önünde eşitlik ilkesine ayrılıktan söz edilemez.

b) Anayasa'nın 42. maddesi yönünden inceleme:

Mahkeme itirazında; tapulama hâkimi, zabıtkâtibi ve mübaşirinin adliye mahkemesi hâkimi, zabıtkâtibi ve mübaşirinden daha güç koşullarda görevlerini yürüttükleri halde, 1980 yılı Bütçe Yasasında daha az gündelik saptandığı, bu suretle «Angarya yasaktır» ilkesini tapulama mahkemesi personeli aleyhine bozduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 42. maddesindeki «Angarya yasaktır.» kuralı madde kenar başlığından da anlaşılacağı üzere «çalışma hakkı ve ödevi» ile ilgilidir. Bu maddede çalışma bir hak ve ödev olarak herkese tanınmış, çalışanların Devlet tarafından destekleneceği hükme bağlanmış ve angarya yasaklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da açıklandığı üzere, angarya, bir maldan veya bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma olduğuna göre, yargılama işlerinde, görevlilerin çalışmalarından bu biçimde söz edilmesine olanak yoktur. Çün-

kü, iptali istenen Yasa hükümlerinde, görevlilerin çalışmalarına karşılık kendilerine verilecek ücretler ve bunların hâkediliş ve ödenmelerine ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Genel olarak bir ilgisi bulunmamakla birlikte, Tapulama Yasasında, yargılama çalışmalarında akçalı haklar için para ödenmesini önleyen bir hüküm yer almadığına göre, Anayasa' nın 42. maddesine aykırılıktan da sözetme olanağı yoktur.

Ayrıca; Anayasa'nın «Bütçe» kenar başlığını taşıyan 126. maddesi son fıkrasının ikinci tümcesinde «Bütçe yasasına bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz» denilmektedir. Maddenin son fıkrasında yeralan «Bütçe ile ilgili hükümler» deyimini mali nitelikte hüküm anlamına değil, bütçenin uygulaması ile ilgili, uygulamayı kolaylaştırıcı veya yasa konusu olabilecek yeni bir kuralı kapsamamak koşulu altında, açıklayıcı nitelikte hükümler olarak düşünmek zorunludur. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı : 14, Sahife : 237, 10/6/1976 günlü, Esas : 1976/23, Karar : 1976/33 yine Sahife : 341, 21/10/1976 günlü, Esas : 1976/35, Karar : 1976/49 sayılı kararlar)

2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Yasası'nın (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin (a), (d) ve (e) fıkralarında yer alan hükümler, yürürlükteki yasaların bütçelerde saptanmasını öngördükleri günlük tazminat miktarlarının belirtilmesinden ibaret olduklarından, Anayasa'ya aykırı bir nitelik taşıdığı düşünülemez.

Sonuç olarak, itiraz konusu edilen hükümlerin Anayasa'nın koyduğu ilkelere ve buyurucu kurallarına aykırı bir yönü bulunmadığından itirazın reddine karar verilmelidir.

VI — SONUÇ :

1 — İşin esasına ilişkin incelemenin, 28/6/1966 günlü, 766 sayılı Tapulama Yasasının 75. maddesinin beşinci fıkrası hükmünün ve 29/2/1980 günlü, 2298 sayılı 1980 Yılı Bütçe Yasasının (H) işaretli cetveline bağlı 3 sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkraları hükümlerinin tapulama mahkemesi hâkimi, kâtibi ve mübaşiriyle sınırlı olarak yapılmasına,

2 — Sınırlama kararı uyarınca ele alınan söz konusu Yasaların hükümlerinde, tapulama mahkemesi hâkimleri ile bu mah-

kemenin kâtip ve mübaşirleri açısından Anayasaya aykırılık bulunmadığına ve itirazın reddine,

27/1/1931 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Ahmet Zeyneloğlu	Adil Esmer	Hakkı Müderrisoğlu
Üye	Üye	Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
Kenan Terzioğlu	Orhan Onar	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
İhsan N. Tanyıldız	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

———oOo———

Esas Sayısı : 1980/27

Karar Sayısı : 1981/9

Karar Günü : 27/1/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Danıştay 8. Dairesi.

İTİRAZIN KONUSU : 8/3/1950 gün ve 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinde yer alan (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler), (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nispet tarifesi bakanlıkça tasdik olunur) ve (aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır) yolundaki hükümleri Anayasa'nın 61 inci maddesinde aykırı görülmüş, Anayasa'nın değişik 151. maddesine dayanılarak iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

I — OLAY :

İstanbul Ticaret Borsası, bir anonim ortaklıktan, ithal ettiği soya yağının 5590 sayılı Yasanın 52. ve bu Yasanın uygulamasına ilişkin 3/13070 sayılı tüzüğün 38. maddeleri hükümleri uyarınca borsaya kayıt ettirilmesini ve anılan yasanın 57. maddesine dayanılarak borsa meclisce düzenlenip, Ticaret Bakanlığı'nca onaylanmış nispet tarifesine göre ve borsa yönetim kurulunca alınan kararla tescil ücretinin yatırılmasını istemiştir. İthalâtçı ortaklık bu karara karşı, Danıştay'da dava açmış ve Bor-

sa Yönetim Kurulu kararının dayanağı olan 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinin Anayasaya aykırılığını öne sürmüştür. Anayasaya aykırılık savını ciddî bulan Danıştay Sekizinci Dairesi, 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinde yer alan (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak (ücretler) ve (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nispet tarifesi bakanlıkça tasdik olunur) ve (aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır) biçimindeki hükümlerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ve bu konuda verilecek karara değin davanın geri bırakılmasına 12/12/1979 gününde karar vermiştir.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtiraz yoluna başvuran Danıştay 8. Dairesi'nin 12/12/1979 günlü, 604 sayılı kararının gerekçesi özetle şöyledir :

Ticaret Borsaları 5590 sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca tüzel kişiliği olan, kamu kurumlarıdır ve Anayasa'nın 122. maddesine giren, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Böylece de görev ve hizmetleri itibariyle kamu hukuku içinde yer almaktadırlar.

5590 sayılı Yasanın 52., 55. ve Tüzüğün 38. maddelerinde bildirilen kurallara göre, borsaya dahil maddelerin, borsanın bulunduğu belediye sınırları dışında satılması yasaklanmış ve bütün alım ve satım işlemlerinin borsalara tescili ile muamele tescil ücreti ödenmesi zorunluğu getirilmiş, yalnızca yurtdışına yapılacak satışlar bu ücretin dışında bırakılmıştır.

Ödenmesi zorunlu olan muamele tescil ücreti, niteliği itibariyle Anayasa'nın 61. maddesinde yazılan (benzeri mali yükümler) terimi kapsamına giren bir tür malî yüküm görünümündedir. 5590 sayılı Yasanın 57. maddesi, mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilen borsa hizmetleri karşılığı alınan ücretler ile Borsa Yönetim Kurullarınca onanacak ve verilecek öteki belgelerden alınacak harçlara ait miktarların saptanmasını, Borsa Yönetim Kurullarının teklifi üzerine meclislerin onaylamasına bırakmış, yalnız tescil ücretine ilişkin borsa meclislerince düzenlenen nispet tarifesinin Bakanlıkça onaylanmasını öngörmüştür.

İstanbul Ticaret Borsası ile davacı anonim ortaklık arasındaki anlaşmazlıkta 57. maddeye dayanılarak Borsa Meclisince

düzenlenip Ticaret Bakanlığı'nca onaylanan nispet tarifesine göre, tescil ücreti alınmasından doğmuş bulunmaktadır. Muamele tescil ücreti bir malî yükümdür. Anayasa'nın 61. maddesinin ikinci fıkrası vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümlülüklerin yasayla konulacağı hükmünü getirmiştir. Bu hükümle keyfi ve takdirî uygulamaların önlenmesi amaçlanmıştır.

Tescil ücreti düzenlenmesinin, belli edilecek yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak koşulu ile yasaca yapılması gerekir. 57. maddede bu hususlar saptanmamıştır. Yalnız malî yükümlülük ve yükümlü belirlenmiştir. Yasanın öngörmediği hadler ve miktarların, tüzüğe bırakılmasına da olanak yoktur. Bu nedenlerle 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinde yer alan (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler) ve (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nispet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur) ve (aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır) hükümleri Anayasa'nın 61 inci maddesine aykırı görüldüğünden, 57. maddenin iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

III — YASA METİNLERİ :

1 — İtiraz konusu Yasa hükmü :

11/3/1950 günlü, 5590 sayılı «Ticaret ve Sanayi Odaları», «Ticaret Odaları», «Sanayi Odaları», «Ticaret Borsaları» ve «Ticaret ve Sanayi Odaları», «Ticaret Odaları», «Sanayi Odaları» ve «Ticaret Borsaları» Birliği Kanunu'nun itiraz konusu hükümleri de içeren 57. maddesi şöyledir :

«Madde 57 — Mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler ve borsa yönetim kurullarınca onanacak vesikalardan alınacak tasdik harcı ve verilecek diğer vesikalardan alınacak harçların miktarları yönetim kurullarınca teklif, meclislerce tasdik olunur. Ancak tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nispet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur.

Aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır.»

2 — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Madde 61 — Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur.

Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartiyle, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalariyle nispet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 15. maddesi uyarınca Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Rüştü Aral, Muammer Yazar, Âdil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Bülent Olçay, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmaları ile 22/5/1980 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında sınırlandırma sorunu üzerinde durulmuştur.

Anlaşmazlığın muamele tescil ücretinden çıkmasına karşın maddenin buna ilişkin hükümlerinin yanında (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler) biçimindeki kuralın bütününe ilişkin bir sav öne sürülmüştür. Oysa bu davada bu kural yalnızca tescil ücreti açısından uygulanma durumunda bulunduğundan, bu kurala yönelik itirazın da «tescil ücreti» ile sınırlandırılması gerekir.

Böylece yapılan ilk inceleme sonunda eksiklik bulunmadığından 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinde yer alan (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler) kuralının tescil ücreti ile sınırlı olarak, aynı maddedeki (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nisbet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur) ve (Aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır) biçimindeki hükümler hakkında esasın incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, Danıştay 8. Dairesi'nin 12/12/1979 günlü, 604 sayılı başvurma kararı ve ekleri, iptali istenilen ve konu ile ilgili bulunan yasa hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunlarla ilişkisi görülen yasama belgeleri ve öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

A — 5590 sayılı Yasanın 32. maddesi, Ticaret Borsalarını, (Kanunda yazılı esaslar dairesinde borsaya dahil maddelerin

alım ve satımı ve fiyatlarının tespit ve ilânı işleriyle meşgul olmak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumlarıdır.) biçiminde tanımlamakta, aynı yasanın 33 üncü maddesinde de Ticaret Borsalarının, ticari ihtiyaçların gerekli kıldığı yerlerde Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı'nca kurulacağı bildirilmektedir.

Sözü edilen yasanın 34. maddesi ise, borsaların görevlerini ayrıntılı bir biçimde göstererek saptamıştır. Borsaların kuruluş ve görevlerini kapsıyan söz konusu hükümler birlikte incelendiğinde, borsanın, «Anayasanın Üçüncü Kısmı'nın İkinci Bölümü» nün «C İdare» kesiminde yer alan, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin 122. maddenin kapsamı içine girdiği açıkca anlaşılır.

Öteyandan bu yasanın 37. maddesi, ilke olarak, borsaya kayıt olma zorunluluğu getirmiş, 49. maddesi ile de borsalarda yapılacak günlük alım ve satımlar, atanacak bir komiser tarafından ilgili Bakanlığın denetimine bağlı tutulmuştur.

Sözkonusu yasada borsaların, para ve para hükmündeki evrak, senet ve mallarına karşı suç işleyen, bilanço, zabıtname, rapor ve öteki herçeşit kâğıt ve defterleri üzerinde suç niteliğinde değişiklik yapan üyelerine, memurlarına ve diğer hizmetlilerine, devlet memurları hakkındaki cezaların uygulanması öngörülmüştür. Anılan yasanın 74. maddesi, borsalara, üyelerine disiplin cezası vermek, 76. ve 77. maddeleri de para, zam ve cezaları uygulamak yetkisi tanımıştır.

Borsaların yukarıda bildirilen görev ve hizmetleri ve bağlı oldukları vesayet denetimi bakımından, kamu kurumu olduklarını göstermektedir. 5590 sayılı Yasanın 55. maddesi, borsaların gelirlerini saymış, (c) bendinde de (muamele tescil ücreti) bu gelirler arasında gösterilmiştir. 57. madde, muamele tescil ücretinin borsa meclisince düzenlenen ve Bakanlıkça onanan nispet tarifesine göre alınacağını saptamıştır. Bu Kanunun 37. maddesinin son fıkrasında belirtilenlerle, borsaya kaydolunmaları zorunlu bulunanların, borsaya dahil malların alım ve satımlarının borsaya tescil işlemi nedeniyle muamele tescil ücreti adı altında bir ödemede bulunmaları gereklidir. Taşıdığı bu anlam yönünden muamele tescil ücretinin, Anayasa'nın 61. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen benzeri mali yüküm niteliğinde bulunduğu açıktır.

Anayasa Koyucunun, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ancak kanunla konur ilkesini getirmekle, yüküm-

lülük bakımından keyfi uygulamaları önlemek amacını güttüğü, yalnızca yükümlülüğün konusunun belli edilmesiyle ilgililere bir malî yüküm konmasını yeterli görmediği, malî yükümleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönlerinin de yasada yer almasını ve yeterince belirlenmesini istediği açıktır.

Oysa itiraz edilen 57. maddede, yalnızca malî yükümün konusu olan tescil ücreti ve bunun yükümlüsünün belirtilmesiyle yetinilmiş; matrah, oran, yukarı ve aşağı sınırlar gibi unsurlara yer verilmemiştir.

Yasa maddesindeki bu esaslı eksikliğin ve boşluğun tüzük hükümleriyle doldurulmasına da olanak bulunmadığından, itiraz konusu 57. maddede yer alan (Mahiyetleri ve nevileri Tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler) kuralı, muamele tescil ücreti açısından Anayasa'nın 61. maddesine aykırı bir duruma düşmüştür. Bu nedenle bu hükmün tescil ücreti açısından iptaline karar verilmelidir.

Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu ve Yılmaz Aliefendioğlu bu görüşe katılmamışlardır.

B — İtiraza konu edilen (Mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler) hükmünün tescil ücreti açısından iptal edilmesi karşısında aynı maddede yalnızca tescil ücretinden sözeden (Tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nispet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur)' ve (aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır) yolundaki hükümlerin bağımsız olarak uygulanma niteliğini yitirecekleri açık bulunduğundan bu hükümlerin de bu nedenle ve 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Yasanın 28. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iptallerine karar verilmesi gerekmektedir.

C — Söz konusu hükmün tescil ücreti açısından iptali sonucu bir boşluğun oluşacağı ve böylece borsaların en önemli gelir kaynaklarından birini yitirecekleri, bu durumun kamu hizmetinin yürütülmesini aksatacak bir ağırlık taşıması nedeniyle, iptal hükmünün, Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe konulması, Anayasa'nın değişik 152. ve 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Yasanın 50. maddeleri hükümleri uyarınca yerinde bulunmuştur.

Ahmet Salih Çebi ve Yekta Güngör Özden üç aylık sürenin yeterli olduğunu, Nihat O. Akçakayalıoğlu bu konuda süre ve-

rilmesine gerek bulunmadığını öne sürerek kararın bu bölümüne katılmamışlardır.

VI — SONUÇ :

1 — 8/3/1950 günlü, 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinde yer alan (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler....) kuralının 22/5/1980 günlü ilk inceleme kararı ile «tescil ücreti» açısından sınırlandırılarak incelenen kesiminin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

2 — Yukarıda sözü edilen kuralın «tescil ücreti» açısından iptali kararı karşısında, aynı maddede yer alan (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nispet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur) ve (aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır.) biçimindeki hükümlerin bağımsız olarak uygulanma olanağını yitirdiğinden 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Yasanın 28. maddesinin son fıkrası uyarınca bu hükümlerin de iptaline oybirliğiyle,

3 — Muamele tescil ücreti, borsaların önemli gelirlerinden birini oluşturduğu ve iptal nedeniyle oluşan bu boşluk, gelirden yoksun bırakarak borsayı kamu hizmetini yerine getiremeyecek bir duruma düşürebileceği gözönüne alınarak, iptal hükmünün, Anayasa'nın değişik 152. maddesi uyarınca kararın Resmî Gazete'de yayımlanma gününden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine, Ahmet Salih Çebi ile Yekta Güngör Özden'in üç aylık sürenin yeterli olduğu, Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun bu konuda bir süre verilmesine gerek bulunmadığı yolundaki görüşleriyle,

27/1/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Ahmet Zeyneloğlu	Adil Esmer	Hakkı Müderrisoğlu
Üye	Üye	Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
Kenan Terzioğlu	Orhan Onar	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
İhsan N. Tanyıldız	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

İstanbul Ticaret Borsası, soya yağı ithal eden firmadan, bu yağların 5590 sayılı Yasa hükümlerine göre borsaya kaydettirmesini, yönetim kurulunca alınan karar uyarınca tescil ücretini yatırmasını istemiştir.

İthalâtçı ortaklık, bu kararın iptali için Danıştay'a başvurmuş, 5590 sayılı Yasanın kararla ilgili 57. maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Danıştay 8. Dairesi, bu savı ciddi bularak, anılan 57. maddede yer alan (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak....), (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nisbet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur) ve (aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır.) hükümlerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar vermiştir.

22/5/1980 günlü toplantıda, 8/3/1950 günlü, 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinde yer alan (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler....) kuralının «tescil ücreti» ile sınırlandırılarak, aynı maddedeki (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nisbet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur) ve (aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır.) biçimindeki hükümlerin esasının incelenmesine karar verilmiştir.

Anayasa'nın, «Vergi ödevi» kenar başlıklı 61. maddesinin birinci fıkrasında «Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.) denildikten sonra ikinci fıkrasında da «Vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur.» hükmü yer alınıştır.

20/9/1971 günlü, 1488 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 61. maddesi değiştirilmiş, birinci ve ikinci fıkralar olduğu gibi bırakılmış, üçüncü fıkra olarak «Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartiyle, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalariyle, nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir.» hükmü getirilmiştir.

Bilindiği gibi, 5590 sayılı «Ticaret ve sanayi odaları», «Ticaret odaları», «Sanayi odaları», «Ticaret borsaları» ve «Ticaret ve sanayi odaları», «Ticaret odaları», «Sanayi odaları» ve «Ticaret borsaları» Birliği «Kanunu» bu kuruluşların kuruluş biçimiy-

le görev ve hizmetlerini düzenleyen hükümler getirmiş, her kuruluşun özellikleri de bu yasada gözönünde tutulmuştur.

5590 sayılı Yasanın 57. maddesi şöyledir :

«Madde 57 — Mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler ve borsa yönetim kurullarınca onanacak vesikalardan alınacak tasdik harcı ve verilecek diğer vesikalardan alınacak harçların miktarları yönetim kurullarınca teklif, meclislerce tasdik olunur. Ancak tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nispet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur.

Aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır.»

Bu yönü saptadıktan sonra, 9/7/1961 günlü, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası karşısında, çok önce yürürlüğe konulan 5590 sayılı Yasa ile kurulan «Ticaret Borsaları» nın hukuksal durumunun ne olduğu üzerinde durmak gerekir.

Ticaret Borsaları, 5590 sayılı Yasanın 32. maddesinde, «kanunda yazılı esaslar dairesinde borsaya dahil maddelerin alım ve satımı ve fiyatların tesbit ve ilân işleriyle meşgul olmak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumları» olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 122. maddesi uyarınca, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kanunla meydana getirilir ve organları kendileri tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilir. İdare, seçilmiş organları, bir yargı mercii kararına dayanmaksızın, geçici veya sürekli olarak görevinden uzaklaştıramaz. Meslek kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz.

Yukarıda tanımı yapılan ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu vurgulanan ticaret borsaları, mensuplarının hak ve çıkarlarını -kamu yararıyla bağdaşmak, buna ters düşmemek, koşuluyla- sağlamak ve geliştirmekle görevlidir.

Anayasa Mahkemesi, bir meslekî kuruluşun Anayasa'nın 122. maddesi kapsamına girip girmediğini saptarken kuruluş yasası, hizmetin niteliği, esasından hareket etmektedir. Kuruluş yasasında «kamu kurumu» tanımlaması varsa veya kuruluşun hizmet ve görevleri kamu hukuku, alanına giriyorsa o kuruluşun «kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu» olduğunu belirtmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 24/3/1970 günlü, 1969/65 - 1970/16 sayılı kararı, RG. 21/7/1970 günlü, 13555 sayılı)

Anayasa'nın 122. maddesinin gerekçesinde, «Bu madde çeşitli mesleki faaliyetlerin kanun tarafından kamu hizmeti düşüncesiyle, birer kamu tüzel kişisi olarak teşkilâtlandırılması halinde, bu gibi kamu kurumu niteliğindeki mesleki kuruluşların kendi işlerini yerinden idare esasına göre görebilmeleri ve seçilmiş organlarının da teminata bağlanmasını sağlamak için mahallî idareler hakkındaki hükümlere muvazi bir surette sevk edilmiştir.» denilmektedir. Böylece, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu idaresi olan yerinden yönetim idarelerine koşut bir yönetime kavuşturulmak istenmesi de bu kuruluşlara idarî yapı içinde ayrı bir önem verildiğini göstermektedir

Ticaret Borsalarının, ticarî gereksinmeler nedeniyle uygun görülen yerlerde Ticaret Bakanlığı'nca kurulacağı 5590 sayılı Yasanın 33. maddede açıklanmıştır. 34. maddede ise, borsaların görevleri şöyle sıralanmıştır: «a) Borsaya dahil maddelerin, borsada alım satımını tanzim ve tescil etmek; b) Borsaya dahil maddelerin hergünkü fiyatlarını usulü dairesinde tesbit ve ilân etmek; c) Alıcı ve satıcının teslim ve tesellüm ve tediye bakımından vecibelerini, her tipin asgari vasıflarını ve muamelelerin tasfiye şartlariyle fiyatlar üzerine müessir şartları, ihtilâf husulünde ihtiyarî tahkim usûllerini gösteren ve Türkiye Ticaret ve Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği'nin tasdikiyle tekemmül eden genel kaide ve hükümler vücuda getirmek; ç) Yurtiçi ve yurtdışı borsa ve piyasaları takibederek fiyat haberleşmesi yapmak; d) Borsaya dahil maddelerin tiplerini ve vasıflarını tesbit etmek üzere lâbaratuvar ve teknik bürolar kurmak ve kurulmuşlara katılmak; e) Sair mevzuatla ve Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı'nca verilecek görevleri yapmak; f) Borsaya ait örf ve âdetleri tesbit ve ilân etmek.»

Öte yandan, 49. madde ile borsalarda, günlük alım - satım muamelelerini ve fiyat dalgalanmalarını yansız bir denetim altında bulundurmak üzere, Ticaret Bakanlığı'nca bir komiser bulundurulması koşulu getirilmiştir. Ayrıca, 74. maddede ise, üyelere disiplin cezası verebilme yetkisi tanınmıştır; 76. ve 77. maddelerde de para zam ve cezaları konusunda yetki hükümleri getirilmiştir. 80. maddede odalar, borsalar ve bunların birliklerinin Ticaret Bakanlığı tarafından teftiş ve denetime bağlı olduğu açıklanmış, 81. maddede ise, odalar, borsalar ve birlik paralarıyla para hükmündeki evrak, senet vesair malları aleyhinde suç işleyen ve bilanço, zabıtname, rapor ve diğer her çeşit kâ-

ğıt ve defter üzerinde suç niteliğinde değişiklik yapan veya bunları kasten yok eden uzuvlara dahil üyelerle, memur ve hizmetlilere devlet memurları hakkındaki cezanın uygulanması öngörülmüştür.

5590 sayılı Yasanın 37. madesinde «Ticaret borsalarına dahil maddelerin alımı veya satımı ile iştigal edenler, bulundukları yerin ticaret borsalarına kaydolunmaya mecburdurlar.

Bu mecburiyetlere riayet etmiyenlerin kayıtları borsalarca re'sen yapılır ve kendilerine tebliğ edilir.

Borsaya kaydolunan tacirlerin durumlarında vukua gelen, Ticaret Kanunu'na göre tescil ve ilânı gerekli her çeşit değişikliklerin vukuundan itibaren bir ay içinde borsaya bildirilmesi mecburidir.

Borsaya kayıtlı maddelerin müstahsilleri veya âmilleri borsalara kaydolunmaksızın dahi, kendi mallarını satabilirler.» hükmü yer almıştır. «Borsaya tâbi maddeler» başlığını taşıyan 52. maddesinde ise «Borsa kurulan yerlerde, hangi malların borsalarda alım ve satımının mecburi olduğu ve bunların en az miktarları, borsa meclisinin teklifi üzerine Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı'nca tâyin ve tüzükte gösterilecek şekilde mahallerinde ilân olunur.

Borsanın bulunduğu yerin belediye hudutları içinde, borsaya dahil maddelerin en az miktarlarının üstünde kalan miktarının alım ve satımının borsa dışında yapılması yasaktır.

Bazı maddelerin en geç muamele yapıldığı günü takibeden ilk iş günü içinde borsaya tescil ettirilmesi şartiyle, borsa yerinin dışında alınıp satılmasına meclisce önceden karar verilebilir. Ancak Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı borsalarca alınacak bu gibi istisnaî kararları kısmen veya tamamen, geçici veya daimî olarak yürürlükten kaldırabilir.

Borsanın bulunduğu yerlerdeki tacirlerle memleket içi veya dışındaki tacir arasında yazışma veya telefonla yapılan alım ve satım muamelelerinin borsadan geçirilmesi mecburidir.

Ancak bu kabil muamelelerde borsa tescil ücreti, akdin (kabul) ile tamam olduğu yerdeki tarafça, o mahal borsasına ödenir.

Dış memleketlere yapılacak satışlarda borsa tescil ücreti alınmaz.» denilmektedir. Para zamlarına ilişkin 76. maddenin

dördüncü ve beşinci fıkralarında da, «Borsaya dahil maddelerden, borsaların, çalışma bölgesi içinde ve borsa yerinin dışında satılmasına müsaade olunan maddelerin satışlarının, bir iş günü sonuna kadar, tescil edilmemesi hallerinde yapılan muamelelere ait borsa ücreti, teamüle uyularak alıcı veya satıcıdan % 50 fazlasıyla tahsil olunur.

Ancak makul mazeret halleri borsa meclisinin takdirine bırakılır, bu takdir kesindir.» kuralı konulduktan sonra 78. maddede, kayıt ücreti ile yıllık aidat ve kesinleşen zamlarla para cezalarının tahsillerine ait oda ve borsalarca verilen kararların ilâm hükmünde olup, icra dairelerince yerine getirileceği belirtilmektedir.

Bu hükümlerin birlikte incelenmesinden şu sonuca varılmaktadır: Tescil ücretinin borsaya dahil maddelerin gerek borsa içinde, gerekse Ticaret Bakanlığı'nın izni ile borsa yerinin dışında alım satımında geçen hizmet karşılığı, ödenmesi gereken bir ücret olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. 52. maddenin son fıkrasında yer alan «Dış memleketlere yapılacak satışlarda, borsa tescil ücreti alınmaz» biçimindeki ayrık hükmün tescil ücretini «benzeri malî yüküm» haline getirip getirmediği üzerinde durulmalıdır. Bilindiği gibi, ayrı tutma (istisna) ve bağışıklık (muafiyet) vergi hukukunda, genellikle vergi adaletini gerçekleştirmek için sosyal devlet ilkesinin bir gereği sayılmaktadır. Bununla birlikte, devletin ekonomi politikasının gereği olarak da bazı ayrı tutma ve bağışıklıklar tanındığı görülmektedir. Demek oluyor ki, az önce değinilen hükümlerden, kamu kurumu durumunda, meslek kuruluşu olan Ticaret Borsaları, görev ve hizmetlerinde, yurt ekonomisine olan katkısı gözönünde tutularak güçlü kılınmak istenilmiş; ancak, denetim yönünden bir vesayet sistemine bağlanmıştır.

Ticaret Borsalarının belirlenen bu hukuksal durumundan sonra Anayasa'nın değişik 61. maddesinin ikinci fıkrasının «Vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur.» hükmündeki kavramların anlamı saptanmalıdır. Anayasa ve yasalardaki kavram ve öğelerin anlam ve niteliği bir yanılgıya düşmeden saptanırsa varılan sonuç o oranda sağlıklı olur.

1924 Anayasası'nın 84., 85. maddelerinde de vergi konusunda hükümler bulunmakta idi.

Vergi, yurt genelinde, yurttaşların yasaların öngördüğü biçimde ödedikleri ve Devlet hazinesine giren paradır. Başka bir anlatımla, yurttaşların kamu harcamalarına katılmasıdır.

Resim, Devlet dairelerinde ve kamu kuruluşlarında görülen hizmet ve yapılan giderlerin karşılığı olarak yalnız o işle ilgili olan gerçek ve tüzel kişilerden sağlanan gelire denilir. Bu iki tanım vergi ile resim arasındaki ayrımı ortaya koymaktadır. Vergide hizmetten yararlanma yerine, herkesten alınma sözkonusudur.

Harç, yasalarla düzenlenip niteliğine göre Devlet idaresinin yaptığı bazı hizmetlerden yararlanan kişilerin işleri için gerekli formalite ve kırtasiye giderlerini karşılamak üzere ödediği paradır.

Anayasa'nın 61. maddesindeki «benzeri mali yükümler» e, «vergi, resim ve harçlar» ın tanımına göre anlam vermek, bunlara benzemeyen mali yükümleri bu çerçeve içerisine almamak gerekir. Geniş yorum yöntemi, 122. madde uyarınca kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu sayılan Ticaret Borsalarının işleviyle bağdaştırılamaz. Hizmet ve görevlerin yürütülmesi bakımından bu meslek kuruluşuna yasa ile tanınan olanakları bu arada tescil ücretini, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle aynı nitelikte görmek yasanın özüne ve sözüne uygun düşmez. Anayasa'nın 61. maddesinin gerekçesinde, bu konuda bir açıklama da bulunmamaktadır. Kaldı ki, anılan 61. maddenin 20/9/1971 günlü, 1488 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte getirilen üçüncü fıkrasında, «vergi, resim, harç» söz konusu edildiği halde «benzeri mali yükümler» den söz edilmemiştir. Bu durum, Anayasa Koyucunun, kamu kurumu sayılan her meslek kuruluşunun kuruluş yasasında yer verilen yetkili organların bağlı bulunduğu işlemlerin yürütülmesi ve vesayet sisteminin sürdürülmesiyle yetinmek istediği görüşünü doğrulamaktadır.

«Ücret» sözcüğünün anlamı üzerinde de durulmalıdır. Ücret deyimi genellikle Borçlar ve İş Hukukunda kullanılmakta ve belli bir hizmetin karşılığını ifade etmektedir. Hizmetin yapılması özel bir kuruluş ve kişiden istenebileceği gibi kamu düzeni düşüncesiyle, kamu kurumu olan bir meslek kuruluşundan da istenebilir.

5590 sayılı Yasanın 57. maddesindeki tescil ücretinin, kuruluşun varlığını sürdürmesi, olanak yaratması bakımından

kaçınılmaz olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. «Tescil ücreti» nin özel hukuktaki ücretten ayrı bir özellikte bulunması da Anayasa'nın 61. maddesindeki «benzeri malî yükümler» e dahil olduğuna kanıt olamaz.

5590 sayılı Yasanın 57. maddesi uyarınca tescil ücretine ait meclisce tanzim, olunacak nispet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur. Aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır. Bu düzenleme ve onaylama işlemi «tescil ücreti» nin «hizmetler karşılığı» olma ilkesini ortadan kaldıracak nitelikte bulunmamaktadır. Bu hüküm, sadece meslek kuruluşunun yapmakla yükümlü olduğu hizmetler nedeniyle, yetkilerin kullanımını, çalışmanın denetimini sağlayan bir hükümdür. Tescil ücretinin, fiyat oluşmasında, alım ve satımlarda sağladığı genel güvencenin karşılığı olabileceği yorumu da Anayasa'nın 61. maddesinin ikinci fıkrasına uygun bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 24/3/1970 günlü, 1965/65 - 1970/16 sayılı; 29/11/1977 günlü, 1977/109 - 1977/131 sayılı kararları iptale dayanak yapılamaz. 24/3/1970 günlü iptal kararı, 15/5/1957 günlü, 6964 sayılı «Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu» nun 20. maddesinin birinci fıkrasındaki (yıllık aidat) miktarı ile ilgili tarifelere ilişkindir. Sözü edilen birinci fıkrada : «Nizamnamede gösterilecek usullere göre tespit olunacak dereceler üzerinden odalara ilk kayıt edileceklerden alınacak giriş ücretleriyle kayıtlı bulunanlardan tahsil olunacak yıllık aidat miktarları idare heyetlerince teklif ve meclislerce tasdik edilecek tarifeler ile tespit olunur.» denilmektedir. İtiraz konusu ise, 5590 sayılı Yasanın 57. maddesinde yer alan hükümler ise (mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler.....), (tescil ücretine ait meclisce tanzim olunacak nisbet tarifesi Bakanlıkça tasdik olunur) ve (Aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır.) biçimindeki hükümlerdir. Ticaret Borsalarıyla Ziraat Odalarının fonksiyonları birbirinden ayrıdır. Bu ayrım anılan karara dayanılamayacağı görüşünü doğrulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda sözü edilen 29/11/1977 günlü, 1977/109 - 1977/131 sayılı iptal kararı ise, 5590 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca Ticaret Odasının harç uygulaması üzerine verilmiştir. Bu kararın gerekçesinde : «Malî yükümlerin yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir malî yüküm bu yönleri dolayısiyle, kanunla yeterince çerçeve-

lenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfî uygulamalara yol açabilmesi olasıdır. Bu bakımdan yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek kesinlikle kanunlarla düzenlenmelidir.» denilmiştir. Ticaret borsaları ile Ticaret Odaları arasında görev ve hizmet bakımından mevcut baskalık yeterince açık olduğundan burada ayrıca söz konusu edilmesine gerek görülmemiştir.

27. maddede «Mahiyetleri ve nevileri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretlerle odalar yönetim kurullarınca onanacak vesikalardan alınacak tasdik harcı ve verilecek diğer vesikalardan alınacak harçların miktarları yönetim kurullarının teklifi ve meclislerin tasdikiyle. tesbit olunur.» denilmektedir. Böylece, (...ve verilecek diğer vesikalardan alınacak harçların...) hükmünün iptali, 57. maddede yazılı ve harç niteliğinde olmayan tescil ücretinin iptali için bir dayanak ve gerekçe olamaz.

Vergi, resim ve harçlar hakkında yukarıda yeterli açıklama bulunmaktadır. Anayasa'nın 61. maddesindeki «benzeri malî yükümler» deyimi ile ilgili bir tanıma da Anayasa ve gerekçesinde yer verilmemiştir. Böyle olunca, geniş bir yoruma gitmek sorunun çözümünü güçleştirir. Sonucu bağlayıcı olan 29/11/1977 günlü iptal kararının 5590 sayılı Yasanın sadece 27. maddesindeki harçlarla ilgili olması da geniş yorum kuralına yer verilemeyeceğini göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle, işlevlerini sürdürmek, mensuplarının yararını gözetmek ve milli ekonomiye katkıda bulunmak durumunda olan ve kamu kurumu sayılan Ticaret Borsalarının bir hizmet karşılığı almaya yetkili kılındığı tescil ücretinin, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlerden olmadığı düşüncesindeyim; bu bakımdan iptal kararına karşıyım.

Üye
Hüseyin Karamüstantikoğlu

KARŞIOY YAZISI

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler birer Devlet alacağıdırlar. Devlet egemenlik gücüne bağlı vergileme yetkisini kullanırken, piyasa ekonomisinden, kamu yararını genel ve anomin biçimde sağlamakla görevli kamu yönetimi (idaresi) ve

kurumları için gelir aktarmak durumundadır. Anayasa'nın 61. maddesine göre vergi «kamu giderlerini» karşılamak üzere alınmalıdır. Kamu gideri ise, kamu hizmetiyle görevli kamu yönetimleri ve kurumları tarafından yapılabilir ve ancak bunların vergi almaya yetkili olduğu kabul edilir. Vergi alabilmek için, kamu tüzel kişisi olmak, Devlet yönetimi bütünlüğü içinde yer almak, kamu gideri yapabilme ve kamu gücünü kullanabilme yetkisine sahip olmak gerekir. Ancak, bu koşulları içeren kuruluş, vergi almaya yetkilidir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan ticaret borsalarının vergi veya aynı nitelikte bir gelir toplamaya yetkili olduğunun kabul edilebilmesi için, bu kuruluşların kamu yönetimi bütünlüğü içinde yer almaları, başka deyişle kamu yönetimi veya kurumu olmaları ve gelirlerinin kamu gideri karşılığı bulunması gerekir.

Anayasa'nın 112. maddesine göre, kamu yönetimi birimleri, yönetsel bütünlük içinde yer alan merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayalı kuruluşlardır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu yönetimi birimlerinden olmadığı ve devletin yönetsel bütünlüğü içinde yer almadığı açıktır.

Kamu kurumlarına gelince, belirli bir kamu hizmeti görmek amacıyla kurulan, bağımsız, merkezi yönetim veya yerinden yönetim kuruluşlarının vesayet denetimin bağlı, yasayla veya yasanın verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulan, anamalı devletin mal varlığından sağlanan ve tüzel kişiliği bulunan kuruluşlardır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ise, bir yandan mesleksel çıkarları kollarken, öteyandan meslek mensupları arasında düzen ve disiplin kurarak, göreli (nispî) bir kamu yararı sağlarlar. Bunlar kamu tüzel kişisi olmakla beraber, kamu kurumu sayılmıyan, ancak Anayasa'nın 122. maddesindeki deyimiyle kamu kurumu niteliği bulunan meslek kuruluşlarıdır. Söz konusu kuruluşlar, kamu tüzel kişisi olmaları nedeniyle yasayla veya yasanın verdiği açık yetkiye dayanarak kurulurlar ve bu özellikleriyle kamu kurumu niteliğinde bulunmayan öteki meslek kuruluşlarından ayrılırlar. Bunlar, kamu yönetimi ve kamu kurumları dışında, üçüncü tür, kendisine özgü (suni generis) kuruluşlardır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının asıl işlevleri, mesleksel çıkarları gözetmek ve meslek mensupları arasında düzeni ve disiplini sağlamak olduğuna ve

yaptıkları giderlerin kamu giderinden çok, işlevlerine uygun mesleksel çıkar, çalışma düzeni ve disiplini sağlayabilme doğrultusunda olduğuna göre bunların bu arada ticaret borsalarının, bir kamu kurumu olduğunu ve vergi toplayabilmek yetkilerinin bulunduğunu kabul etmek olanağı bulunmamaktadır. Bu tür kuruluşların gelirlerinin, kamu geliri olmaması ve 6123 sayılı «Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun»a göre toplanmaması bu görüşü doğrulamaktadır. Her ne kadar, 5590 sayılı Yasanın 32. maddesinde ticaret borsalarının kamu kurumu olduğu yazılmakta ise de, 1961 Anayasası'ndan önce yayımlanan söz konusu yasada kullanılan bu deyim, kuruluşun kamusal niteliğinin ağır bastığını, bir ölçüde kamu hizmeti yaptığını belirtirse de, yalnız başına kamu kurumu niteliğini belirtmeye yeterli değildir. Yasadaki «kamu kurumu deyimi», 1961 Anayasası'nda kullanılan «kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu» söyleyişine eşdeğerdir.

Öteyandan, ticaret borsalarının aldığı tescil ücretinin, vergi ödevi kapsamı içinde düşünülebilmesi için vergi, resim, harç veya benzeri mali yüküm olması gerekir. Anayasa'nın 61. maddesine göre vergi kamu giderlerini karşılamak üzere ödenmelidir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının her türlü gelirleri özel alacak durumunda olup, kamu alacaklarının tahsiline ilişkin yasa uyarınca toplanmadığına göre, daha çok işlevlerine uygun mesleksel amaçlı giderlerinin de, kamu gideri sayılmaması doğaldır. Tescil ücreti, ticaret borsalarının meslek mensuplarına yaptıkları hizmetin ve sağladıkları güvencenin karşılığı ve borsa geliri olarak alınmaktadır. Borsaların tahsil ettikleri ücreti Devlete gelir olarak aktarmaları söz konusu değildir.

Anayasa'nın 61. maddesindeki özellikleri taşımayan, başka deyişle, kamu alacağı durumunda bulunmayan ve kamu gideri karşılığı alınmıyan tescil ücretinin; vergi, resim, harç veya benzeri mali yüküm kabul edilmemesi ve alt ve üst sınırlarının, matrahının ve uygulanacak oranın yasayla gösterilmesi zorunluğunun aranmaması gerekir.

Yasada ticaret borsalarının gelirleri arasında sayılan tescil ücretine ilişkin bölge özelliklerine göre düzenlenen tarifenin, Ticaret Bakanlığı'nca onanması yoluyla vesayet denetimine ve Danıştay'da yönetsel yargı denetimine bağlı olması bu ücreti

ödemek durumunda kalanlar için yeterli güvencedir. Bölgelerin özellikleri ve ekonomik durumları dikkate alınarak borsalarca düzenlenecek tarifelerin, Ticaret Bakanlığı'nca onanarak denetlenmesi konunun yasayla, tüm ayrıntılarıyla düzenlenmesine nazaran daha isabetlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle itiraz yoluyla yapılan başvurunun reddi gerektiği oyu ile verilen karara karşıyız.

Üye	Üye
Kenan Terzioğlu	Yılmaz Aliefendioğlu

——oOo——

Esas Sayısı : 1980/45

Karar Sayısı : 1981/11

Karar Günü : 3/2/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Bartın Sulh Ceza Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : Türk Ceza Yasası'nın 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddesinin üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'nın 12., 20. ve 32. maddelerine aykırı olduğu öne sürülerek iptallerine karar verilmesi isteminden ibarettir.

I — OLAY :

Biri Töb - Der, öteki Halkevi ve İGD üyesi olan sanıklar, 8/8/1979 gününde, Kemer Köprü mahallesi Yukarı Sokaktaki evlerin duvarlarına ideolojik nitelikte yazı yazarken yakalanmışlar ve Cumhuriyet Savcılığınca haklarında Türk Ceza Yasası'nın değişik 536/3-6. maddeleri uyarınca kamu davası açılmıştır.

Sanıkların vekili Türk Ceza Yasası'nın sözü geçen maddesinin tümüyle Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürmüş, bu itirazı ciddi bulan mahkeme, bu maddenin üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'nın 12., 20. ve 32. maddelerine aykırı olduğu kanısına vararak iptalleri için Anayasa'nın değişik 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar vermiştir.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtirazcı Mahkeme başvuruyu özetle şu gerekçeye dayandırmaktadır.

1 — Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesi, Kabahatler başlığı altındaki «üçüncü kitap» da yer almasına karşın, sözü edilen maddede, birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralar gereğince verilen cezaların tecil edilemiyeceği, 647 sayılı Yasanın 4. maddesinde belirtilen ceza ve tedbirlerin uygulanamıyacağı kurala bağlandığından hâkimlerin takdir yetkileri kısıtlanmıştır. 2248 sayılı Yasanın 28. maddesiyle, 1918 sayılı Yasanın 6829 sayılı Yasayla değişik 58. maddesinin 2. fıkrasındaki cezaların teciline ilişkin yasak kaldırılırken, aynı yasanın 22. maddesiyle 536. madde değiştirilerek böyle bir yasağın konulması suretiyle yasa kendi içinde çelişkiye düşmüştür.

2 — Cürümlerde bile tecil müessesesi işlediği halde, bunun kabahat suçlarında işletilmemesi eşitliğe aykırıdır. Ayrıca cezanın eylemi değil kişiyi hedef alması, dernekle ilgisi olmayan bir eylemden dolayı sırf dernek üyesi olması yönünden bir kişinin cezasının artırılması temel hakların ihlalidir. Hukuk kuralları ile ceza kuralları çatışmamalıdır. Şayet bu kurallar çatışmakta ise hukuktan ve hukuk devletinden söz edilemez. Söz konusu hükümler, nitelikleri gereği hukuk dışı bir maksat güttüğünden Anayasa'nın 12., 20. ve 32. maddelerine aykırıdır.

III — METİNLER :

1 — Türk Ceza Yasası'nın 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasa ile değişik, itiraz konusu kuralları da içeren, 536. maddesi şöyledir :

«Madde 536 — Her kim, belediyeler, köy ihtiyar kurulları veya yasalarla yetkili kılınmış diğer makamlarca önceden ayrılmış ya da oturulan yerler dışında, o yerin en büyük mülkiye amirine yapılacak bir başvuru üzerine ayrılan yerlere, izin almaksızın veya verilen izne aykırı biçimde, basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü resim, yazı ve işaretler veya bunları içeren kâğıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini asar veya yapıştırırsa veya izne dayalı olsa bile bu yerleri boyar veya bu yerlere yazı yazar, resim ya da işaret yaparsa, eylem başka bir suç oluştursa bile ayrıca altı aydan bir yıla

kadar hafif hapis ve bin liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasına çarptırılır.

Bu eylemler yukarıdaki fıkra dışında kalan yerlerde veya kamuya ayrılmış veya kamuya açık veya herkes tarafından görülebilecek yerlerde veya her türlü taşıt araçları veya kamu hizmetlerine ait iletişim araçları veya kamu hizmetine ayrılmış veya özel kişi ve kuruluşlara ait işaret veya levhalar üzerinde işlenirse, eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca bir yıldan iki yıla kadar hafif hapis ve ikibin liradan az olmamak üzere hafif para cezasına çarptırılır.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemlerin derneklerin veya benzeri kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle yapıldığı sabit olduğu takdirde suçu işleyen veya suça bu suretle katılan dernek ve kuruluş mensuplarına sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemleri küçüklere veya ceza ehliyeti olmayan kişilere işletenlere yukarıdaki fıkralar uyarınca verilecek cezalar yarısı kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralardaki eylemler, siyasal veya ideolojik olmayan amaçlarla işlenir ve içeriği bakımından bir suçu oluşturmazsa yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar onda birine kadar indirilebilir.

Birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralardaki suçlardan dolayı hükmolunacak cezalar ertelenemez ve bunların yerine 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen ceza ve tedbirler uygulanamaz.

Bu maddede suç sayılan eylemlerin işlenmesinden dolayı sebebiyet verilen zararların tazminine ayrıca hükmolunur.

Görenek ve geleneklere göre asılacak kâğıt, pano, pankart, bant ya da benzerleri bu madde hükümleri dışındadır.

298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun hükümleri saklıdır.»

2 — 13/7/1965 günlü, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun ilgili 4. ve 6. maddeleri de şöyledir :

«Madde 4 — Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemece,

1 — Kabahatlerde beher gün karşılığı 50 ilâ 100 lira hafif, cürümlerde 100 ilâ 200 lira hesabıyla ağır para cezasına,

2 — Aynen iade veya tazmine,

3 — Altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslâh kurumuna devam etmeye,

4 — Bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men'e,

5 — Her nev'i ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına,

Çevrilebilir.

Suç tarihinden önce, para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmemiş olanlar hakkında hükmolunan otuz güne kadar (otuz gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezalarla, suç tarihinde 18 yaşını ikmal etmemiş olanların mahkûm edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yukarıki bendlerde yazılı ceza veya tedbirlerden birine çevrilir.

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli de olsa fail hakkında bu maddenin ilk fıkrasının (1) numaralı bendi hükmü uygulanabilir.

Uygulamada asıl ceza, bu madde hükümlerine göre para cezasına veya tedbire çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezadır.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları, birinci fıkranın 2, 3, 4 ve 5 numaralı bentlerinde yazılı tedbirlerden birine çevrilmiş olanlardan tedbir hükümlerini Cumhuriyet Savcılığınca yapılan tebligata rağmen 30 gün içerisinde yerine getirmeyenler veya hükmün gereklerine aykırı hareket edenlerin tedbire çevrilmiş olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarının, tedbir hükümlerine muhalefetlerinin derecesine göre kısmen veya tamamen infazına veya infaz olunmamasına hükmü veren mahkemece karar verilir.

Tedbire ilişkin hükümlere muhalefet, haklarında ikinci fıkra hükmü uygulanmış olanlar tarafından vukubuldukta; tedbir, hükmü veren mahkemece birinci fıkrada yazılı esaslar dairesinde para cezasına çevrilir.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezasını hükmünde taksit öngörülmüş ise taksit süreleri, aksi halde

5 inci maddenin 8 inci fıkrasında yazılı süreler içerisinde ödemeyenlerin işbu cezaları mahkemece, hükümde bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza ne miktar para cezasına karşılık tutulmuş ise aynı miktar üzerinden hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilir.

Tedbir hükümlerinin yerine getirilmesi hükümlünün ihtiyarında olmayan sebepler yüzünden imkânsız hale gelmişse hükmü veren mahkemece bu tedbir yerine başka bir tedbire hükmolunur.

Bu madde hükümleri, sırf askerî suçlar ile askerî disiplin suçları ve birinci fıkranın 3 ve 4 numaralı bendi hükümleri de subaylar, askerî memurlar ve astsubaylar hakkında uygulanmaz.»

«Madde 6 — Adliye mahkemelerinde para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği suçtan dolayı ağır veya hafif para veya 6 aya kadar ağır hapis veya bir yıla kadar hapis veya hafif hapis cezalarından biri ile mahkûm olur ve geçmişteki haliyle ahlâkî temayüllerine göre cezasının ertelenmesi, ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Bu halde ertelemenin sebebi hükümde yazılır.

Fiilin işlendiği zamanda 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin mahkûm oldukları ağır hapis cezası iki seneden, hapis ve hafif hapis cezası üç seneden; 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını ıkmal etmemiş olanlar ile 70 yaşına varmış ihtiyarların mahkûm oldukları ağır hapis cezası bir seneden, hapis veya hafif hapis cezası iki seneden fazla olmadığı hallerde de yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanabilir.

Bazı suçlara ilişkin cezalar ile askerî suçlar ve disiplin suçlarına ilişkin cezaların ertelenemeyeceğine dair özel kanun hükümleri saklıdır.»

3 — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

Madde 20 — Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahip-

tir; düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklıyabilir ve yayabilir.

Kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz.»

«Madde 32 — Hiç kimse, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Rüştü Aral, Ahmet Salih Çebi, Muammer Yazar, Adil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Bülent Olcay ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyla 3/6/1980 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında sınırlama konusu üzerinde durulmuştur.

Cumhuriyet savcısı, sanıklar hakkında açtığı kamu davasını Türk Ceza Yasası'nın 2248 sayılı Yasa ile değişik 536/3-6. maddesine dayandırmış ve iddianamede eylemi, biri Töb - Der üyesi, ötekisinin de hem İGD, hem de Halkevi üyesi olan sanıkların, evlerin duvarlarına ideolojik nitelikte yazı yazarlarken yakalandıkları biçiminde tanımlamış, sanıkların vekillerinin Anayasa'ya aykırılık savını ciddî bulan mahkeme anılan maddenin üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğundan ve iptaline karar verilmesinden söz ederek, gerekçesini bu doğrultuda öne sürdüğü görüşlere dayandırmıştır.

Sanıkların belli derneklerin üyesi olarak evlerin duvarlarına ideolojik nitelikte yazı yazarken yakalandıkları biçiminde eylem vasıflandırıldığına ve haklarındaki kamu davası da sözü edilen 536. maddenin üçüncü ve altıncı fıkraları uyarınca açıldığına göre, davada uygulanacak hükümlerin, 536. maddenin üçüncü fıkrası ile altıncı fıkrasının, bu fıkrada yazılı «üçüncü» sözcükleri olduğu ve dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının Türk Ceza Yasası'nın 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ve altıncı fıkrası hükmünün «üçüncü» sözcüğü ile sınırlandırılarak incelenmesi 3/6/1980 gününde kararlaştırılmıştır.

Nihat O. Akçakayalıoğlu, incelemede sınırlandırmaya yer olmadığını belirtmiş, Necdet Darıcıoğlu, Bülent Olçay ve Yekta Güngör Özden, sınırlamanın 536. maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkraları ve altıncı fıkranın «ikinci ve üçüncü» sözcükleriyle, Ahmet Salih Çebi'de söz konusu sınırlamanın, 536. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci fıkra ile altıncı fıkranın «üçüncü» sözcüğünün ikinci fıkra açısından yapılması gerektiği düşüncesini öne sürerek bu görüşe katılmamışlardır.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, mahkemenin gerekçeli kararı ve ekleri, itiraz konusu yasa hükümleri ile Anayasa'ya aykırılık savına dayanak tutulan Anayasa kuralları; bunlarla ilgili yasama belgeleri ve öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

A — Sanıkların, kendilerine yükletilen suçu 8/8/1979 gününde işledikleri, iddianamedeki ve suçüstü tutanağındaki açıklamalardan anlaşıldığından, işin esasına ilişkin incelemenin sınırlandırılarak yapılmasına Anayasa Mahkemesi'nin 3/6/1980 gününde yaptığı ilk inceleme toplantısında karar verilmiş bulunmaktadır.

Esasın incelenmesi amacı ile yapılan 3/2/1981 günlü toplantıda ise, kimi üyelerce, Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin üçüncü fıkrasının, 10/1/1981 günlü, 17216 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Yasayla değiştirildiği ve bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu işteki yetkisi de sona erdiği öne sürülmüş bulunduğundan, konunun önce bu açıdan incelenmesi gerekmektedir.

1 — Konu üzerindeki incelemeye geçilmeden önce, 10/1/1981 günlü, 17216 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 20. maddesi uyarınca yayımlandığı gün yürürlüğe giren 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Yasayla değiştirilen 536. maddenin üçüncü fıkrasını incelemede yarar ve gerek vardır. Sözü edilen 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Yasanın 17. maddesiyle değiştirilen Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir :

«Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemler derneklerin veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı vücuda getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri sebebiyle kapatılan dernek veya diğer kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle

veya mensup olmasalar bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapıldığı takdirde sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.»

27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun» un 1. maddesinde «9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile değişiklikleri, aşağıdaki maddelerde belirtilen istisnalar saklı kalmak üzere, yeni bir Anayasa kabul edilip yürürlüğe girinceye kadar yürürlüktedir» denildikten sonra, üçüncü madesinde de «Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların Anayasa'ya aykırıldığı iddiası ileri sürülemez» hükmü öngörülmektedir.

334 sayılı Anayasa'nın yürürlükte olan hükümlerine göre, Anayasa'ya aykırılık iddiası iki yolla ileri sürülebilir. Bunlardan birincisi Anayasa'nın 149. maddesinin düzenlediği iptal davası, ikincisi de Anayasa'nın 151. maddesinin düzenlediği itiraz yoludur. 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Yasa, Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleriyle, yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunlara karşı, tıpkı 334 sayılı Anayasa'nın Geçici 4. maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi, iptal davası ve itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yollarını kapatmasına karşın, Millî Güvenlik Konseyi'nden önce çıkarılmış yasa hükümleri üzerinde Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmasını engellemiş değildir. Bu bakımdan, eski bir yasaya karşı yapılmış bir başvuruda yerel mahkemenin değişiklikten önceki hükmü uygulama durumu sürdükçe, o hükmün Millî Güvenlik Konseyi'nce sonradan değiştirilmiş olmasının, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'dan kaynaklanan inceleme yetkisini engellemiyeceği açıktır.

Bu görüşe Muamer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu ve Kenan Terzioğlu katılmamışlardır.

2 — İşin bu aşamasında, yerel mahkemenin elindeki ceza davasında Türk Ceza Yasası'nın 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddenin üçüncü fıkrasının mı, yoksa 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Yasanın 17. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkranın mı uygulanması gerektiği araştırılmalı ve durum saptanmalıdır. Çünkü, mahkeme eski hükmü uygulama durumunda ise, Anayasa Mahkemesi'nin, bu hükmü Anayasaya uygunluk denetiminden

geçirmesi, şayet hüküm uygulanacaksa, başvuruyu 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Yasanın 3. maddesi uyarınca yerel mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddetmesi gerekmektedir.

Ceza Hukukunun temel ilkelerinden olan ve aynı zamanda Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesinde «Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehine olan kanun tatbik ve infaz olunur.» biçiminde yer alan hükme göre eski ya da yeni hükümden hangisinin sanık yararına olduğu incelenip saptanmalıdır.

Her iki metnin karşılaştırılması sonucunda, ceza miktarında bir değişiklik yapılmamış olmakla birlikte, yeni metnin taşıdığı öğeler yönünden sanık aleyhine olduğu başka açıklamayı gerektirmiyecek biçimde belirgin bulunduğundan, Anayasaya uygunluk denetiminin 2248 sayılı Yasa ile getirilen metin üzerinde sürdürülmesine karar verilmelidir.

Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu ve Kenan Terzioğlu bu görüşe katılmamışlardır.

B — Türk Ceza Yasası'nın 2248 sayılı Yasa ile değişik 536. maddenin üçüncü fıkrasının Anayasaya aykırılığı sorununa gelince :

Mahkeme, cezanın eylemi değil kişiyi hedef aldığını, dernekle ilgisi olmayan bir eylemden dolayı sırf dernek üyesi olması nedeniyle bir kişiye verilen cezanın artırılmasının temel hakların ihlali olduğunu öteki gerekçelerle birlikte öne sürmekte ve bu durumun Anayasa'nın 12., 20. ve 32. maddelerine aykırılığı oluşturduğunu iddia etmektedir.

1 — Yasa Koyucu, dernek ya da benzer nitelikte örgütlenmeler suretiyle toplumsal suçların daha kolaylıkla işlenebildiğini ya da suç işleyenlerin gerek kendilerinin gerek suç eşya ve vasıtalarının buralarda gizlenmesini gözönüne alarak bu gibi kuruluş mensuplarına verilecek cezaların etkinliğini sağlamak için bu durumu kanuni şiddet sebebi saymıştır. Hemen açıklamak gerekir ki, Yasa Koyucunun, mahkemenin öne sürdüğü gibi, bir kimseyi salt bir dernek ya da benzeri kuruluşun üyesi olması nedeniyle bu durumu şiddet sebebi saydığı ve hükmü bu amaçla düzenlediği düşünülemez. Sanığın, mensup olduğu kuruluşla işlediği fiil arasında bir ilişki bulunması, hiç olmazsa o eylemin o kuruluşun paralelinde bulunan öteki kuruluşlar

yararına yapılmış olduğunun kanıtlanması gerekir. Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesi de, suç konusu afiş muhtevası ile sanığın bağlı olduğu dernek arasında hiçbir bağ olmadığı halde, cezanın, söz konusu fıkra ile artırılmış olmasını kanuna aykırı bulmuş ve hükmü bozmuştur. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi 9/11/1980 günlü, 1980/4171 - 4258 sayılı karar).

Bu tür düzenlemenin Anayasa'nın 12. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesini bozduğundan söz edilemez. Anayasa Mahkemesi'nce başka itirazlar nedeniyle verilen 29/4/1980 günlü, Esas: 1979/37, Karar: 1980/26, 4/12/1980 günlü, 1980/43-64 ve aynı gün, 1980/58-66 sayılı kararlarda açıklanan gerekçelerin burada yinelenmesine gerek görülmemiştir.

Mahkeme Anayasaya aykırılık konusunda Anayasa'nın 20. ve 32. maddelerini de öne sürdüğünden konuya kısaca değinmekte yarar görülmüştür.

Kişilerin, düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir. Anayasa'nın 11. maddesi, hakların kötüye kullanılmasına izin vermediği gibi buna aykırı davranışlara ilişkin ceza yaptırımlarının kanunda gösterileceğini belirtmektedir. Yasanın 536. maddesinde yasaklanan eylemi, düşüncenin yasaklandığı biçiminde göstermeye olanak yoktur.

Anayasa'nın 32. maddesi ise kanuni yargı yolunu düzenlemektedir. Konunun bu hükümle ilişkin bir yönü görülememiştir.

Özet olarak itiraz konusu üçüncü fıkra hükmünün Anayasa'nın 12., 20. ve 32. maddelerine ya da başka hükümlerine aykırı bir yönü görülemediğinden itirazın reddine karar verilmelidir.

Nihat O. Akçakayalıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden bu görüşe katılmamışlardır.

C — Türk Ceza Yasası'nın 2248 sayılı Yasa ile değişik 536. maddesinin altıncı fıkrası kuralının, aynı maddenin üçüncü fıkrası açısından Anayasaya aykırılığı sorunu :

Anılan fıkra kuralı, belirtilen sınır içinde, daha önce aynı nitelikte bir başvuru nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce incelenmiş ve Anayasaya aykırılık savı yerinde görülmeyerek, 11/12/1980 günlü, Esas: 1980/43, Karar: 1980/64 sayılı kararla itirazın reddine karar verilmiş bulunmaktadır. Sözü geçen karar-

da yer alan ve bu itirazda da geçerliliğini koruyan gerekçelerin burada yinelenmesine gerek görülmemiştir. Aynı nedenlerle bu hükme yöneltilen itirazın da reddine karar verilmelidir.

VI — SONUÇ :

1 — Türk Ceza Yasası'nın 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasayla değiştirilen ve 3/6/1980 günlü ilk inceleme kararı ile sınırlandırılarak esasının incelenmesine karar verilen 536. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün 10/1/1981 günlü, 17216 sayılı Resmî Gazete ile yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren «Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına, Bazı Maddelerine Yeni Fıkralar Eklenmesine Dair» 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Yasayla değiştirilmiş olmasının, Anayasa Mahkemesi'nin elindeki işte, 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddenin üçüncü fıkrası ve altıncı fıkranın «üçüncü» sözcüğü hükümlerini inceleme yetkisini etkilemediğine, Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu ve Kenan Terzioğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

2 — Anayasa'ya uygunluk denetiminin, görülmekte olan davada uygulanma durumunda bulunan 2248 sayılı Yasanın metinleri üzerinde yapılmasına Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu ve Kenan Terzioğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

3 — Söz konusu bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

3/2/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Muammer Yazar	Ahmet Zeyneloğlu	Hakkı Müderrisoğlu
Üye	Üye	Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
Kenan Terzioğlu	Orhan Onar	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
İhsan N. Tanyıldız	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

Sanıkların yazı yazdıkları yer Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan yerlerdendir. Davada belli derneklerin üyesi oldukları halde evlerin duvarlarına ideolojik nitelikte yazı yazmaktan açılmış ve haklarında Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin üçüncü ve altıncı fıkralarının uygulanması istenmiştir.

Üçüncü fıkra aynen şöyledir. «Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemlerin derneklerin veya benzeri kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle yapıldığı sabit olduğu takdirde suçu işleyen veya suça bu suretle katılan dernek ve kuruluş mensuplarına sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.» Görülüyor ki bu fıkra sanığın kimliğini belirlemekte eylemi belirtmemektedir. Eylem maddenin 1. ve 2. fıkralarında belirtilmektedir. Sanıklara yüklenen eylem ise 2. fıkranın kapsamına girmektedir. Bu nedenle 3. fıkranın yalnız başına uygulanma olanağı yoktur. Yollama yaptığı fıkralardan sanıkların eylemlerini belirten 2. fıkra ile birlikte incelenmesi ve bu itibarlada sınırlamanın Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin 3. fıkrasının 2. fıkra ile 6. fıkrasının «üçüncü» sözcüğünün yine 2. fıkra açısından yapılması düşüncesiyle ilk inceleme kararındaki çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Ahmet Salih Çebi

KARŞIOY YAZISI

Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin iptali istenen hükümleri 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte yeniden yasama işlemine tabi tutulmuş, eski hükümler aynen kabul edilmekle beraber önce madde metninde bulunmayan eylemler bu sefer metne dahil edilmiştir. Eski hükümler Anayasaya aykırı olsa bile yeni metne aynen dahil edilerek kanun olma niteliği korunmuş olduğundan 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanunun 3. ve 6 ncı maddeleri gereğince Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez, sürülse de Anayasa Mahkemesi'nce inceleme yapılamaz. Bu nedenle çoğunlukla verilen «536. maddenin üçüncü fıkrası hükmünün ... 2370 sayılı Yasa ile değiştirilmiş olmasının, Anayasa Mahkemesi'nin

elindeki işte, 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddenin üçüncü fıkrası ve altıncı fıkrasının (üçüncü) sözcüğü hükümlerini inceleme yetkisini etkilemediğine» biçimindeki karara karşıyım.

Üye
Muammer Yazar

KARŞIOY YAZISI

Türk Ceza Kanunu'nun 536. maddesinin iptali istenen hükümleri 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Değişiklikle eski metin aynen muhafaza edilmiş ayrıca bazı kısımlarda ilave edilmiştir. Bu durumda 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanunun 3 ve 6 ncı maddeleri uyarınca, Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez ve Anayasa Mahkemesi'nce incelemeye tabi tutulamaz bu nedenle «Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisini etkilemediğine» biçimindeki karara karşıyım.

Üye
Ahmet Zeyneloğlu

KARŞIOY YAZISI

A) Verilen cezanın «tecil edilemiyeceği» ve «647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4. maddesinde belirtilen ceza ve tedbirlerin uygulanamıyacağı» yolundaki hükümler kapsamlarına aldıkları kurallar ile bir «bütünlük ve teklik» taşırlar ve bu nedenle de bölünemezler.

İlk inceleme evresinde oluşturulan «sınırlama» kararına bu nedenle karşıyım.

B) İptali istenen hükümde, eylemi yüze çıkan kişinin bir «dernek üyesi» oluşunun cezayı arttırıcı neden sayılması, dernek kurma ve kurulu derneklere üye olma hakkını tanıyan Anayasa'nın 29 maddesinin açık hükmü ile bunu destekleyen temel ilkelerine aykırı ve kararın esasında ayrılışımın nedeni de budur.

SONUÇ : Çoğunluk kararına katılmayışım bundandır.

Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu

KARŞIOY YAZISI

I — Türk Ceza Yasası'nın, 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasa ile değişik 536. maddesinin üçüncü fıkrası «Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemlerin derneklerin veya benzeri kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle yapıldığı sabit olduğu takdirde suçu işleyen veya suça bu suretle katılan dernek ve kuruluş mensuplarına sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki, hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.» hükmünü içermekte idi. Bu hüküm, Milli Güvenlik Konseyi'nce kabul edilip, 10/1/1981 günlü, 17216 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7/1/1981 günlü, 2370 sayılı Yasa ile şu biçimde değiştirilmiştir: «Yukarıdaki fıkralarda gösterilen eylemler derneklerin veya benzeri kuruluşların veya kanun dışı vücuda getirilen veya kanuna aykırı faaliyetleri sebebiyle kapatılan dernek veya diğer kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle veya mensup olmasalar bile bu kuruluşların adına veya adları kullanılarak yapıldığı takdirde sözü edilen fıkralardaki cezalar iki katı olarak hükmedilir. Şu kadar ki hafif hapis cezası iki yılı aşamaz.»

Yapılan bu değişiklikle 536. maddenin üçüncü fıkrası, suç öğeleriyle sınır ve oranına dokunulmadan sadece yeni fıkranın içerisine alınmış; böylece, fıkra kapsamı biraz daha genişletilmiş olmaktadır.

İtirazcı mahkemenin başvurusu ve olay, kararın ilk bölümünde yer aldığı için burada yinelenmesine gerek görülmemiştir.

Değinilen değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasının incelenmesine karar vermesinden sonra yapılmıştır. Bu evrede, konusu kalmayan itirazın incelenmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Anayasa Mahkemesi, yasa değişikliklerinde, ilgili hükmün değişmiş olmasını gözönünde tutarak bu yöntemi benimsemiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararı: 27/11/1979 günlü, 1978/74 - 1979/43 sayılı, Resmî Gazete: 21/2/1980, Sayı: 16907).

Burada, hatıra şu soru gelebilir: Hukuk ve ceza işlerinde aynı yöntem uygulanabilir mi?

Hukuk ve ceza hükümlerinin farklılığından, doğuracağı sonuçların aynı olmadığından söz edilebilir. Ancak, konumuz bakımından böyle bir ayrım gerekmez. Çünkü, Türk Ceza Yasa-

sı'nın 2. maddesi ceza hükümlerinin bir yasanın yürürlüğe girmesinden önce ve sonra işlenen suçlara nasıl uygulanacağı hususunda temel ilkeyi koymuştur. Uygulama biçiminin denetimi de üst mahkeme olan Yargıtay'a aittir. Demek oluyor ki, burada hukuk ve ceza ile ilgili yasa hükümlerinin Anayasaya uygunluk denetiminde bir ayrım söz konusu olamaz.

Anayasanın 151., 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Yasanın 27. maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvuran mahkemenin elinde bakmakla görevli olduğu bir davanın bulunması, iptali istenilen hükmün o davada uygulanacak hüküm olması gerekir. 536. maddenin değişik üçüncü fıkrası, itirazcı mahkemenin davaya bakma yetkisini (görevini) ortadan kaldırmadığı için uygulanacak hüküm olduğu açıktır. Bu bakımdan bir görev sorunu da bulunmamaktadır.

II — Birinci bölümde belirtilen husustan başka gözönünde tutulması zorunlu şu konu üzerinde de durulmalıdır :

Millî Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun» un 3. maddesinde «Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ileri sürülemez.» hükmü yer almıştır. Ayrıca, aynı Yasanın 6. maddesinde de «Millî Güvenlik Konseyi'nin bildiri ve kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konseyce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak ve yürürlükteki kanunlara uymayanları da kanun değişikliği olarak yayımlandıkları tarihte ve metinlerinde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girer.» denilmiştir.

Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin üçüncü fıkrasının, Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilip yürürlüğe girmiş bulunan 2370 sayılı «Kanun»la değişmesi ve eski üçüncü fıkranın yeni metin kapsamına alınması karşısında, artık Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de Anayasaya aykırılık savının incelenmesi gerekmez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle çoğunluğun, eski hükmü Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulmasına ilişkin görüşüne karşıyız.

Üye	Üye	Üye
Nahit Saçıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu	Kenan Terzioğlu

KARŞIOY YAZISI

1 — Cumhuriyet Savcısı, sanıklar hakkında açtığı kamu davasını Türk Ceza Yasası'nın 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddesinin 3-6. fıkralarına dayandırmış olmakla birlikte, dava konusu eylem, bu maddenin ilk fıkrasında gösterilen suçun nesnel öğelerine uygun düşmektedir. Ne var ki, anılan fıkra, yetkili makamlarca ayrılan yerlere, izin almaksızın ya da verilen izne aykırı biçimde yazı yazmayı ya da bu fıkrada sözü edilen benzeri öteki suçları yaptırıma bağlamış bulunmaktadır. Birinin «Töb - Der», öbürünün hem «İGD» hem de «Halkevi» üyesi oldukları belirtilen sanıkların, olay günü, Bartın'da, Kemerköprü Mahallesi, Yukarı Sokak'taki evlerin duvarlarına ideolojik nitelikte yazı yazarken yakalandıkları ileri sürüldüğüne, nesnel öğeleri birinci fıkraya uyan bu eylemin, birinci fıkrada belirlenen yerlerde işlendiği yolunda bir açıklamaya İddianame'de yer verilmediğine göre, suçun, yetkili makamlarca ayrılmış yerler dışında işlenmiş bulunduğunu ve bundan dolayı da ikinci fıkra kapsamına girdiğini kabul etmek gerekmektedir.

Bu nedenlerle, bakılmakta olan davada, Türk Ceza Yasası' nın değişik 536. madesinin birinci fıkrası, suçun nesnel öğelerini saptamak açısından, ikinci fıkrası ise, suçun işlendiği yer bakımından uygulama alanına girmektedir.

29/8/1979 günlü İddianame'de, her ne kadar 536. maddenin 3-6. fıkraları gereğince cezalandırma isteminde bulunulmuş ise de, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların, ilk iki fıkradaki suçlara ilişkin cezaların ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenleri ile artırma ve indirme oranlarını ve 647 sayılı Yasanın 4. ve 6. maddelerinin uygulanmasını engelleyen durumları belirlediği, bu fıkraların uygulanması ise birinci ya da ikinci fıkranın uygulanması koşuluna bağlı bulunduğu, birinci ya da ikinci fıkraya göre cezalandırmaya gidilmezse üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların uygulanmasından da söz edilemeyeceği açıktır. Ceza Yargılamaları Yöntemi Yasası'nın 258. maddesi gereğince «ek savunma» hakkı verilmesi zorunluluğu da, bu Yasanın öngördüğü durumlarda, yalnızca cezalandırmanın önkoşulunu oluşturmaktadır. Bakılmakta olan bir davada uygulanacak yasa hükümlerinin Anayasaya uygunluk denetiminde ise bu zorunluluktan söz edilemeyeceğinden, bu durumlar karşısında, itiraz yoluna başvuran mahkemenin duruşma

sonunda açıkladığı kısa kararın içeriği esas alınarak; Türk Ceza Yasası'nın değişik 536. madesinin birinci ve ikinci fıkralarına da bakılmakta olan davada uygulanacak hükümler arasında yer verilmesi ve üçüncü fıkra yanında bu fıkraların da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi gerekmektedir.

Gerçekten, sanıkların avukatı, Türk Ceza Yasası'nın değişik 536. maddesinin tümüyle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Yerel mahkeme ise, duruşma sonunda verdiği kısa kararda, bu savın ciddî olduğu kanısına varıldığını açıklıyarak, itirazı, anılan maddenin tümüne yöneltmiş bulunmaktadır. Duruşma sonunda açıklanan bu karar, ara kararı niteliğinde olmakla birlikte, olduğu gibi yerine getirilmesi gereken kararlardandır. Çünkü, Anayasaya aykırılık savında bulunan taraf, bu kararla, öne sürdüğü savın Anayasa Mahkemesi'nde görüşülüp, değerlendirilmesi ve karara bağlanması olanağını elde etmiştir. Daha sonra yazılan gerekçeli başvuru kararında, sonuç olarak, Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasaya aykırı olduğundan söz eden itirazcı mahkeme, önceki kısa kararından doğan bir olanağı, bu karardan kaynaklanan bir hakkı böylece ortadan kaldırmış olmaktadır.

2 — İşin esasına ilişkin incelemenin Türk Ceza Yasası'nın değişik 536. maddesinin altıncı fıkrası yönünden sınırlandırılmasında, bu fıkranın kapsam ve niteliği büyük ölçüde önem taşımaktadır.

Anılan maddenin altıncı fıkrası hükmünün, aynı maddenin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre ceza belirlendikten sonra uygulama alanına girdiğinde kuşku yoktur. Böyle olunca, sınırlama yapılırken, altıncı fıkra hükmünün, bakılmakta olan davada, 536. maddenin birinciden dördüncüye kadarki fıkralarından hangisine göre verilecek ceza yönünden uygulanabileceğinin saptanması zorunlu bulunmaktadır.

Her ne kadar maddenin birinci fıkrası, daha sonraki fıkralarda yer alan suçların nesnel öğelerini de içermekte ise de, olayda, sanıklara verilebilecek ceza doğrudan doğruya ikinci ve üçüncü fıkralarda gösterilen cezalardan oluşacağı için, altıncı fıkra yönünden yapılacak incelemenin, yalnız «üçüncü» sözcüğü ile değil, «birinci» sözcüğü kapsam dışında bırakılarak, koşulları gerçekleştiğinde ceza tayinine esas alınacak olan «ikin-

ci» ve «üçüncü» sözcükleriyle sınırlı tutulmasında zorunluluk vardır.

Anayasa'nın değişik 151. ve 44 sayılı Yasanın 27. maddelerinden kaynaklanmış bulunan bu görüşlerle, «ilk inceleme» sonunda verilen karara katılmıyoruz.

Üye	Üye
Necdet Darıcıoğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek itiraz konusu edilen Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesi üçüncü fıkrasının Anayasal denetimi yapılırken önce fıkranın anlamına ve kapsamına bakmak gerekir. Söz konusu fıkradan, dernek veya benzeri kuruluş üyelerinin, dernekçe düzenlenen veya planlanan veya desteklenen örgütsel etkinlik içinde veya örgütsel etkinliğe bağlantılı olarak 536. maddeye göre suç oluşturan eylemleri nedeniyle verilecek cezalarını ağırlaştırdığı ve kapsamının bununla sınırlı olduğu sonucu çıkartılabilirse, bu durumun Anayasaya aykırı bir yönü olduğu düşünülemez. Çünkü, suç sayılan bir eylemin, bir örgüt içinde topluca veya bir örgütün yardımıyla işlenmesi etkinliğini ve topluma vereceği zararı arttırır. Bu durumda verilecek cezanın daha ağır olması yerindedir. Ancak, fıkrada, maddede belirtilen «...eylemlerin derneklerin veya benzeri kuruluşların mensupları tarafından veya onların iştirakiyle yapıldığı sabit olduğu takdirde...» denmekle, cezanın arttırılması için dernek üyesi olmak yeterli bir neden sayılmıştır. Fıkra, herhangi bir yoruma yer vermeyecek kadar açıktır. Bu fıkraya göre suçu işleyen veya suça katılan kişinin bir dernek üyesi olması ceza artırımı için yeterlidir. Bu durumda bir dernek üyesi (tamamen sosyal amaçlı dernek üyeleri dahil) maddede belirtilen suçu işlerse cezası başkaca bir koşul aranmadan sadece dernek üyesi olması nedeniyle bu fıkraya göre arttırılacaktır. Aynı anda, biri bir dernek üyesi olan, ötekinin bir dernekle ilgili bulunmayan iki kişiyle birbirleriyle ilgisi bulunmamakla beraber aynı nitelikteki iki eylem nedeniyle sanık bulunsalar, dernek üyesinin cezası ötekinin iki katı olabilecektir. Bu durumda, sonuç olarak, Anayasal ve yasal güvence altında bulunan bir derneğin «üyesi olmak» cezalandırılmaktadır. Dernekler arasında ayırım da yapılamaz. Kapatılmadıkları sürece tüm derneklerin Anayasal ve yasal güvence altında oldukları ve kural olarak tüzüklerinin de

yasalara uygun bulunduğu kabul edilir. Yasa önünde A derneği üyesi olmakla, B derneği üyesi olmak arasında bir ayrılık bulunmaması gerekir. Dernek üyesi bir sanığın, T.C. Yasası'nın 536. maddesine göre suç oluşturan eyleminin, derneğin tüzüğünde belirtilen amaçları doğrultusunda olması durumunda da, dernek üyelerinin yasa dışı yöntemlere başvurmadan dernek amaçları doğrultusunda hareket etmelerinin doğal olması karşısında, salt bu nedenle cezanın arttırılması gerekmez. Bir dernek üyesinin dernekle, ilişkisi olmayan, Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesi kapsamına giren bir suçu işlemesi halinde, bu suçla ilgisi bulunmayan başka bir dernek üyesini veya derneği cezalandırmak cezanın kişiselliği ilkesiyle ne denli uyuşmazsa, bir dernek üyesinin cezasının, salt dernek üyesi olması nedeniyle arttırılması da o denli hakkaniyete aykırı düşer ve bu durum Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle Türk Ceza Yasası'nın 536. maddesinin üçüncü fıkrasının ve «üçüncü» sözcüğüyle sınırlı altıncı fıkrasının Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği oyu ile verilen karara karşıyım.

Üye
Yılmaz Aliefendioğlu

KARŞIOY YAZISI

Türk Ceza Yasası'nın 2248 sayılı Yasa ile değişik 536. maddesinin üçüncü fıkrası, sözü edilen maddenin ilk iki fıkrasındaki eylemlerin yaptırımlarını belirlemektedir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında eylemin işlendiği yerler, izin durumu ve izin vermeye yetkili kuruluşlar, suçun işlendiği araçlar ve işleme biçimleri gösterilmiş, üçüncü fıkrada ise suçu işleyenlere ilişkin özellik yer almıştır. Dördüncü fıkra, küçüklere ve ceza yeterliği olmayanları suça itenlere verilecek cezanın artırılmasını, beşinci fıkra «eylemler siyasal veya ideolojik olmayan amaçlarla işlenir ve içeriği bakımından başka bir suçu oluşturmazsa» yapılacak indirimi öngörmekte, altıncı fıkra ise ilk dört fıkraya göre verilecek cezaların ertelenmiyeceğini, ceza yerine 647 sayılı Yasa'da öngörülen önlemlerin uygulanamıyacağını açıklamaktadır. Beşinci fıkra kapsamındaki suçlar için altıncı fıkranın uygulanması sözkonusu olmamaktadır. Daha açık bir anlatımla, beşinci fıkra kapsamına giren suçlar için erteleme yolu açıktır. Sekizinci fıkra ise «görenek ve geleneklere göre asıla-

cak kâğıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini» 536. madde dışında saymıştır. Bunlar için 536. maddenin uygulanması olanaksızdır.

Bu durumlar karşısında, 536. maddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamına giren bir eylemin :

1. Derneklerin ya da,

2. Dernek benzeri kuruluşların üyeleri, bağlıları, ilgililerince ya da,

3. Bunların katılmasıyla (hiçbir kuruluşla ilgisi olmayan kimse - kimseler tarafından) yapıldığı saptandığında suçu işleyen kuruluşla ilgisi olmayan kimseye, dernek ya da benzeri kuruluşlarla bağıntısı olan suça katılana ve doğrudan suç işleyen dernek ya da benzeri kuruluşla bağıntılı kimseye verilecek ceza (hafif hapis, iki yılı aşmamak koşuluyla), birinci ve ikinci fıkralardaki cezaların iki katı olacaktır. Artırımı öngören bu üçüncü fıkra, dernek ya da benzeri kuruluşların ilgilileriyle böyle kimselerin suçuna katılan, ilgili olmayan kimselerin cezalarının ağırlaştırıldığını bildirmektedir. Buradaki ölçü «dernek ya da benzeri kuruluşun mensubu olmak» tır. Suçu işleyen dernek ya da benzeri kuruluş ilgilisiyle ceza iki kat olacak, suçu işleyen dernek ya da benzeri kuruluş ilgilisinin suçuna katılanın cezası iki kat olacak, başkasının suçuna katılan dernek ya da ilgililerinin cezaları iki katı olacaktır. «Dernek» kavramı artırımının nedeni yapılmış gibi hukuk dışı bir görünüm ortadadır.

Türkiye'de bir dernek enflâsyonu bulunduğu, son yıllarda dernek yoluyla ya da dernek adları kötüye kullanılarak hukuk dışı girişimlerde bulunulduğu görülmüş, duyulmuş, izlenilmiş ve saptanmıştır. Ancak, dinsel, siyasal alanda sömürü aracı yapılmış olmalarına karşın dernekleşmenin uygar yaşamın kanıtlarından birisi olduğu da kuşkusuzdur. Hukuksal düzenlemelerle kötülükler, kötüye kullanmalar, kötü gidişler önlenmeli, olumlu ve yapıcı yönde güçlenmeye katkıda bulunulmalıdır. Yaptırımları ağırlaştırmak ya da başka çözümler, özgürlüğe dokunmadan kötülükleri ortadan kaldırabilir. Anarşiyi ortadan kaldırmak, özgürlüğü temelde kısıtlayıp sınırlamayı gerektirmez. Bu yol, anarşiyi kaldırmaktan çok özgürlüğü kaldırmaya yönelir. Yasa koyucunun amacının hukuka uygun biçimlerle geçerlik kazanması gerekir. Yasa koyucunun özgörüsü Anayasa kurallarına aykırı düşmedikçe hukuksaldır. Aykırılık, Anayasa Mahke-

vasının duruşması sırasında, sanıklarca, 5617 sayılı Yasanın 13. ve 18. maddelerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Bu savı ciddi bulan mahkeme, itiraza konu edilen hükümlerin iptalleri için Anayasa'nın değişik 151. maddesine dayanarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtirazın dayandırıldığı gerekçeler şöylece özetlenebilir :

a) 5617 sayılı Yasanın 13. maddesi açısından :

Bu maddede, büyükbaş hayvan hırsızlığı suçuna Türk Ceza Yasası'nın öngördüğü cezaların üç katına hükmolunacağı buyrulmaktadır. Mala karşı işlenen suçlarda cezanın artırılması ya da indirilmesi Türk Ceza Yasası'nın 522. maddesine göre yapıldığı halde, büyükbaş hayvan hırsızlıklarında iptali istenen yasayla cezada artırım yapılması, mala karşı işlenen bu gibi suçlar arasında, hiçbir haklı dayanak yokken, özel bir yasa ile cezanın ağırlaştırılması, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesini getiren Anayasa'nın 12. maddesine aykırıdır.

Bundan başka, suç ile ceza arasında açık bir oransızlık içeren sözü edilen 13. madde, Anayasa'nın Başlangıcına ve demokratik hukuk devleti anlayışını benimseyen 2. maddesine de aykırıdır. Suç ile cezanın uyumlu olması, hukukun genel ilkelerinden biridir. Hukukun ana ilkeleriyle bağdaşmayan yasalar, toplum vicdanını olumsuz yönde etkiler ve hukukun yüceliğini simgeleyemez.

b) Aynı yasanın 18. maddesi açısından :

Kanunlar Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girerler. Oysa itiraz konusu 18. maddede, kanunun yürürlük koşulu olarak 1322 sayılı Yasanın 11. maddesinin uygulanması öngörülmüştür. Böylece ilân yapılan yerlerde ağır, ilân yapılmayan yerlerde hafif cezalar uygulamak suretiyle, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesini getiren 12. maddesine aykırılık oluşmaktadır.

III — METİNLER :

1 — Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen 22/3/1950 günlü, 5617

sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun'un 13. ve 18. maddeleri şöyledir :

«Madde 13 — Büyükbaş hayvanları çalanlar, bu suçlara iştirak edenler veya bu suçun irtikâbına iştirak etmeksizin çalınan bu gibi hayvanları bilerek kabul edenler, saklıyanlar, satın alanlar veya her ne suretle olursa olsun kabul etmek, saklamak veya satmak hususlarında tavassut eyleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu'na göre tayin edilecek cezalar üç kat olarak hükmolunur.

Büyükbaş hayvan hırsızlığı failleri hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 522 nci maddesi hükümleri uygulanmaz. Gerektiği takdirde bu kabil hükümlülerin cezalarının başka bir mahal cezaevinde çektirilmesine de hükmolunabilir.»

«Madde 18 — Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve ilânı hususunda 1322 sayılı Kanunun 11 inci maddesi uygulanır.»

2 — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Başlangıç

Tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olan;

Anayasa ve Hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimi'ni yapan Türk Milleti;

Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, millî şuur ve ülküler etrafında toplıyan ve milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak Millî birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak ve;

(Yurtta Sulh, Cihanda Sulh) ilkesinin, Millî Mücadele ruhunun, millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahib olarak;

İnsan hak ve hürriyetlerini, Millî dayanışmayı, sosyal adâleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için;

Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasa'yı kabûl ve ilân ve Onu, asıl teminatın vatandaşla-

rın gönüllerinde ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adâlete ve fazilete âşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet eder.»

«Madde 2 — Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.»

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Ahmet Salih Çebi, Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Hakkı Müderrisoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyle 29/1/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığına ve işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, başvurma kararı ve ekleri, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen yasa hükümleri ve dayanak olarak gösterilen Anayasa kuralları, bunlarla ilgili yasama belgeleri ve konu ile ilişkili öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

A — İtirazcı mahkeme, mala karşı işlenen suçlar arasında hiç bir haklı dayanak olmaksızın ayrım yapılmasını ve özel bir yasa ile cezanın ağırlaştırılmasını Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulmakta ve suçla ceza arasındaki oransızlığın Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. maddesine aykırılığı oluşturduğunu öne sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında, söz gelimi 2/11/1965 günlü, 1965/30-58 sayılı kararda değinildiği gibi (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı : 3, Sayfa : 279) büyük-

baş hayvan hırsızlığının, ülkenin güvenliğine ve ekonomik yapısına ters etkiler yapması nedeniyle bu tür suçların önlenebilmesi için, kimi önlemlerin alınması ve yaptırımların etkinleştirilmesi zorunluğu duyulmuştur. 6 Nisan 1329 günlü Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Muvakkat Kanun bunun ilk örneğini oluşturmaktadır. Sözü edilen bu önlemin yetersiz kalması karşısında da ceza yaptırımlarının daha etkili duruma getirilmesi düşünülmüş, böylece 5617 sayılı Yasa kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Öteki etkenler gözönüne alınmasa bile bu gün dünyanın içine düştüğü ekonomik bunalım, ülkemizi daha yakından etkilemiş, protein açısından büyük bir potansiyeli oluşturan memleketimizdeki büyükbaş hayvan varlığının, yalnızca kişisel biçimde işlenen suçlar açısından değil, bunun yanında ve daha önemlisi büyükbaş hayvanların kimi komşu ülkelere topluca kaçırılmak suretiyle işlenen hayvan hırsızlığı suçlarını ve bunların önlenmesi çarelerini ön plâna çıkarmıştır.

Ülkenin topyekûn varlığını ilgilendiren bu kadar önemli konularda, 1950 yıllarında alınan yasal önlemlerin güncelliğini koruduğu hatta bu günlerde daha da büyük önem taşıdığı bilinen bir gerçektir. Ülkemizde nüfusun hızla artmasına karşın, besin kaynaklarının o ölçüde bir artma gösterememesi, hayvan varlıkları yönünden tam tersine bir azalma olgusunun görülmesi, alınan yasal önlem ve yaptırımların günümüzde dahi haklı nedene dayandığını kabul etmek için yeterlidir.

Bu nedenlerle, eylemle suç arasında oransızlık olduğu, eşitlik ilkesinin bozulduğu ve Anayasa'nın Başlangıç ve 2. maddesine aykırılığın oluştuğu yolunda itirazcı mahkemece öne sürülen savlar yerinde görülmemiştir.

B — İtiraz yoluna başvuran mahkeme, sözü edilen yasanın 18. maddesinin de Anayasa'ya aykırılığını öne sürmekte ve ilân yapılan yerlerle ilân yapılmayan yerlerde yasanın değişik biçimde uygulanması nedeniyle eşitsizliğin doğacağını, bunun da Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olacağını ileri sürmektedir.

İtiraz konusu 18. madde, mahkemelerce, Anayasa'ya aykırılık savıyla değişik tarihlerde Anayasa Mahkemesi'ne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının incelenmesinde, Anayasa'ya aykırılık savlarına ilişkin görüşmelerde iki önemli nokta üzerinde durulduğu ve konuya bu açılardan yaklaşıldığı görülmektedir.

Kural olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, gerek iptal davası gerek itiraz yolu ile önüne getirilerek iptali istenen yasa hükümlerini, kendi hukuksal görüşü ve anlayışı açısından incelemesi ve o hükmü anlam içinde Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirmesi gerekir. Bu yöne, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında değinilmiştir. Yasa kuralının, kararlarda yer alan bu görüşler açısından Anayasa'ya aykırı bir yönü olup olmadığının ayrı ayrı araştırılıp incelenmesinde yarar görülmüştür.

1 — Anayasa Mahkemesi'ndeki kararlara konu olan görüşlerden birincisi şöyle özetlenebilir :

23 Mayıs 1928 günlü, 1322 sayılı Yasanın «Resmî Gazete ile neşri mecburî mevat, kanunların ve nizamnamelerin meriyet tarihi» başlıklı birinci kısmında (Madde 3) kanun ve tüzükler için öngörülen yürürlük koşulu, kural olarak, yalnızca Resmî Gazete'de yayımlama zorunluğunun yerine getirilmesinden ibarettir. Bu kanunun 3. ve 4. maddeleri hükümlerine göre, kanunlar ve tüzükler, metinlerinde, başka bir hüküm bulunmadıkça, Resmî Gazete ile yayımı izleyen günden hesap edilmek üzere 45. günün bitiminden başlayarak Türkiye'nin her yerinde aynı zamanda yürürlüğe girer. Resmî Gazete'nin bir sayısına sığmayan uzun kanun ve tüzüklerin yayımının en çok beş sayıda bitirilmesi zorunludur ve yürürlüğün hesabında son yayım gününe itibar olunur.

Cezaya, vergiye, askerliğe ve halkı ilgilendiren öteki konulara ilişkin yasa ve tüzüklerin ve benzerlerinin derhal kentlerde ve kasabalarda alışılmış yollarla ve belediyelerce; köylerde muhtarlar aracılığı ile duyurulmasını ve durumun bir tutanak düzenlenmesi yoluyla saptanmasını öngören sözü edilen yasanın 11. maddesi hükmüne de, yasanın «Kanun ve nizamnamelerin tab'ı ve tevzileri» başlıklı ikinci kısmında yer verilmiştir. Yasanın, bu düzenleme biçimiyle sözü edilen hükmü bir yürürlük koşulu saymadığı, kimi önemli konularda yalnızca halkın uyarılması ereğini güttüğü açıkça ortadadır. Bir yasanın ne zaman yürürlüğe girdiğini anlamak için o yasanın yürürlük maddesine bakmak gerekir. 5617 sayılı Yasanın 18. maddesine bakıldığında «bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer» hükmünün yer aldığı görülür. Sözkonusu maddedeki 1322 sayılı Yasanın 11. maddesinin uygulanacağını belirleyen hükmün ise yürürlük koşulu olma niteliği ile uzaktan ve yakından bir ilişkisi bulunduğu düşünülemez.

2 — Buna karşı olan görüş de şöylece özetlenebilir :

Anayasa'nın 132. maddesinde yer alan «Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler...» biçimindeki ilke karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin de, bu Anayasa'ya bağlı olarak çalışmak durumunda olan öteki mahkemelerin verdikleri kararlarda benimsedikleri yasal ya da hukuksal yorumlara yabancı kalması düşünülemez. Çünkü sözü edilen maddedeki (Hukuk) sözcüğünün kapsamına mahkemelerin verdiği kararlarda sürekli olarak benimsenen yorumlar da girer. Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay ilgili ceza daireleri, büyükbaş hayvan hırsızlığına ilişkin yasa hükmünün, 1322 sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca halka duyurulmuş olmasını, o yasanın yürürlük koşulu olarak aramakta ve uygulamayı bu yorum çerçevesi içinde sürdürmektedir. Böyle olunca da sözü edilen 18. madde hükmü bu anlayış içinde Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilmelidir.

Öne sürülen ve kararlarda tartışma konusu yapılan bu görüşlere göre, 18. maddenin Anayasa'ya uygun olup olmadığı durumuna gelince :

a) Birinci görüş açısından iş ele alınırsa, yasa hükmü Resmî Gazete'de yayımlandığı anda herkes için uygulanacak bir nitelik taşıdığından, hukuksal durumları aynı olan kişiler arasında bir eşitsizlik yaratıldığı söz konusu edilemez.

b) İkinci görüş ele alındığından, yasanın özel duyurma koşulu yerine getirilen ve getirilmeyen yerlerde işlenen büyükbaş hayvan hırsızlığından sanık olan kişiler arasında bir ayrım yapılmışcasına bir görünüm ortaya çıkmakta ise de, bu görünüm, Anayasa'nın 12. maddesindeki «yasa karşısında eşitlik» ilkesini tek başına bozmaya veya ona aykırı bir durum oluşturmaya yetmez. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili bütün kararlarında açıklandığı üzere, aynı durumda olan kimseler arasında ayrım yapılması, haklı bir nedene dayanmıyorsa eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olduğundan sözedilebilir. Özel duyurma işleminin yapılmaması, yasanın uygulanmaması için haklı bir neden olduğuna göre, bu düşünüş biçimine göre inceleme konusu hükmün eşitlik ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

Kaldı ki, bu özel koşulun Anayasa'ya aykırılığını öne sürmesinde sanığın hukuksal bir yararı yoktur. Çünkü, 18. maddede sözü edilen koşulun iptali halinde kanun her yerde yürürlüğe girecek ve sanığa da 13. madde uygulanacaktır.

Özet olarak, itiraza konu edilen 22/3/1950 günlü, 5617 sayılı Yasanın 13. ve 18. maddeleri hükümlerinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmadığından itirazın reddine karar verilmelidir.

VI — SONUÇ :

22/7/1950 günlü, 5617 sayılı «Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun»un 13. ve 18. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine,

26/2/1981 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Muammer Yazar	Ahmet Zeyneloğlu	Adil Esmer
Üye	Üye	Üye
Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu
Üye	Üye	Üye
Hüseyin Karamüstantikoğlu	Orhan Onar	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
İhsan N. Tanyıldız	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

———oOo———

Esas Sayısı : 1981/5

Karar Sayısı : 1981/14

Karar Günü : 18/3/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İstanbul 10. İş Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 506 sayılı Kanuna 2167 sayılı Kanunla eklenen Ek 7. maddenin birinci fıkrasının, (B) ve (D) bentlerinin ve Ek 8. maddesinin iptali istemidir.

I — OLAY :

5284897 Sigorta Sicil numaralı olup yaşlılık aylığına hak kazanması sonucu 4/1/1979 gününde tahsis isteğinde bulunması üzerine kendisine 506 sayılı Yasaya, 2167 sayılı Yasayla eklenen Ek 7. madde uyarınca 5. derecenin 3. kademesi (gösterge : 534) üzerinden yaşlılık aylığı bağlanmış bulunan davacı 28/12/1979

günlü dava dilekçesinde; yaşlılık aylığının 506 sayılı Yasanın 61. maddesi gereğince bağlanmasını önleyen, 2167 sayılı Yasayla getirilen Ek 7. maddesinin öngördüğü yeni düzenlemenin, yani gösterge ve katsayı esasının uygulanması sonucu düşük dereceden emekli olduğunu; bu yasa uyarınca yapılan uygulamanın hem 506 sayılı Yasanın 60. maddesindeki temel ilkeleri bozucu, hem de Anayasa'nın eşitlik ve sosyal güvenlik ilkelerine aykırı bir nitelik taşıdığını ileri sürerek bu hususun tesbiti ile giderilmesini istemiştir.

Mahkemece bu iddia Anayasa'nın 2. maddesinde söz konusu edilen sosyal hukuk devleti ilkesiyle, 12. maddesinde yazılı eşitlik ilkesi yönlerinden ciddî bulunarak iptal için Anayasa'nın değişik 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtirazcı mahkemenin dayandığı gerekçe özetle şöyledir :

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2167 sayılı Kanunla eklenen 7. madde ile Ek 8. maddenin; 1975 - 1980 yılları arasında yüksek tavandan prim ödeyen davacıya daha aşağı dereceden aylık bağlanmasına neden olmak suretiyle Anayasa'nın sosyal güvenlik ilkesini belirleyen 2. maddesiyle eşitlik ilkesini saptayan 12. maddesine aykırı bulunmalarıdır.

III — METİNLER :

1 — 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na 2167 sayılı Kanun ile eklenen ve iptali istenen Ek 7. maddenin birinci fıkrasının, (B) ve (D) bentleriyle Ek 8. maddesi aynen şöyledir :

«Ek Madde 7 — İş kazaları ve meslek hastalıkları sigortaları ile, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanacak gelir ve aylıklar; bu kanuna ekli tabloda belirtilen göstergeler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik 154. maddesi uyarınca genel Bütçe Kanunu ile tesbit edilen katsayı esas alınmak suretiyle aşağıda belirtildiği şekilde ayarlanır.

B) 506 sayılı Kanunun, 55, 61 ve 67. maddelerine göre aylık bağlamaya esas ortalama yıllık kazancının 12 de biri, aylık talep veya ölüm tarihinden önceki takvim yılında geçerli katsayıya bölünür. Bulunan sayıya gösterge tablosunda, eşit veya

en yakın büyük sayı, sigortalının aylığının göstergesi olarak kabul edilir.

D) A, B ve C fıkraları ile geçici 5. maddeye göre tesbit edilen göstergeler, her yıl genel bütçe kanunu ile kabul edilen katsayı ile çarpılır. Bulunan miktar, aylık veya gelir bağlamaya esas olan hisse ve oranlar ile çarpılmak suretiyle sigortalının aylık ve geliri hesaplanır.»

«Ek Madde 8 — En düşük göstergenin katsayı ile çarpımı, İş Kanunu'na göre tesbit edilen asgarî günlük kazancın aylık tutarının gerisinde kalması halinde, en geç 2 senede bir. Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nca gösterge tablosu yeniden düzenlenir. Yeni gösterge tablosunda, asgarî günlük kazancın yıllık tutarı, son takvim yılına ait katsayıya bölünmek suretiyle bulunan neticeye eşit veya en yakın (30 a bölünebilen) bir sayı en küçük gösterge olarak tesbit edilir.

Bu yeni en düşük göstergeden hareket edilerek derece ve kademe sayıları ve göstergeler arasındaki fark değiştirilmeden, mevcut sistem aynen muhafaza edilerek, gösterge tablosu yeniden düzenlenir ve aylık ve gelir alanların yeni göstergeleri, eski derece ve kademelerine göre tayin edilir.»

2 — Dayanılan Anayasa Maddeleri :

«Madde 2 — Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.»

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca 19/3/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, önce itiraz yoluna başvuran mahkemenin başvurma yetkisi bulunup bulunmadığı sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin emsal kararlarında belirtildiği üzere Anayasa'nın değişik 151. ve 44 sayılı Kanunun 27. maddelerine göre, mahkemeler herhangi bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürler veya böyle bir iddianın ciddi olduğu kanısına varırlarsa, söz konusu kanun hükmünün Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilirler. Bu yetkinin kullanılabilmesi için herşeyden önce mahkemenin elinde bakmakta olduğu bir davanın varlığı ve Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi istenen yasa hükmünün de bu davada uygulama alanı bulunması gerekir.

Dava dilekçesinden anlaşılacağı üzere davacının İstanbul 10. İş Mahkemesi'nde açmış olduğu davada amacı, itiraz konusu yasa maddelerinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi ve bu yoldan yasama organını yeni bir yasal düzenleme yapmaya yöneltmektir. Çünkü davacı, davalı kurumdan herhangi bir istemde bulunmamakta sadece yukarıda da söylendiği gibi 2167 sayılı Yasanın Ek 7. ve 8. maddelerinin Anayasaya aykırı bulunduklarının tesbiti ile giderilmesini istemektedir. Hatta davalı kurumun yapılan işlemlerin yasalara uygun olduğu hakkındaki savunmasına verdiği cevapta kurumun kendisine yaşlılık aylığı bağlanmasına ilişkin işlemin yanlış ve eksik olduğunu ileri sürmemiş, yalnız sözü edilen yasa maddeleriyle yapılan uygulamanın dava dilekçesinde yazılı olduğu gibi, Anayasaya aykırılığının saptanmasını ve giderilmesine ilişkin isteğini yinelemiştir. Bu görünümüyle açılan dava bir tesbit davası niteliğini taşımaktadır. Tesbit davasının ilk koşulu ortada bir uyuşmazlığın bulunmasıdır. Uyuşmazlığın olabilmesi için de davacının davalıdan bir istekte bulunması, davalının da bu isteği yerine getirmekten kaçınması gerekir. Halbuki inceleme konusu olayda böyle bir istek olmadığı gibi davalının karşılık dilekçesinde görüldüğü üzere bir kaçınması da yoktur.

Dosyadaki bilgilere ve belgelere göre de, davacıya itiraz konusu ek maddelerden önceki yasa hükümleri uyarınca 5170,83 lira aylık bağlanması gerekirken sonradan eklenen bu maddelerle 6653 lira yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Böylece dava açabilmenin ikinci koşulu olan yarar öğesi de olayda bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemenin elinde Anayasa'nın 151. maddesinde belirtilen denetimin yapılabilmesi için, koşullarına uygun olarak açılmış bir dava olmadığından İstanbul 10. İş Mahkemesi Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkili değildir. Bu nedenle itirazın reddi gerekir.

Muammer Yazar ve Nahit Saçlıoğlu bu gerekçelerin bir bölüğüne katılmamışlar, ek gerekçe yazma hakkını saklı tutmuşlardır.

Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden bu görüşe katılmamışlardır.

V — SONUÇ :

17/7/1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasına 29/6/1978 günlü, 2167 sayılı Yasa ile eklenen Ek 7. maddenin birinci fıkrasının (B) ve (D) işaretli bentleri ile Ek 8. maddesi hükümlerinin Anayasaya aykırılığına ilişkin itirazın, Mahkemenin elinde görülmekte olan ve Anayasa'nın değişik 151. maddesi anlamında bir dava bulunmadığından başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

19/3/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Muammer Yazar	Ahmet Zeyneloğlu	Âdil Esmer
Üye	Üye	Üye
Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu
Üye	Üye	Üye
Hüseyin Karamüstantikoğlu	Kenan Terzioğlu	Orhan Onar
Üye	Üye	Üye
Necdet Darıcıoğlu	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Üzden

KARŞIOY YAZISI

28/12/1979 günlü dava dilekçesinde, olay ayrıntılı olarak açıklandıktan sonra «sonuç» kesiminde, çoğunlukça benimsenen «çünkü davacı, davalı kurumdan her hangi bir istemde bulunmamakta, sadece yukarıda da söylendiği gibi, 2167 sayılı Kanunun Ek 7. ve 8. maddelerinin Anayasaya aykırı bulundukların tesbiti ile giderilmesini istemektedir» biçimindeki görüş ve kabulün tam tersine «Sosyal Sigortalar Kurumu'nca tarafıma

bağlanan yaşlılık aylığının eksik ve 506 sayılı Kanunun 6. maddesi Anayasa'nın öngördüğü sosyal adaletteki eşitlik ve güvenliğe aykırı düşmesi sonucu bu hususun giderilmesi ve mevcut haksız uygulamanın tesbitine...» karar verilmesi mahkemeden istenmektedir.

Dava dilekçesinde ve özellikle sonuç kesiminde yer alan, davalı kurumca yaşlılık aylığının eksik bağlandığından bu durumun sosyal adaletteki eşitliğe ve güvenliğe aykırılığı nedeniyle giderilmesinden sözedilerek haksız uygulamanın saptanması biçimindeki istemin, gerek hukuksal gerek Anayasa'nın 151. maddesinin öngördüğü anlamda dava olduğu açıkça ortadadır. Anayasa Mahkemesi'nin örnek kararlarından söz eden çoğunluk, bu istemi dava saymamakla, hem dava kavramını açıklarken, hem de sözünü ettiği emsal kararlara ters düşmüştür.

Öteyandan 6/3/1981 günlü, 2422 sayılı Yasayla 506 sayılı Yasada değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliğe ilişkin kimi hükümler 1/3/1981 gününde yürürlüğe konulmuş, itiraza konu edilen Ek 7. ve 8. maddeler de aynı tarihte yani 1/3/1981 gününde yürürlükten kaldırılmıştır. 506 sayılı Yasaya 2422 sayılı Yasanın 18. maddesiyle eklenen ve 1/3/1981 gününde yürürlüğe giren geçici maddeler (intikal ve intibak) hükmü niteliğini taşıdığından ve aynı yasanın 20. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunan Ek 7. ve 8. maddelerin hukuksal varlık ve etkileri de sona ermiş ve böylece itirazın konusu da ortadan kalkmış bulunmaktadır.

Açıklanan bu durum karşısında, itirazcı mahkemenin elindeki işin bir dava olarak kabulü, ancak Anayasaya aykırılık savına konu edilen ek maddelerin yürürlükten kalkması ve bunların 506 sayılı Yasaya eklenen geçici maddelerin öngördüğü intikal ve intibak hükümleri nedeniyle uygulama niteliğini de yitirdikleri açık bulunduğundan konusu kalmayan itirazın reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Yukarıdan beri yapılan açıklamalar karşısında, yerel mahkemenin elinde görülmekte olan bir dava bulunmaması nedeniyle, itirazın, mahkemenin yetkisizliği yönünden reddine ilişkin çoğunluk kararına karşıyız.

Başkan	Başkanvekili
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu

Ek Gerekçe

Anayasa Mahkemesi'ne başvuran mahkemede açılan dava, iptali istenen hükümlerin Anayasaya aykırı olduğunun bilirkişi incelemesi gibi delillerle tesbiti ve iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması davasıdır. Nitekim 26/11/1980 günlü oturumda davacı vekili «biz SSK nın bize yanlış uygulama yaptığını beyan etmiyoruz.» demek suretile açtıkları davanın niteliğinin sırf bir iptal davası niteliği olduğunu açıklamış, sözü geçen mahkeme de iptali istenen yasa kurallarının Anayasaya aykırı olduğunu bilirkişi inceleme ve raporu ile saptayarak (alın iptal edin) anlamındaki gerekçe ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Böyle bir davayı ancak, Anayasa'nın 149. maddesinde yazılı makam, kurul ve kuruluşlar açabilir, başkası açamaz. Yerel mahkemenin tavsit olunması davanın niteliğini değiştirmez ve o mahkemenin bu biçimde vasıta olmaya yetkisi de yoktur. Bu nedenle de davanın reddi gerekeceği düşüncesindeyiz.

Üye
Muammer Yazar

Üye
Nahit Saçlıoğlu

KARŞIOY YAZISI

Bir olay ve sonuçlarının belirlenip değerlendirilmesi de bir «dava» konusu olur.

Her olay, oluştuğu zamanın yasalarına bakılarak değerlendirilir.

Bir özel hüküm ile öngörülmedikçe, yasaların getirdiği kurallar geriye götürülemez.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle, itirazcı mahkemenin elinde, yönetime uygun olarak açılmış bir dava vardır ve iptali istenen hüküm davada uygulanacaktır.

Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu

KARŞIOY YAZISI

Davacı, kendisine 2167 sayılı Yasayla getirilen Ek 7. ve Ek 8. maddelere göre istek tarihinden önceki yıl katsayısı esas alınarak bağlanan yaşlılık aylığının eksik ve Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı düştüğünü ileri sürerek Anayasa'ya aykırılığın

saptanmasını ve giderilmesini istemektedir. Yerel mahkeme, davacının bu savını ciddî bularak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelerin, bir yasa hükmünü Anayasaya aykırı görmeleri ya da yanlarından birinin Anayasaya aykırılık savlarını ciddî bularak yaptıkları başvuruları kendi yetkisi açısından incelerken, yerel mahkemenin elinde bakmakta olduğu bir davanın varlığını ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülen hükmün davada uygulanması gerekip gerekmediğini saptamak durumundadır. Davacının açtığı davada, amacının, Anayasaya aykırılığın saptanarak giderilmesini ve yapılan uygulamanın düzeltilmesini istemesi, ortada bir uyuşmazlığın ve gerçek anlamda bir davanın bulunmadığı anlamına gelmez. Davacı, uygulamanın, yürürlükteki yasal düzenlemeye aykırı olduğunu ileri sürmemekle birlikte, bu hükümlerin Anayasaya aykırı olduğunu söylemekle davalı kurumla aralarında, temelde Anayasa açısından bir uyuşmazlık çıkarmakta ve bu önsorunun çözümünden sonra Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürdüğü hükümlere göre yapılan uygulamadan zarar gördüğünü belirterek uyuşmazlığı sürdürmektedir. Anayasa kişilere, iptal davası açmak yetkisini vermemesine karşın, mahkemelerde kendilerine uygulanan yasal hükümlere karşı Anayasaya aykırılık savında bulunma hakkını tanımıştır. Bu tür davada, mahkeme, Anayasaya aykırılığı «tespit» etmeye değil, ciddî bulursa konuyu Anayasa Mahkemesi'ne götürmeye ve Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar davayı geri bırakmaya yetkilidir. Bu durumda yerel mahkemelerde açılan bu tür davalar «tespit davası» olarak adlandırılamaz. Anayasa Mahkemesi kararından sonra mahkeme, yürürlükteki hükümlere göre bir karar vererek uyuşmazlığı çözümleyecektir. Mahkemenin Anayasaya aykırılık savını ciddî bulması durumunda uyuşmazlık, önce yasanın Anayasaya aykırı olup olmamasında, daha sonra, uygulamanın Anayasaya uygun yasalara göre yapılıp yapılmadığı konusunda toplanmaktadır.

Anayasaya aykırılığı ileri sürülen hükmün iptali durumunda davacının eline geçecek ücretin kendisine bağlanandan daha düşük olacağı ve bu nedenle davada «hukuksal yarar» bulunmadığı görüşüne gelince: Gerçekten her davada hukukça korunan bir yararın bulunması gerekir. Ancak bu yararın bulunup bulunmadığını saptamak yerel mahkemenin yetkisindedir. Anayasa Mahkemesi'nin itiraz yoluyla başvurularda araya-

cağı koşullar Anayasa'nın 151. maddesinde belirtilmiştir. Bunlar arasında «hukuksal yarar» koşulu bulunmamaktadır. Kaldı ki, söz konusu davada, Anayasa denetiminin yapılması ve varsa Anayasaya aykırılık giderilerek en önemli hukuksal yarar sağlanmaktadır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılık itirazıyla kendisine yapılan başvuruyu «hukuksal yarar bulunmadığı» görüşüyle de incelemeksizin reddedemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle işin esasına geçilmesi oyu ile verilen karara karşıyız.

Üye	Üye
Yekta Güngör Özden	Yılmaz Aliefendioğlu

———oOo———

Esas Sayısı : 1981/6

Karar Sayısı : 1981/20

Karar Günü : 9/4/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEME : İstanbul 10. İş Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasa ile değiştirilen 854 sayılı Deniz İş Yasası'nın 20. maddesinin onüç' üncü fıkrasında «Kıdem tazminatına esas olacak 30 günlük ücret tutarının beher yıl için nazara alınacak miktarı 1475 sayılı İş Kanunu'na göre tesbit edilmiş olan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının yedibuçuk katından fazla olamaz» biçiminde yer alan hükmün, Anayasa'nın 2. ve 40. maddelerine aykırılığı öne sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I — OLAY :

İşveren D. B. Deniz Nakliyatı T.A.Ş. Genel Müdürlüğü, işçilerinden gemi adamı davacıya, 2/5/1978 gününde isteğiyle emekli olması üzerine 6. ve 7. dönem toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre ve toplam olarak 532.393,15 TL. kıdem tazminatı ödemiştir.

Davacı, kıdem tazminatının 7. dönem toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre ve beher yılın 50 günlük ücret üzerinden hesaplanıp 21 yıl 7 aylık çalışması karşılığı olan brüt 931.246 TL. ola-

rak ödenmesi gerektiğini, eksik yapılan ödemeye ilişkin hakları saklı kalmak koşulu ile şimdilik 20.000 liranın hüküm altına alınması istemiyle davalıya karşı dava açmıştır.

Davacı bu davada kıdem tazminatının noksan ödenmesine neden olan ve kıdem tazminatına tavan sınırlaması getiren yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürmüş, mahkemece bu sav ciddi görülerek, sözü edilen yasa kuralının iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçesi özetle şöyledir :

1927 sayılı Yasayla değiştirilen 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin onüç'üncü fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 23/1/1979 günlü, Esas 1978/14, Karar : 1979/6 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu kararda belirtilen gerekçeler 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasa için de geçerlidir. Çünkü, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 20. madesini değiştiren 1926 sayılı Yasaya ilişkin tasarının Cumhuriyet Senatosu'ndaki görüşülmesinde 3/7/1975 günlü, 72. Birleşiminde beş Cumhuriyet Senatosu Üyesi ayağa kalkarak çoğunluğun bulunmadığını öne sürmüşlerse de yoklama yapılmadan tasarı görüşülmüş, sonradan yapılan yoklamada çoğunluğun bulunmadığının anlaşılması üzerine Başkan oturumu kapatmıştır. Böylece yapılan yoklama sonucu, yoklama istendiği andan başlayarak Birleşimde toplantı yetersayısının bulunmadığı kanıtlanmıştır. Bu durum İçtüzüğe ve dolayısiyle Anayasa'ya aykırıdır.

Bu itibarla itiraz konusu hüküm biçim yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu gibi, davacıyı da mağdur ettiğinden Anayasa'nın 2. ve 40. maddelerine aykırıdır.

III — METİNLER :

1 — İtiraz konusu yasa hükmü :

1926 sayılı Yasayla değiştirilen 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinin itiraz konusu onüç'üncü fıkrası hükmü şöyledir :

«Kıdem tazminatına esas olacak 30 günlük ücret tutarının beher yıl için nazara alınacak miktarı 1475 sayılı İş Kanunu'na

göre tespit edilmiş olan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının yedibuçuk katından fazla olamaz.»

2 — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Madde 2 — Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.»

«Madde 40 — Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlıyacak tedbirleri alır.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca 9/4/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, aşağıdaki konular üzerinde durulmuştur.

10/5/1979 günlü dava dilekçesiyle davalı aleyhine dava açılmış ve bu dava dolayısiyle mahkemeye verilen 22/7/1980 günlü dilekçe ile Anayasaya aykırılık savı öne sürülmüştür. Mahkeme bu savı 9/10/1980 gününde ciddî bularak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

İlk inceleme toplantısında kimi üyelerce, itiraz konusu hükmün, 23/10/1980 günlü, 17140 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 17/10/1980 günlü, 2319 sayılı Yasanın 1. maddesiyle değiştirildiği ve bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu işteki yetkisinin de sona erdiği öne sürülmüş bulunduğundan, konunun önce bu açıdan incelenmesi gerekmektedir.

1 — Gerçekten, «854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 4/7/1975 tarihli 1926 sayılı Kanunla değişik 20 nci maddesinin Değiştirilmesi ve 51 inci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi Hakkında» 2319 sayılı Yasa 17/10/1980 gününde kabul edilerek 23/10/1980 günlü, 17140 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve Yasanın 20. maddesini değiştiren 1. maddesi 12/9/1980 gününde, Yasanın 51. maddesine fıkra ekleyen 2. maddesi de yayımlandığı günde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un 1. maddesinde «9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile değişiklikleri, aşağıdaki maddelerde belirtilen istisnalar saklı kalmak üzere, yeni bir Anayasa kabul edilip yürürlüğe girinceye kadar yürürlüktedir» denildikten sonra 3. maddesinde de «Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan Kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ileri sürülemez» hükmü yeralmaktadır.

334 sayılı Anayasa'nın yürürlükte olan hükümlerine göre, Anayasa'ya aykırılık iddiası iki yolla ileri sürülebilir. Bunlardan birincisi Anayasa'nın 149 uncu maddesiyle düzenlenen iptal davasıdır ve 150. maddede saptanan 90 günlük hak düşürücü süre eski yasalar yönünden geçmiş bulunduğundan bu yol bu gün için işlerliğini kaybetmiş bir nitelik göstermektedir. İkinci yol ise Anayasa'nın 151. maddesiyle düzenlenen itiraz yoludur. 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Yasa, Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleriyle, yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunlara karşı, tıpkı, 334 sayılı Anayasa'nın Geçici 4. maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi, iptal davası ve itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması yollarını kapatmasına karşın, Millî Güvenlik Konseyi'nden önce çıkarılmış yasa hükümleri üzerinde Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmasını önlemiş değildir. Bu bakımdan eski bir yasaya karşı yapılmış bir başvuruda yerel mahkemenin değişiklikten önceki hükmü uygulama durumu sürdükçe, o hükmün Millî Güvenlik Konseyi'nce sonradan değiştirilmiş olmasının, Anayasa Mahkemesi'nin 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Yasa ile yürürlükte olduğu belirtilen bu Anayasa'dan kaynaklanmış inceleme yetkisini engellemiyeceği açıktır.

Bu görüşe Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu ve Kenan Terzioğlu katılmamışlardır.

2 — İlk inceleme evresinde, Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasında ve incelemenin sürdürülmesinde hukuksal ve anayasal hiç bir yarar kalmadığının anlaşılması durumunda işin oya sunularak bir karara bağlanması doğaldır. Çünkü, hukuksal ve anayasal yarar kalmayan bir işin esasının incelenmeşine karar verilmesi ve böylece incelemenin sürdürülmesi, ancak gereksiz bir işlem olarak nitelendirilebilir.

Dava konusu hükmün iptalinde yarar olup olmadığı hususuna gelince: Dava konusu hükmün iptali halinde toplu sözleşme geçerli kılınacağından davacının isteği, yerel mahkemece, hüküm altına alınacaktır. 2319 sayılı Yasa ile 854 sayılı Yasanın 51. maddesine eklenen fıkra mahkeme hükümlerinin icrasını engellemez. Mahkeme hükümlerinin yerine getirilmesi anayasal bir zorunluluktur. Kaldıki dava ek fıkra ile getirilen yasağın kapsamı dışındadır. Zira, gerek 854 sayılı Yasanın 1926 sayılı Yasa ile değişik 20. maddesinin 13. fıkrasında gerek 2319 sayılı Yasa ile değişik 20. maddenin 15. fıkrasında 30 günlük sürenin hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilmesine cevaz verilmiş, ek maddenin getirdiği yasak süre yönünden kaldırılmıştır. Dava ise süre ile ilgilidir. Bu nedenle 30 günlük süreyi kamu düzeni ile ilgili saymak mümkün değildir.

Kaldıki bu hususlar maddeyi uygulayacak olanları ilgilendiren hususlardır. Gerçi çoğunluk kararında (...Anayasa Mahkemesi'nin denetim sonunda verdiği karar, yalnızca kâğıt üzerinde kalmanın ötesinde hukuksal ve eylemsel bir sonuç ortaya koyamıyor ve bir anlam taşımıyorsa Anayasa Mahkemesi bu durumu görmezlikten gelemez. Daha da önemlisi, itiraz konusu yasa kuralının Anayasaya aykırı bulunması, 2324 sayılı Yasanın 6. maddesi karşısında, 2319 sayılı Yasanın itiraz konusu hüküm yerine koyduğu metni hukuken Anayasa değişikliği durumuna dönüşecek ve böylece Anayasa Mahkemesi kararı da anlamını yitirerek yoklukla eşdeğerde bir belge haline gelecektir.) denilmektedir. Biz çoğunluğun bu görüşüne katılmamaktayız. Zira denetim sonunda Anayasa Mahkemesi'nce verilecek iptal kararının kâğıt üzerinde kalması düşünülemez. İptal edilen hükmün o davada uygulanması mümkün değildir. Sonra çıkan yasada benzer hükmün yer alması ve sonra çıkan yasanın Millî Güvenlik Konseyi Yasası olması yönünden Anayasa niteliğinde bulunması ve iptalinin dava edilememesi yukarıda da açıklandığı üzere 1926 sayılı Kanuna ilişkin davalarda değil, 2319 sayılı Kanuna ilişkin davalarda düşünülecek ve geçerli olabilecek savlardır.

Bu nedenle de çoğunluk kararının üçüncü bendine karşıyım.

Üye
Ahmet Salih Çebi

KARŞIOY YAZISI

Millî Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un 3. maddesinde «Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ileri sürülemez.» hükmü yer almıştır. Ayrıca aynı yasanın 6. maddesinde de «Millî Güvenlik Konseyi'nin bildiri ve kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konsey'ce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak ve yürürlükteki kanunlara uymayanları da Kanun değişikliği olarak yayımlandıkları tarihte ve metinlerinde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girer» denilmiştir.

12 Temmuz 1975 günlü ve 1926 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilen 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesi, Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilip 23.10.1980 günlü Resmî Gazete'de yayımlanan 2319 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilmiştir.

1926 sayılı Kanun ile değişik 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan tavan sınırlaması hükmü, Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilip yürürlüğe girmiş bulunan 2319 sayılı «Kanun»la değişmesi ve eski metinin yeni metin kapsamına alınması karşısında, artık Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de Anayasaya aykırılık savının incelenmesine gerek yoktur.

Yukarıda açıklanan nedenle çoğunluğun, eski metni Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutmasına ilişkin görüşüne karşıyız.

Üye	Üye
Ahmet Zeyneloğlu	Kenan Terzioğlu

KARŞIOY YAZISI

İstanbul 10. İş Mahkemesi, 20/4/1967 günlü, 854 sayılı Deniz İş Yasası'nın 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesinin 14. fıkrasında yer alan «Kıdem tazminatına esas alınacak 30 günlük ücret tutarının beher yıl için nazara alınacak miktarının, 1475 sayılı İş Kanunu'na göre tespit edilmiş olan

Bu görüşe Ahmet Salih Çebi, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden katılmamışlardır.

3 — İncelemenin sürdürülmesinde hukuksal ve Anayasal yarar bulunup bulunmadığının incelenmesine gelince :

Yukarıda da değinildiği gibi, 854 sayılı Deniz İş Yasası'nın 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesi, 17/10/1980 günlü, 2319 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve sözkonusu yasanın 51. maddesine bu yasa ile bir fıkra eklenmiştir. Yasanın değişik 20. maddesi 12/9/1980 gününde, 51. maddeye eklenen fıkra da yayımlandığı günde yürürlüğe konulmuştur.

Yasa koyucu 2319 sayılı Yasa ile, 20. maddeyi değiştirmekle birlikte, itiraza konu edilen hükmü aynı anlam ve içerikte yinelemiştir. Söz konusu yasa ile 51. maddeye eklenen fıkra hükmü ise, «20 nci madde hükümlerine aykırı harekette bulunarak kıdem tazminatının öngörülen esaslar dışında veya saptanan miktar veya tavan aşılarak ödenmesi için emir veya talimat veren veya bu yolla hareket eden özel veya kamu kurumu veya kuruluşların yönetim kurulu üyeleri, genel müdür, müessese müdürü, muhasebe müdürü gibi yetkili sorumluları hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde altı aydan iki seneye kadar hapis ve yirmi bin liradan ellibin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Kanuna aykırı olarak fazla ödenen miktarın da ayrıca Hazine lehine re'sen tahsili ne karar verilir» biçimindedir.

Deniz İş Yasası'nın 20. maddesinin 1926 sayılı Yasa ile değişik hükmü şöyledir :

«Kıdem tazminatına esas olacak 30 günlük ücret tutarının beher yıl için nazara alınacak miktarı 1475 sayılı İş Kanunu'na göre tespit edilmiş olan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının yedibuçuk katından fazla olamaz.»

Kamu düzeniyle ilgili olan ve buyurucu niteliği açısından toplu iş sözleşmeleriyle değiştirilmesi olanağı bulunmıyan bu hüküm, yasanın konuluş amacına karşın fazla ödeme yapılmasını engelleyememiş ve bu nedenle de Yasa koyucu tarafından yeniden düzenlenmiştir.

Yasa koyucu konuya getirdiği bu açıklık ile de yetinmemiş, buyruğuna karşı gelinmesi takdirinde ödemeyi yapan ve bu yolda emir verenleri de cezalandırmak suretiyle kamu düzenine ilişkin olan bu kuralı ayrıca ceza yaptırımına bağlamıştır.

Davacı ise kıdem tazminatının, 7. dönem toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre ve çalıştığı beher yılın 50 günlük ücret üzerinden hesaplanarak ödenmesini istemekte ve bunu önleyen yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğu savında bulunmaktadır.

Anayasa'nın 152. maddesinde «Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilen Kanun veya İçtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri, gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar» kuralı yer almaktadır. Bu kurala göre bir varsayım olarak, sözü edilen 1926 sayılı Yasanın itiraza konu olan hükmünün Anayasaya aykırılığının kabul edilmesi takdirinde bu hükmün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanması gününde yürürlükten kalkması, bu kuralın engellediği toplu iş sözleşmesinin de böylece geçerlik kazanması gerekecektir. Oysa Yasa koyucu saptanan kural dışında kıdem tazminatı ödenmesini yasaklamakta ve buna aykırı davranışları ceza yaptırımına bağlamaktadır. Ödeme, 51. maddeye eklenen fıkranın yürürlükte olduğu zamana rastlaması nedeniyle olanaksız bir duruma gelecek ve böylece sözkonusu kuralın Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesinde ne anayasal ve ne de hukuksal bir yararın bulunduğundan söz edilemiyecektir. Görüşmeler sırasında bu durumun Anayasa Mahkemesi'ni değil uygulayıcıları ilgilendirdiği öne sürülmüş ise de, Anayasa Mahkemesi'nin denetim sonunda verdiği karar, yalnızca kâğıt üzerinde kalmanın ötesinde hukuksal ve eylemsel bir sonuç ortaya koyamıyor ve bir anlam taşımıyorsa, Anayasa Mahkemesi bu durumu gözönünde tutmak zorundadır. Daha önemlisi, itiraz konusu yasa kuralının Anayasaya aykırı bulunması, 2324 sayılı Yasanın 6. maddesi karşısında 2319 sayılı Yasanın itiraz konusu hüküm yerine koyduğu metni hukuken Anayasa değişikliği durumuna dönüştürecek ve böylece Anayasa Mahkemesi kararı da anlamını yitirerek yoklukla eşdeğerde bir belge haline gelecektir.

Anayasal ve yasal hiç bir yarar sağlamayan bu durumda Anayasaya uygunluk denetimine ilişkin inceleme durdurulmalı ve itiraz reddedilmelidir.

Bu görüşe Ahmet Salih Çebi, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Necdet Darıcıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden katılmamışlardır.

V — SONUÇ :

1 — 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasayla değiştirilen 854 sayılı Deniz İş Yasası'nın 20. maddesinin onüç'üncü fıkrası hükmünün 23/10/1980 günlü, 17140 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2319 sayılı Yasayla değiştirilmiş olmasının, Anayasa Mahkemesi'nin elindeki işte, 1926 sayılı Yasayla getirilen 20. maddenin onüç'üncü fıkrası hükmünü inceleme yetkisini etkilemediğine, Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu ve Kenan Terzioğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

2 — İlk inceleme evresinde, incelemenin sürdürülmesinde hukukî yarar olup olmadığının oylama konusu yapılabileceğine Ahmet Salih Çebi, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

3 — 2319 sayılı Yasanın, 20. maddeyi değiştirerek itiraza konu edilen hükmü aynı anlam ve içerikte yinelemesi, ayrıca bu Yasanın 51. maddesine eklediği fıkra hükmü karşısında, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Yasa hükümleri de gözönüne alındığında, Anayasaya aykırılık savına ilişkin Yasa metnine yöneltilen itirazın incelenmesinde hukukî yarar kalmadığına ve bu nedenle itirazın incelenmeksizin reddine, Ahmet Salih Çebi, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Necdet Darıcıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

9/4/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Muammer Yazar	Ahmet Zeyneloğlu	Âdil Esmer
Üye	Üye	Üye
Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu
Üye	Üye	Üye
Hüseyin Karamüstantikoğlu	Kenan Terzioğlu	Orhan Onar
Üye	Üye	Üye
Necdet Darıcıoğlu	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

1 — Anayasa Mahkemesi'nce yapılmakta olan incelemenin konusu çok sınırlı olup başvurunun yetkili kişi, kurum tarafın-

dan yapılıp yapılmadığı ve başvurunun konusu olan işin Anayasa Mahkemesi'nin görevine girip girmediğini saptamaktan ibarettir. Bu evrede Anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasında ve incelemenin sürdürülmesinde hukuksal ve anayasal yarar olup olmadığını araştırmak ve saptamak olanaksız ve gereksizdir. Hukuksal ve Anayasal yarar olup olmadığı ancak özün incelenmesi sonunda saptanabilir. Bu nedenle ilk inceleme evresinde, özün incelenmesinde hukuksal ve anayasal yarar kalmadığından söz edilemez. Bu itibarla ilk inceleme evresinde özün incelenmesinde hukuksal ve anayasal bir yarar olup olmadığının oylama konusu yapılmasına ilişkin, kararın ikinci bendindeki çoğunluk görüşüne karşıyım.

2 — Nitekim kimi üyeler Anayasaya aykırılık savına ilişkin yasa metnine yönelik itirazın incelenerek sonuca göre, itiraz konusu hükmün iptali gerekip gerekmeyeceğine karar verilmesi görüşünü savunmuşlardır.

Öte yandan davanın açılışı tarihinde yürürlükte olan bir yasa hükmünün daha sonra Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilen 2319 sayılı Yasa ile aynı anlam ve içerikte olması ve 2324 sayılı Yasanın 6. maddesi hükmü karşısında Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilen yasalar hakkında iptal davası açılamaması bu davayı etkilemez. Davacı 2319 sayılı Yasa hükmünün iptalini değil, işten ayrıldığı tarihte yürürlükte olan ve 50 gün esası üzerinden kıdem tazminatı ödenmesini öngören toplu sözleşme hükmüne rağmen, kıdem tazminatının senelik 30 gün ücret üzerinden hesaplanmasını hüküm altına alan 854 sayılı Yasanın 1926 sayılı Yasa ile değişik 20. maddesinin 13. fıkrasının iptalini istemiştir. Bu Yasa Millî Güvenlik Konseyi Yasası olmadığından 2324 sayılı Yasanın getirdiği yasağın dışındadır. Bu itibarla davanın incelenmesine, Anayasaya aykırılığın gerçekleşmesi halinde iptal kararı verilmesine bir engel yoktur.

Her ne kadar daha sonra Millî Güvenlik Konseyi'nce yürürlüğe konmuş olan 2319 sayılı Yasada aynı anlam ve içerikte bir hüküm kabul edilmiş ise de iptali istenen yasa ile 2319 sayılı Yasa ayrı ayrı yasalardır. Bu itibarla 2319 sayılı Yasa ile iptali istenilen yasa niteliğinde bir hükmün Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilmiş olması 2319 sayılı Yasadan müstakil bir varlığa sahip olan 854 sayılı Yasanın 1926 sayılı Yasa ile değişik 20. maddesinin 13. fıkrasına yönelik davanın görülmesine engel sayılamaz

mesi'nin iptalini gerekli kılan bir olgudur. Fıkranın dernek kurma özgürlüğünü, dernekleri, derneklere üye olmayı yasaklar nitelikteki sertliği, hukukun uygun bulamıyacağı, adaletin bir parçası sayılan hoşgörüye yer vermeyen katılığı sergilemektedir. Derneklere bağlanan sorun doğrudur. Çözüm gereği de yerindedir. Sorunla çözüm arasındaki uygunluk hukuksallığı gösterir. Fıkrada bu uyum bulunmadığı gibi dernek ya da benzeri kuruluşlar ilgililerine yönelik haksız uygulamaya neden olarak bir ağırlık vardır. Tüzel kişiliği yasallığı bulunmayan kuruluşlarla tüzel kişiliği ve yasallığı bulunanlar bir tutulduğu gibi, fıkraya göre, herhangi bir yasal kuruluşun ilgilisi (mensubu) olmak ağırlaştırma nedeni yapılmıştır. Örneğin, bir hukuk kuruluşunun, bir yardım kuruluşunun, ulusal ya da yerel bir kuruluşun ilgilisi sekizinci fıkra dışındaki bir eylemiyle 536. madde kapsamında bir suç işlerse cezası kuruluşlarla ilgisi olmayan kişilere verilen cezaların iki katı olacak, eyleminde siyasal ya da ideolojik bir içerik yoksa beşinci fıkraya göre indirim yapılacaktır. Derneği amacı dışında çalıştıran, derneğinin amacına aykırı davrananlar için daha ağır ceza öngörülebilir ama salt bir derneğin üyesi olmak belirli cezanın iki kat verilmesini gerektiremez. Böyle davranıldığında derneklerin kurulması, topluma yararlı, ulusal hizmetlere etkili olması önlenir. Derneğini sömürerek, derneğinin araç gereçlerini kullanarak, dernek yöneticiliğini ya da üyeliğini etkileme nedeni yaparak suç işlenirse cezanın artırılması yerinde bulunabilir. Bunların hiçbirisi olmadan, yalnızca bir derneğe üye olmak hem suçlulukta hem de suça katılmakta ağırlaştırma nedeni olamaz. Yargıtay kararları konuyu biraz daha aydınlatan bir değer taşımaktaysa da Anayasa Mahkemesi'nin uygunluk denetimi için başlıca ölçü olamaz. Ya da bu düzeyde bir ölçü olamaz. Kanımca, yaptırımın ağırlığı ve kuralın hukuka aykırılığı karşısında Yargıtay yumuşatma yolunu kendine özgü bir yorumla, düşünce yöntemiyle bulmuştur. Yarın, bunun değişmiyeceği de kestirilemez. Öte yandan, anılan fıkranın yeniden, üstelik kapsamının daha genişletilmiş olarak benimsenmesi, Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yolunun kapalı bulunması, eldeki 2248 sayılı Yasa ile değişik önceki durumu etkilemez. Bir başka mahkemenin bir kararı karşısında Yargıtay bu kez benim anladığım doğrultuda karar verebilir. Fıkra açık seçik ortadadır. Yorumu gerektirecek kapalılık, başka yoruma elverişli bir yapı yoktur.

Eylemin dernekle, derneğin amacıyla, dernek üyeliğiyle hiçbir ilgisi olmamasına karşın, eylemi yapanın bir dernek üyesi olmasının ağırlaştırıcı neden sayılmasının hukuk katında anlaşılır yönü yoktur. Bunun dernekleri sıkıdüzene bağlamakla da ilgisi yoktur. Yaptırımın ilgisi eylemle, eylemi yapanın kendine bağlı durumlarla olmasıdır. Başka ilişkilerinin ilgisi aranamaz. Bir meslek üyesinin, bir kuruluş üyesini (hekimlik, askerlik, öğretmenlik, polislik vs. gibi) sakıncalı eylemlerde cezaları ağırlaştırılabilir ama bir dernek üyesi olmak cezayı ağırlaştırma nedeni yapılamaz. Bu tutum, bir kentte oturmanın, bir bölgede yerleşmenin, bir öğrenim ya da uzmanlık eğitimi yapmanın suç sayılması gibi aykırılığı açık olan bir ağırlıktır. Fıkra, ilgililerle katılanları bir tutmakla da kendi içinde çelişkilidir.

Özetle açıkladığım nedenler karşısında çoğunluğun 536. maddenin üçüncü fıkrasına ilişkin görüşlerine katılmakta güçlük çektiğim ve yürürlükteki denetim konusu hükmü Anayasamızın 2., 12., 29., 46. 56. maddelerine aykırı bulduğum için karşıoy kullanıyorum. İlk inceleme için karşıoyum ayrıca gerekçeli olarak belirtilmiştir.

Üye
Yekta Güngör Özden

———oOo———

Esas Sayısı : 1980/77

Karar Sayısı : 1981/13

Karar Günü : 26/2/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ula Sulh Ceza Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 22/3/1950 günlü, 5617 sayılı Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun'un 13. ve 18. maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç'taki ilkelerine, demokratik hukuk devleti anlayışını içeren 2., yasalar önünde eşitlik ilkesini getiren 12. maddelerine aykırı olduğu ve iptali istemidir.

I — OLAY :

Büyükbaş hayvan hırsızlığından sanık dört kişi hakkında Türk Ceza Yasası'nın 491. maddenin ilk ve son fıkraları ve 5617 sayılı Yasanın 13. maddesi hükümleri uyarınca açılan kamu da-

günlük asgarî ücretin 30 günlük tutarının 7,5 katından fazla olamaz.» biçimindeki hükmün iptalini istemiştir.

Davacı vekili 10/5/1979 günlü dilekçesinde, anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüş, bu savı ciddî bulan İş Mahkemesi, 334 sayılı Anayasa'nın 151. ve 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Yasanın 27. maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Gemi adamı olarak, davalı D. B. Deniz Nakliyat Anonim Ortaklığı işyerinden 2/5/1978 günü isteği ile emekliye ayrılan davacı, üyesi olduğu sendika ile davalı arasında imzalanan 7. dönem toplu iş sözleşmesine göre kendisine beher hizmet yılı için 50 günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini, davalının ise buna uymayarak 7,5 kat tavan sınırlamasını uygulayarak eksik ödemede bulunduğunu ileri sürmüştür.

İş Mahkemesi'nin iptal isteğini içeren 9/10/1980 günlü kararı, Anayasa Mahkemesi'ne 4/3/1981 günü gelmiş, 1981/6 esasına kaydedilmiştir.

Kıdem tazminatı, yasal koşulların gerçekleşmesi halinde, işveren tarafından işçiye ödenen bir paradır. Sözleşmenin haklı bir nedenle işveren tarafından feshi halinde işçiye ödenmesi gerekmeyen kıdem tazminatı, haksız fiilden ileri gelen tazminat ile 506 sayılı Yasada öngörülen gelirler türüne de benzememektedir. Kendisine özgü olan ve yasadan doğan bu tazminat, işten ayrılan işçinin yoksulluğa düşmemesi, işinde sebatla çalışması nedeniyle bir ödüllendirme olarak da nitelendirilebilir.

1475 sayılı İş Yasası'nın, 1927 sayılı Yasa ile değişik 14. maddesinin kıdem tazminatına ilişkin hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 23/1/1979 günlü, 1978/14 - 1979/6 sayılı kararı ile biçim yönünden iptal edilmiş, bu karar 14/4/1979 günlü Resmî Gazete'de yayımlanmış; Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca tanınan bir yıllık süre 14/4/1980 günü son bulmuştur. Millî Güvenlik Konseyi'nce, 1475 sayılı İş Yasası'nın değişik 14. maddesi, 17/10/1980 günlü, 2320 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir. Böylece, sözü edilen değişik 14. maddede, Anayasa Mahkemesi'nce biçim yönünden yapılan iptallerin yeri doldurulmuş, uygulama ceza yaptırımına bağlanmıştır.

Millî Güvenlik Konseyi, 854 sayılı Deniz İş Yasası'nın 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasa ile değişik 20. maddesini de, 17/10/1980 günlü, 2319 sayılı Yasa ile değiştirmiştir. Her iki yasa 23/

10/1980 günlü, 17140 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. İptali istenilen hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin biçim yönünden kimi hükümlerini iptal ettiği, 1475 sayılı İş Yasası'nın 1927 sayılı Yasa ile değişik 14. maddesindeki kuralın bir benzeridir.

1926 sayılı Yasanın da 1927 sayılı Yasada olduğu gibi biçim yönünden eksik bulunduğu bir an için kabul edilse bile yapılan yasa değişikliği nedeniyle artık, davacının bir yararı kalmamıştır. Resmî Gazete'de hemen yayımlandıktan sonra Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayan Anayasa Mahkemesi kararlarının iptale ilişkin olanlarının geriye yürümeyeceği Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrası gereğidir. 1926 sayılı Yasa bakımından bir iptal hükmü bulunmadığına, 2/5/1978 günü isteği ile emekli olan davacının, 10/5/1979 günlü davasında ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık savı üzerine, mahkemesince iptal isteğini içeren 9/10/1980 günlü karardan sonra, değişik 20. madde 17/10/1980 günlü, 2319 sayılı Yasa ile değiştirilmiş olduğuna göre itiraz konusu hüküm bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin sürdürülmesi gerekmez (Anayasa Mahkemesi'nin 27/11/1979 günlü, 1978/74 - 1979/43 sayılı kararı, Resmî Gazete, Gün : 21/2/1980, Sayı : 16907).

Ayrıca, şu yönü de belirtmek yerinde olacaktır; Anayasa Mahkemesi bir yasa hükmünü biçim, ya da esas yönünden iptal ettiği zaman önceki yasa kendiliğinden yürürlüğe girmez. kural olarak bir yasa hükmünün Anayasa ve İçtüzük kurallarına göre yeniden yasalaştırılması gerekir. Yasaların çıkarılmasında izlenen yöntem ve Anayasa Mahkemesi kararları bu doğrultudadır. Bunun dışında olan, Anayasa'nın bir hükmünü yürürlükten kaldıran yasanın iptali üzerine, Anayasa'da boşluk yaratılmaması ilkesine dayanılarak Anayasaya uygunluk denetiminin iptalden önceki hükme göre yapılmasıdır (Anayasa Mahkemesi Kararı : 19/10/1971 günlü, 40 - 73 sayılı, Resmî Gazete, gün : 2/7/1972, Sayı : 14233).

Görülüyor ki, değişiklikten önceki 20. maddenin, ya da bunu değiştiren 1926 sayılı Yasanın itirazcı mahkemeye açılan davada, sonradan yürürlüğe konulan 2319 sayılı Yasa karşısında uygulanması ve Anayasa'ya uygunluk denetimine tâbi tutulması söz konusu olamaz.

Cezaya ilişkin yasa hükümlerinin Anayasaya uygunluk de-

netiminde ise, yapılan değişikliğin bir eylemin suç olup olmadığı, suçluluğu ortadan kaldırıp kaldırmadığı, suç öğesi ve ceza miktarı bakımından sanığın durumunu ağırlaştıran nitelikte olup olmadığına bakılır. Örneğin, getirilen değişiklik Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesinde öngörülen «sanık yararına» ilkesine ters düşüyorsa değişiklikten önceki hüküm üzerinde inceleme sürdürülür (Anayasa Mahkemesi Kararları : 3/2/1981 günlü, 72 - 12 sayılı; 3/2/1981 günlü, 45 - 11 sayılı, Resmî Gazete, gün: 13/5/1981, Sayı : 17339).

Olayda, uygulanacak yasa hükmü —kazanılmış haktan da söz edilmeyeceğine göre— kamu düzeni düşüncesiyle getirilen, fazla ödemeye izin vermeyen, ayrıca ceza sorumluluğunu da öngören 2319 sayılı Yasadaki kurallardır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin itiraz konusu hükmü Anayasaya uygunluk denetiminden geçirme yetkisi olup olmadığı sorunu üzerinde de durmak gerekir.

Millî Güvenlik Konseyi'nin kabul ettiği 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un 3. maddesinde «Millî Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların Anayasa'ya aykırılığı iddiası ileri sürülemez.» hükmü yeralmıştır. Ayrıca, aynı Yasanın 6. maddesinde de «Millî Güvenlik Konseyi'nin Bildiri ve Kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konsey'ce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak ve yürürlükteki kanunlara uymayanları da kanun değişikliği olarak yayımlandıkları tarihte ve metinlerde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girer.» denilmiştir. Bu yasal değişiklik karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi bulunmadığı gözönünde tutularak itiraz davası reddedilmelidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Hüseyin Karamüstantikoğlu

KARŞIOY YAZISI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 151. ve «Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun»-

un 27. maddeleri, bir davaya bakmakta olan mahkemenin; o dava nedeniyle uygulanacak Yasa Hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varması halinde, iptali için, Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yolunu açık tutmuş bulunmaktadır.

2/5/1978 gününde isteğiyle emekliye ayrılması üzerine, 21 yıl 7 ay süren çalışmasının karşılığı olarak İşveren D. B. Deniz Nakliyatı T.A.Ş. Genel Müdürlüğünce 931.246 TL. yerine 532.393,15 TL.. kıdem tazminatı ödenmek suretiyle mağdur edildiğini öne sürerek, eksik yapılan ödemeye ilişkin hakları saklı kalmak koşuluyla, şimdilik 20.000 liranın hüküm altına alınması istemiyle dava açan gemi adamı davacı; kıdem tazminatına tavan sınırlaması getiren 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesinin onüç'üncü fıkrasında yer alan «Kıdem tazminatına esas olacak 30 günlük ücret tutarının beher yıl için nazara alınacak miktarı 1475 sayılı İş Kanunu'na göre tesbit edilmiş olan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının yedibuçuk katından fazla olamaz» biçimindeki hükmün Anayasa'nın 2. ve 40. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürdüğüne, davaya bakan İstanbul 10. İş Mahkemesi de bu savı ciddi bularak sözü edilen Yasa kuralının iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını kararlaştırdığına göre, «itiraz yolu»nun işleyebilmesi için Anayasa'da ve 44 sayılı Yasada öngörülen tüm koşulların gerçekleştiğinde kuşku kalmamıştır.

(İtiraz yoluna başvuran mahkeme), (bakılmakta olan dava) ve (uygulanacak hüküm) öğeleri yönünden, Anayasaya uygunluk denetimi yapılmasına engel bir durumla karşılaşılmamış olması nedeniyle, konuya, çoğunluk kararının temel dayanağını oluşturan «hukukî yarar» açısından yaklaşılmasında ve bu yönden açıklık kazandırılmasında zorunluluk vardır.

«584 sayılı Deniz İş Kanununun 4/7/1975 tarihli, 1926 Sayılı Kanunla Değişik 20 nci maddesinin Değiştirilmesi ve 51 inci maddesine bir Fıkra Eklenmesi Hakkında» ki 2319 sayılı Yasa 17/10/1980 gününde kabul edilerek, 23/10/1980 günlü, 17140 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 3. maddesinin açık anlatımı karşısında, 854 sayılı Yasanın 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesini değiştiren 1. maddesi 12/9/1980 gününde, aynı Yasanın 51. maddesine bir fıkra ekleyen 2. maddesi ise yayımlandığı gün yürürlüğe girmiştir.

2/5/1978 gününde isteğiyle emekli olan davacı gemi adamının emekliye ayrılmasından yaklaşık 2,5 yıl sonra yürürlüğe giren, dolayısıyla emeklilik işleminin ve kıdem tazminatına ilişkin ödemenin yapıldığı dönemde yürürlük ve geçerliliğinden söz edilmemesi gereken 2319 sayılı Yasanın, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 4/7/1975 günlü ve 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesini değiştiren 1. maddesi hükümlerinin bakılmakta olan davada uygulama yeri ve olanağı yoktur.

Kıdem tazminatına ilişkin uygulamanın yasal dayanağını, davacının isteği doğrultusunda emeklilik işleminin yapıldığı dönemde yürürlükte bulunan Yasa hükümleri oluşturacağı, itirazcı Mahkemenin elindeki davada, bu nedenle, 854 sayılı Yasanın 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesinin onüç'üncü fıkrası uygulanacağı, 17/10/1980 günlü, 2319 sayılı Yasanın 1. ve 2. maddeleriyle yürürlüğe konan hükümler ve 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'un 3. ve 6. maddeleri ise bu davayı doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemeyeceği; daha açık bir anlatımla, emeklilik işleminin olgunlaştığı gün bakımından, uyuşmazlığın çözümlenmesinde, 17/10/1980 günlü, 2319 sayılı Yasanın 1. maddesiyle getirilen yeni hükümlere dayanılamayacağı, bu Yasanın 2. maddesiyle 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 51. maddesine eklenen fıkra ise, doğrudan doğruya 2319 sayılı Yasanın 1. maddesinde yer alan kuralların uygulanmasını zorunlu kılan koşullara karşın, bu madde hükümlerine aykırı harekette bulunarak, kıdem tazminatının öngörülen esaslar dışında veya saptanan miktar veya tavan aşılarak ödenmesi için emir veya talimat verenler veya bu yolda hareket edenler hakkında uygulanacak yaptırımları içermekte olduğu, 2319 sayılı Yasanın 1. ve 2. maddelerinin yürürlük ve geçerliliklerini 12/9/1980 ve 23/10/1980 günlerinden önceye, özellikle emeklilik işleminin yapıldığı döneme kadar götürmeye olanak bulunmadığı esasen, 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı Yasanın 6. maddesinde de, Millî Güvenlik Konseyi'nin Bildiri ve Kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konsey'ce kabul edilerek yayımlanan ve yayımlanacak olan Yasaların Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak ve yürürlükteki yasalara uymayanları da yasa değişikliği olarak «yayımlandıkları tarihte ve metinlerinde gösterilen tarihlerde» yürürlüğe girecekleri açıkça belirlendiği cihetle, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 4/7/1975 günlü, 1926 sayılı Yasayla değiştirilen 20. maddesinde yer alan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk de-

netimi dışında bırakılması Anayasa'nın 151. ve 44 sayılı Yasanın 27. maddelerinin anlam ve amacına aykırı düşmektedir.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptali istenen Yasa metnine yöneltilen itirazın incelenmesinde yasal zorunluluk bulunması, bu incelemenin yapılmasındaki hukuki yararı da açıklıkla ortaya koymaktadır. Kaldı ki, itiraz konusu hükmün iptali yoluna gidildiği takdirde, Toplu Sözleşme hükümleri de geçerlilik kazanacağına göre, tersine uygulama, sonuç ne olursa olsun, Anayasa'ya uygunluk denetiminin sağlayacağı «hukuki yarar»ın gerçekleşmesini engelleyecektir.

«2319 sayılı Yasanın, 20. maddeyi değiştirerek, itiraza konu edilen hükmü aynı anlam ve içerikte yinelemesi, ayrıca bu Yasanın 51. maddesine eklediği fıkra hükmü karşısında, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Yasa hükümleri de gözönüne alındığında, Anayasa'ya aykırılık savına ilişkin Yasa metnine yöneltilen itirazın incelenmesinde hukukî yarar kalmadığı»na işaret olunarak «itirazın incelenmeksizin reddi» doğrultusunda oyçokluğuyla oluşturulan karara yukarıda açıklanan nedenlerle katılmamaktayım.

Üye
Necdet Darıcıoğlu

KARŞIOY YAZISI

Anayasa'nın 151. ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 27. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir yasanın hükümlerini Anayasa'ya aykırı görür ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa'ya aykırılık itirazıyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi bu itirazın «bir davaya bakmakta olan mahkemece» yapılıp yapılmadığını ve itiraz konusu edilen kuralın o davada «uygulanacak kural» olup olmadığını saptamaktır. Anayasa Mahkemesi, böylece, konunun kendi yetkisi içine girip girmediğini belirler. Mahkeme, yetkisine giren bir konuda Anayasa'nın 147. maddesi uyarınca Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmakla görevlidir.

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'da yeralmamasına karşın, iptal davaları için 44 sayılı Yasanın 26. maddesinde, itiraz yoluyla gelen işlerde ise Mahkemenin İçtüzüğünün 15. maddesinde

öngörülen ilk inceleme yetkisi, yalnızca başvurma dilekçe ve eklerindeki noksanlıkların tamamlanması amacıyla sınırlıdır. Anayasa Mahkemesi'ne, ne Anayasa, ne 44 sayılı Yasa ve ne de İçtüzükle Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasında ve incelemenin sürdürülmesinde «Hukuksal ve Anayasal yarar olup olmadığını» incelemek yetkisi verilmemiştir. Özelliklę, işin esasına girilmeden, dilekçe ve eklerindeki noksanlıkların tamamlanması amacıyla yapılan ilk inceleme evresinde «Anayasal denetimde hukuksal yarar bulunup bulunmadığı» oylanamaz. Çünkü Anayasa ve yasada böyle bir yetki bulunmadığı gibi, çoğu zaman, işin esasına girilmeden «hukuksal yarar» bulunup bulunmadığı da anlaşılamaz. Kaldı ki, Anayasa'ya aykırılığın veya uygunluğun saptanması bile başlı başına Anayasal ve hukuksal yarar sağlar. Anayasa Mahkemesi'nin esas görevi de budur.

Anayasa Mahkemesi'nin çoğunlukla verdiği kararda belirtilen itiraz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı bulunarak iptali durumunda, 854 sayılı Deniz İş Yasası'nın 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesini aynı doğrultuda ve içerikle değiştiren ve 51. maddesine bir fıkra ekliyen 17/10/1980 günlü, 2319 sayılı Yasanın getirdiği ek fıkranın yürürlükte bulunduğu dönemde toplu sözleşmedeki esaslara göre ödeme yapılamıyacağından, Anayasa'ya aykırılık itirazının incelenmesinde hukuksal yarar bulunmadığı yolundaki görüşe de aşağıdaki nedenlerle katılma olanağı bulamamaktayız. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne getirilen itiraz konusu yasa hükmünün iptali durumunda uyuşmazlık, emeklilik işleminin tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan Deniz İş Yasası'nın 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesinin iptal edilmiyen hükümlerine göre çözümlenir. Bu durumda, 854 sayılı Yasanın 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesinin yürürlükte kalan hükümlerine ve toplu sözleşmeye göre hesaplanacak kıdem tazminatının 2319 sayılı Yasanın yürürlüğe girdikten sonra ödenmesi, 2319 sayılı Yasayla 51. maddeye eklenen fıkranın kapsamı dışında kalır ve bu fıkraya göre bir ceza yaptırımının uygulanmasını gerektirmez. Çünkü, söz konusu ek fıkra, kıdem tazminatının, 854 sayılı Yasanın 2319 sayılı Yasayla değişik 20. maddesinde belirtilen ilkeler dışında ödenmesine karşı bir ceza yaptırım hükmüdür. Nitekim, ek fıkrada «20 nci madde hükümlerine aykırı harekette bulunarak...» kıdem tazminatının ödenmesinden söz edilmektedir. Ek fıkrada sözü geçen 20. maddenin Deniz İş Yasası'nın 2319 sayılı Yasayla

değişik 20. maddesi olduğunda kuşku yoktur. 2319 sayılı Yasanın 1. maddesi 12/9/1980 gününde, ek fıkrayı içeren 2. maddesi ise yasanın yayımlandığı 23/10/1980 gününde yürürlüğe girmiştir. Olayda olduğu gibi, 1978 yılındaki emeklilik işlemi nedeniyle Deniz İş Yasası'nın 1926 sayılı Yasayla değişik 20. maddesine göre hesaplanacak ve tahakkuk ettirilecek kıdem tazminatının, 23/10/1980 tarihinde yürürlüğe giren ek fıkra nedeniyle ödenemeyeceğini düşünmek, 2319 sayılı Yasanın yürürlük tarihini işlemin yapıldığı 1978 yılı öncesine götürmek olur.

Söz konusu 20. maddenin 2319 sayılı Yasayla aynı anlam ve içerikle değiştirildiği görüşü de tartışma götürür. Yeni metin, aynı anlam ve içerikte olsaydı, eski metnin değiştirilmesine gerek kalmazdı. Yasanın başlığında «854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 4/7/1975 tarihli, 1926 sayılı Kanunla Değişik 20 nci maddenin Değiştirilmesi... Hakkında Kanun» denmesi maddenin değiştirildiğini açıkça vurgulamaktadır. Nitekim eski metnin yargı organlarınca yorumlanması ve uygulama, maddenin 2319 sayılı Yasayla değişik biçiminden ayrı olmuştur. Bir an için, maddenin 2319 sayılı Yasayla değişik biçiminin eski metinle aynı nitelikte olduğu kabul edilse bile, madde değişikliği kendi yürürlük gününde uygulamaya girer. Yeni metnin uygulanmasında yasadaki ilkelere uyulmaması bir ceza yaptırımına bağlanmışsa, bu yaptırım ancak maddenin değişik biçimine göre yapılan aksaklıklar nedeniyle uygulanabilir.

Böylece, 1978 yılında hak kazanılan kıdem tazminatını hesaplamada uygulanacak hükmün Anayasa'ya aykırı bulunarak iptali durumunda davacının hukuksal yararı bulunmaktadır.

Kaldı ki, tüm bu incelemelerin işin esasına girilmeden yapılması olanağı bulunmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık itirazıyla kendisine başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada hukuksal yararın bulunup bulunmadığını incelemek yetkisi de yoktur. Bunu saptamak yerel mahkemenin görevidir.

Açıklanan nedenlerle işin esasına geçilmesi gerektiği oyu ile kararın 2. ve 3. Bölümlerine karşıyız.

Üye	Üye
Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

———oOo———

'Esas Sayısı : 1981/2

Karar Sayısı : 1981/21

Karar Günü : 5/5/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 1. İş Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 2/9/1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na, 19/4/1979 günlü, 2229 sayılı Yasanın 33. maddesiyle eklenen Ek 2. maddenin son fıkrasında yer alan «Ancak eski basamakta geçen süreler yeni intibak ettirilen basamakta geçmiş süreler olarak değerlendirilemez» biçimindeki hükmün, Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırılığı öne sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I — OLAY :

Bağ - Kur sigortalısı olan davacı, 16/11/1979 gününde emekliliğini istemiş, kendisine, 2229 sayılı Yasa gereğince yeni basamak ve aylıkların uygulamaya konulduğu 1/7/1979 gününden itibaren 11. basamakta bir yıl süreyle prim ödememiş olduğu için, bir aşağı basamak olan 10. basamaktan aylık bağlanmıştır.

Davacı, 2229 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce 11. basamakta bir yıl süreyle prim ödemek suretiyle Yasada öngörülen süreyi doldurmuş bulunduğunu ileri sürerek, kendisine 11. basamaktan aylık bağlanmasının hüküm altına alınması istemiyle dava açmıştır.

Bu dava üzerine, durumu inceleyen Mahkeme, davacıya 11. dereceden aylık bağlanmasını engelleyen ve yukarda sözü edilen Ek 2. maddenin son fıkrası hükmünü Anayasa'ya aykırı görmüş ve sözü geçen hükmün iptali için kendiliğinden Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık savını özetle şu gerekçeye dayandırmaktadır.

Yasa Koyucu bu hükümle, Bağ - Kur'u, artan yaşlılık aylığı istemlerinden hiç olmazsa bir yıl için koruma yoluna gitmiştir. Aslında, parasal gerekçelerle vatandaşların sosyal güvenliğinin

bir ölçüde de olsa sarsılmaması gerekir. Yasa Koyucu tarafından kabul edilen bu yasa kuralı Anayasa'nın 48. maddesine aykırı bir durum oluşturmuştur.

Öte yandan, söz konusu yasa kuralı kazanılmış hakları çiğnemektedir. Zira, davacı değişik Yasanın yürürlüğe girişinden önce bir yıl süreyle aynı basamakta prim ödemiştir. Böylece Anayasa'nın 2. maddesinde açıklanan hukuk devleti ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmış bulunmaktadır.

III — METİNLER :

1 — İtiraz konusu Yasa hükmü :

2/9/1971 günlü, 1479 sayılı «Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu»na 19/4/1979 günlü, 2229 sayılı Yasa ile eklenen Ek 2. maddenin itiraz konusu son fıkrası hükmü şöyledir :

«Ancak, eski basamakta geçen süreler yeni basamakta geçmiş süreler olarak değerlendirilemez.»

2 — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Madde 2 — Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.»

«Madde 48 — Herkes, sosyal güvenlik haklarına sahiptir. Bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilâtı kurmak ve kurdurmak Devletin ödevlerindendir.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Adil Esmer, Hakkı Müderrisoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmaları ile 10/2/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında : «Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine» oybirliği ile karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, mahkemenin gerekçeli kararı ve ekleri, itiraz konusu yasa hükümleri ve Anayasa'ya aykırılık savına dayanak tutulan Anayasa kuralları; bunlarla ilgili yasama belgeleri ve öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

1479 sayılı Bağ - Kur Yasası'na 2229 sayılı Yasa ile eklenen Ek 2. maddenin itiraz konusu olan son fıkrası 6/3/1981 günlü, 2423 sayılı Yasanın 6. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

1479 sayılı Yasaya, 2423 sayılı Yasayla, eklenen Ek Geçici 9. madde, bağlanmış ve bağlanacak olan malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortası aylıklarının hesabında, 1/3/1981'den 31/12/1982' ye kadar esas alınacak basamak değerlerini göstermiş; ancak, bu basamaklar üzerinden hesabedilecek aylıkları 1/3/1981 tarihinden itibaren geçerli sayarak, daha geriye doğru bir basamak düzeltilmesini öngörmemiştir.

İtiraz konusu Ek 2. maddenin son fıkrası, davacının emekli olduğu tarihte hakkında alınan idari karara dayanaklık etmiş ve bu nedenle de 6/3/1981 günlü, 2423 sayılı Yasayla yürürlükten kaldırılmış olmasına karşın, görülmekte olan davada uygulama durumunu sürdürmüş bulunmaktadır.

Bağ - Kur Yasası'nın 2229 sayılı Yasayla değiştirilen 36. maddesine göre, yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanan sigortalıya, bulunduğu gelir basamağında en az bir yıl prim ödemişse o basamak üzerinden, bulunduğu gelir basamağında bir yıl prim ödememişse bir önceki basamak üzerinden aylık bağlanmaktadır.

2229 sayılı Yasa ile 50. maddedeki basamakların değerlerinde artışlar yapılmıştır. Ek 2. maddede, sigortalıların bulundukları gelir basamağına intibak ettirilecekleri, ancak eski basamakta geçen sürelerin yeni intibak ettirilen basamakta geçmiş süreler olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Herhangi bir sigortalının intibaktan önce bulunduğu eski basamakta prim ödediği süreler yeni basamakta değerlendirilemeyeceğine göre, bu sigortalının bulunduğu basamağın yükseltilmiş yeni değeri üzerinden bir yıl süreyle prim ödemedikçe, o basamaktan emekli olma hakkı doğmayacaktır.

Bağ - Kur sigortalısı olan davacı, emekli işleminin yapıldığı tarihte bulunduğu 11. basamağın 2229 sayılı Yasa ile yükseltilmiş olan yeni değeri üzerinden bir yıl süreyle prim ödememiş olduğundan, kendisine 10. basamak üzerinden aylık bağlanmıştır.

1 — Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi yönünden inceleme :

İtiraz eden mahkeme, davacının evvelce 11. basamakta prim ödeyerek geçirdiği süreleri değerlendirmeyen yasa kuralının, kazanılmış hakları çiğnediğini ve bu yüzden Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine ters düştüğünü ileri sürmektedir.

Bu savın doğru olup olmadığının anlaşılabilmesi için, davacının, 2229 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce kazanılmış hakkının ne olduğunun araştırılması gerekir.

Davacı, 2229 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 4/5/1979 tarihinden önce 11. basamağın eski değeri olan 3750 lira üzerinden bir yıl süreyle prim ödemiştir. 2229 sayılı Yasa yürürlüğe konulmasaydı, kendisine 1479 sayılı Yasanın ilgili hükümleri gereğince 11. basamağın eski değeri olan 3750 liranın % 75'i oranında yaşlılık aylığı bağlanacak ve ilgili 3750 X 0,75 = 2.812,50 lira aylık alacaktı.

Davacı, 11. basamağın yükseltilmiş yeni değeri (8.400) lira üzerinden bir yıl süreyle prim ödememiş olduğu için, kendisine, Bağ - Kur Yasası'nın 36. maddesi gereğince, bir alt basamak olan 10. basamağın yeni değeri üzerinden 7.400 X 0,75 = 5.550 lira aylık bağlanmıştır.

Her ne kadar, davacıya, eski hükümlere göre bir yıl süreyle primini ödemiş olduğu 11. basamaktan değil de, bir aşağı basamak olan 10. basamaktan yaşlılık aylığı bağlanması haksızlık gibi görünmekte ise de, önemli olan yaşlılık aylığı bağlanan basamağın derecesi değil, bağlanacak aylığın tutarıdır.

Davacının eski hükümlere göre alabileceği yaşlılık aylığı (2.812,50 lira) yeni yasayla bir katına yakın artırılmış bulunduğundan, kendisinin kazanılmış hakkı ihlal edilmemiş, tersine, eski yasaya göre kazanılmış hakkının üstünde bir hakka sahip olması sağlanmıştır.

Bu duruma göre, itiraz konusu yasa kuralının kazanılmış

hakları çiğnediği ve bu yüzden Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu savı yerinde değildir. Söz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü yoktur.

2 — Anayasa'nın 48. maddesi yönünden inceleme :

Anayasa'nın 48. madesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilâtı kurmak ve kurdurmanın Devletin ödevlerinden bulunduğu belirtilmiştir.

Bağ - Kur, sosyal sigorta esaslarına uygun olarak kurulmuş bir örgüttür. Sosyal sigortanın da en belirgin özelliklerinden biri, kapsamına giren kesimin sosyal güvenliğini, sadece Devletten yapılan yardımla veya işverenden kesilen karşılıklarla değil, aynı zamanda sigortalılardan alınan primlerle de sağlamasıdır.

Bağ - Kur, T. C. Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kurumu gibi benzeri kuruluşlardan farklı olarak, bir işveren kesiminin katkısı olmadan, sadece, sigortalıların serbestçe seçtikleri basamak üzerinden, belli bir oranda ödedikleri giriş kesenekleri ve primlerle finanse edilmektedir.

Gerçi, 1479 sayılı Yasanın, kurumun gelirlerini gösteren 15. maddesinin (e) bendinde «gerekli hallerde genel bütçeden yapılacak yardımlar»dan söz edilmekte ise de, bunu, kurumun görevini yerine getirmesini engelleyecek bir durumla karşılaşması halinde Devletin yükümlülüğünü belli eden bir hüküm olarak anlamak gerekir. Sözü geçen bendin başında yer alan «gerekli hallerde» deyimi de bu görüşü doğrulamaktadır.

Bağ - Kur sigorta sisteminde, bu sisteme bağlı olan sigortalıların sosyal güvenliğini sağlayan yine bu sigortalıların kendisidir. Devletin, bu sosyal güvenlikle ilgili haklar ve yükümlülükler bakımından sigortalılar arasında eşitlik ve denge sağlanmasına, sigortalılara bir takım ödemeler yapılıp, haklar verilirken, bunlardan alınmış olan prim miktarlarının göz önünde tutulmasına özen göstermesi gerekir.

Davacının kendisine yaşlılık aylığı bağlanmasına esas tutulmasını istediği 11. basamağın yeni değeri 8.400 lira, bu değer üzerinden ödenmesi gereken bir yıllık primin tutarı ise 8.400 X 0,15 X 12 = 15.120 liradır. Oysa davacı, bu basamağın eski değeri ve eski prim oranı üzerinden, bir yılda 3.750 X 0,13 X 12 = 5.850 lira ödemiştir. Davacıya yaşlılık aylığı bağlanmasına

esas tutulan bir aşağı basamağın (10. basamağın) bir yıllık prim tutarı (13.320) lira bile, kendisinin bir yılda fiilen ödediği prim miktarının iki katının üstündedir.

Davacının, primini ödemediği daha yüksek bir değer üzerinden yaşlılık aylığı bağlanmasını istemesi, sosyal sigorta esasları ile bağdaşmamakta, aynı sisteme bağlı sigortalılar arasında gözetilmesi gereken eşitlik ilkesine de aykırı düşmektedir. Anayasa'nın 48. maddesiyle güdülen amaç, bir grup sigortalıya, başka sigortalıların ödediği veya ödeyeceği primlerden finanse edilmek üzere, çıkar sağlanması değildir.

Bu bakımdan, Bağ - Kur Yasası'na 2229 sayılı Yasa ile eklenen Ek 2. maddenin son fıkrasında yer alan ve eski basamakta geçen sürelerin yeni basamakta geçmiş süreler olarak değerlendirilmesine engel olan hükmün, Anayasa'nın 48. ve öteki maddelerine de aykırı bir yönü yoktur.

Muammer Turan ve Yılmaz Aliefendioğlu bu görüşlere katılmamışlardır.

VI — SONUÇ :

2/9/1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ - Kur) Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Kaldırılmasına ve Bu Kanuna Ek ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine İlişkin 19/4/1979 günlü, 2229 sayılı Yasanın Ek 2. maddenin son fıkrasında «Ancak, eski basamakta geçen süreler yeni intibak ettirilen basamakta geçmiş süreler olarak değerlendirilmez» biçiminde yer alan hükmün Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine, Muammer Turan ve Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

5/5/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Salih Çebi
Üye	Üye	Üye
Muammer Yazar	Ahmet Zeyneloğlu	Hakkı Müderrisoğlu
Üye	Üye	Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
Kenan Terzioğlu	Muammer Turan	Mehmet Çınarlı
Üye	Üye	Üye
Necdet Darıcıoğlu	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

İtirazcı Mahkeme, davacı sigortalıya bağlanacak yaşlılık aylığının hesaplanmasında eski basamakta prim ödediği sürenin hesaba katılmasını engelleyen 2/9/1971 günlü, 1479 sayılı Bağ - Kur Yasası'na 19/4/1979 günlü, 2229 sayılı Yasayla eklenen Ek 2. maddenin son fıkrasındaki «Ancak eski basamakta geçen süreler yeni intibak ettirilen basamakta geçmiş süreler olarak değerlendirilemez.» biçimindeki hükmün Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesindeki «Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilâtı kurmak ve kurdurmak Devletin ödevlerindendir.» denmektedir. Bağ - Kur Yasası'nın 1. maddesinde ise, bu kanunda yazılı sosyal güvenlik hükümlerini sağlamak üzere esnaf ve sanatkârlar ve öteki bağımsız çalışanlar için Sosyal Sigortalar Kurumu kurulduğunu belirtmektedir.

Esnaf ve sanatkârlar ve öteki bağımsız çalışanlar için kurulan ve dayanağını Anayasa'dan alan ve yasayla düzenlenen sosyal güvenlik sistemini, ödenen prime göre maddî olanak sağlayan ticarî amaçlı sigorta şirketlerinin sigortacılık anlayışıyla ele almamak gerekir. Bağ - Kur Yasasıyla sağlanan güvenlik sistemi, memurlar için T. C. Emekli Sandığı'nca, işçiler için Sosyal Sigorta Kurumu'nca sağlanan sosyal güvenlik sistemlerinden esasta ayrı değildir. Anayasal temele ve yasaya dayalı bir sosyal güvenlik sigortasında amaç, kişilere ödedikleri prim karşılığı maaş bağlamaktan çok, günün ekonomik koşullarına göre değişen emeklilik göstergeleri üzerinden tüm emeklilerin dengeli, aynı durumda bulunanların eşit yaşlılık aylığı almalarını sağlamaktır. Bağ - Kur Yasası (36. madde) emekli maaşının bağlanmasında, emekli olana en son prim ödediği gelir basamağında en az bir tam yıl prim ödemesi koşuluyla bulunduğu basamaktan yaşlılık aylığı bağlanmasını öngörmüştür. Olayda davacı 2229 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girişinden önce ve sonra toplam olarak bir yıldan fazla prim ödemesine karşın, itiraz konusu Ek 2. maddenin son fıkrası hükmü nedeniyle, eski basamakta geçen süre, intibak ettirildiği basamakta sayılmayarak kendisine 11. basamak yerine 10. basamaktan aylık bağlanmıştır.

Bu hükme göre, 2229 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce 11. basamakta bir yıl veya daha fazla prim ödeyenlerle, da-

ha az, örneğin bir ay prim ödeyenin bu yasanın yürürlüğe girişinden itibaren bir yıl dolmadan emekli olmaları halinde tümü 10. basamaktan aylık alacaktır. Ayrı durumdakilerin, aynı duruma getirilmesi eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz. Özellikle, 2229 sayılı Yasa'dan önce 11. basamaktan emekli olan ve yeni göstergeye göre hiç prim ödemeyen bir kişi, 2229 sayılı Yasa'dan sonra yine 11. dereceye intibak ettirilerek bu basamaktan maaş alırken, kendisinden seneler sonra emekli olan, daha çok ve yeni basamağa göre de prim ödeyen, ancak yeni durumda bir senesini doldurmadan emekli olan kişinin 10. basamaktan maaş alabilmesi haksız durumu çarpıcı hale getirmektedir.

Böylece, yasanın itiraz konusu edilen hükmü ile Bağ - Kur sigorta sisteminin getirdiği «en az bir tam yıl prim ödenen gelir basamağından emekli olma» ilkesi uygulanmamakta ve aynı gelir basamağında bir yıl veya fazla prim ödeyenler arasında primin eski yasaya veya yeni yasaya göre ödenmesi esas alınarak farklı uygulama getirilmektedir. Bu arada eski yasaya göre emekli olanlar yeni yasaya göre hiç prim ödemedikleri halde bunlar yeni yasadaki aynı basamaktan maaş alırken aynı durumda olup yeni yasa çıkıncaya kadar emekli olmıyanlar, bulundukları son basamakta eski yasa zamanında yıllarca prim ödemiş dahi olsalar, yeni yasa zamanında aynı basamak üzerinden prim ödeme süreleri bir yıldan az olmuşsa emekliliklerinde bir alt basamaktan maaş alabileceklerdir. Bu durum, Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve 48. maddesinde öngörülen sosyal güvenlik anlayışına aykırı düşmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırılık itirazıyla iptali istenen, Bağ - Kur Yasası'na 2229 sayılı Yasayla eklenen Ek 2. maddenin son fıkrasının iptali gerektiği oyu ile verilen karara karşıyız.

Üye	Üye
Muammer Turan	Yılmaz Aliefendioğlu

———oOo———

Esas Sayısı : 1980/29

Karar Sayısı : 1981/22

Karar Günü : 21/5/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEME : İzmir Asliye 2. Hukuk Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 17/2/1926 günlü, 743 sayılı «Türk Kanunu Medenisi»nin 292., 310/2. ve 443. maddeleri hükümlerinin Anayasa'nın 10/2., 12. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I — OLAY :

Davacı, İzmir Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'ne açtığı davada, davalının, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğunun babası ve evli olması nedeniyle evlenmelerinin olanaksız bulunduğunu ileri sürüp babalığa hükmedilmesini istemiş, davalı ise, davayı ve çocuğun davacı ile evlenme vaadiyle geçen beraberliklerinden meydana geldiğini kabul etmiştir.

Mahkeme, davacı vekilinin Medeni Yasa'nın 292., 310/2. ve 443. maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu yolundaki savını ciddi bulmuş ve bu hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtirazcı mahkemenin başvurma kararının gerekçesi özetle şöyledir :

Davalının davayı kabul etmesine karşın, evli olması nedeniyle Medeni Yasa'nın 310. maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşısında davacının istemi doğrultusunda karar vermeye olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar Medeni Yasa'nın 292. ve 310/2. maddeleri hukukça geçerli ailenin korunmasını öngörmekte ise de, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın tümü, özellikle temel hak ve ödevlerle ilgili bölümü gözönüne alındığında, anılan hükümlerin getirdiği engeller Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, doğumla kişilik kazanarak Anayasa'nın 10. maddesinde belirlenen temel hak ve özgürlüklerine kavuşan çocuğun ana ve babası belli olarak nüfusa kaydedilmek, ana ve babadan görevlerini yerine getirmelerini isteyebilmek hakkına sahip bulunması gerekir. Çocuğu babasız durumda bırakmanın hukuk yönünden olduğu gibi maddi ve manevi yönlerden de sakıncalar doğuracağı bir gerçektir. Devlet, Anayasa'nın 10/2. maddesine göre bu temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen durumları ortadan kaldırmak zorundadır. Evlilik birliği dışında doğan çocuğun, aileyi korumak amacıyla öteki çocuklardan ayrı tutularak temel hak ve özgürlüklerden yarar-

lanmada kısıtlı duruma sokulması, Anayasa'nın 12. maddesine de aykırı düşmektedir. Anayasa'nın 35. maddesine göre, aile Türk toplumunun temeli olup, Devlet ve öteki kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Bunun yerine getirilmesi için, yasal engellerin kaldırılması gerektiği kuşkusuzdur.

Nesebi sahih olmayan çocukların, sahih nesebli çocuklardan farklı miras hissesi almasını öngören Medeni Yasa'nın 443. maddesi de aynı nedenlerle Anayasaya aykırıdır.

III — METİNLER :

1 — 17/2/1926 günlü, 743 sayılı «Türk Kanunu Medenisi»-nin Anayasaya aykırılığı öne sürülen hükümleri de içeren 292., 310. ve 443. maddeleri şöyledir :

«Madde 292 — Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz.»

«Madde 310 — Müddeialeyh, anaya evlenme vadettiği veya münasebeti cinsiye bir cürüm veya nüfuzu suistimal teşkil eylediği takdirde; müddeinin talebi üzerine hâkim, onun babalığına hükmeder.»

«Madde 443 — Nesebi sahih olmıyan hısımlar, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların, baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakkıftır.

Baba tarafından nesebi sahih olmıyan bir çocuk yahut füruu, babasının nesebi sahih fürulariyle içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yarısını alırlar.»

2 — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Madde 10 — Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak surette sınırlıyan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; in-

sanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.»

«Madde 12 — Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

«Madde 35 — Aile Türk toplumunun temelidir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Rüştü Aral, Muammer Yazar, Adil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan Necdet Tanyıldız, Bülent Olçay, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmalariyle 22/5/1980 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, sınırlama sorunu üzerinde durulmuştur.

Mahkeme'nin elindeki davada, evli erkekten evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun babalığına hükmedilmesi istenmektedir. Anayasaya aykırı olduğu öne sürülen hükümlerden 292. madde, birbirleriyle evlenmeleri yasaklananlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocukların tanınamıyacağına ilişkin olup, görülmekte olan davada uygulanacak hüküm değildir. Yine iptali istenen 443. madde, nesebi sahih olmayan çocukların miras haklarını düzenlemektedir. Mahkemeye açılan davada, miras hakkı ile ilgili bir istek söz konusu değildir. O halde 292. ve 443. maddeler mahkemenin elindeki davada uygulanma durumunda bulunmamaktadır.

Öte yandan itiraz konusu olan 310. maddenin ikinci fıkrası; cinsel ilişki zamanında davalı evli ise, mahkemece, onun babalığına karar verilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bu kural davayı çözümlemek için uygulanması zorunlu olduğundan, Anayasaya uygunluk denetiminin de bu hükümle sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

Böylece yapılan ilk inceleme sonunda :

«Dosyada eksiklik bulunmadığından esasın 17/2/1926 günlü, 743 sayılı Türk Medeni Yasası'nın 310/2. maddesi ile sınırlı olarak incelenmesine» oybirliğiyle karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, Mahkeme'nin gerekçeli kararı, itiraz konusu yasa hükümleri, bunlarla ilgili metinler, Anayasaya aykırılık savına dayanak tutulan Anayasa kuralları, dosyadaki öteki belgeler okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

İtirazcı Mahkeme, Medeni Yasa'daki 310. maddenin ikinci fıkrasını oluşturan «Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise; hâkim babalığa hükmedemez» biçimindeki hükmün, Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin itirazı ciddi bularak iptalini istemiştir. İtiraz konusu kuralın Anayasa açısından incelenmesine geçilmeden önce evlilik dışı doğan çocuğun hukuksal durumuna değinilmesinde ve konunun genel olarak ele alınmasında yarar görülmüştür.

A) Genel Olarak İnceleme :

1. Evlilik dışı doğan çocuğun Medeni Yasa'ya göre hukuksal durumu :

Medeni Yasa'ya göre evlilik dışında doğan veya evlilik içinde doğmakla beraber nesebi sonradan reddedilen çocuğun nesebi sahih değildir. Evlilik dışı doğan çocuklar dört grupta toplanabilir :

a) Babalarının kim olduğu saptanamıyan çocuklar. Bunların babalarıyla aralarında hukuksal bir ilişki kurulması söz konusu değildir.

b) Yalnızca mali sonuçlu babalık davasının konusu olabilen çocuklar (Doğal babalık ilişkisi).

c) Babaya hukukça bağlanabilen ve onun mirasçısı olabilen çocuklar (sahih olmayan nesep ilişkisi).

d) Evlilik dışı doğmakla birlikte, nesepleri ana ve babanın sonradan evlenmeleriyle, hâkim hükmü ile ya da af yasalarının verdiği yetkiye dayanılarak yönetsel yoldan düzeltilerek, evlilik içinde doğanlarla aynı hukuksal duruma getirilen çocuklar (Sahih nesep ilişkisi).

Yukarıda belirtilen dört grup çocuklardan (b) ve (c) grubundakiler Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen kuralla ilişkilidir. İtirazcı Mahkeme, babaya karşı yalnızca parasal yardım isteminde bulunabilecek durumdaki çocuğu, bu gruptan çıkarılarak babaya hukuken bağlanabilen çocuk olmasını başka bir söyleyişle, sahih olmayan nesep bağının kurulmasını engelliyen kuralın iptalini istemektedir. Bu durumda, özellikle (b) ve (c) grubundaki çocukların babayla olan ilişkileri üzerinde durulması gerekmektedir :

Nesebi sahih olmıyan çocuğun anası doğuran kadındır. Babası, tanıma veya bir hüküm ile belirlenir (Md. 290). Medeni Yasa'nın 291 - 294. maddelerinde kurala bağlanan «tanıma», dava konusunun dışında kalmaktadır. Babanın hükmen belirlenmesine gelince, Medeni Yasa'nın 295. maddesine göre açılacak babalık davası, 297. maddede gösterildiği üzere konusu ana ve çocuk yararına mali sonuçlu olabileceği gibi, malî istemle birlikte, baba ile çocuk arasında bir nesep ilişkisi kurmak, çocuğun babasının soyadını, vatandaşlığını, mirasını almak, nüfusuna kaydedilmek gibi kişisel sonuçlu da olabilir. Mali sonuçlu babalık davasında çocuk ile baba arasında çocuğa nafaka ödenmesi zorunluluğunu içeren doğal babalık söz konusudur. Oysa, kişisel sonuçlu babalık davasında «babalığa hükmedilmesi» durumunda çocuk mali sonuçlar yanında, babasının nüfusuna kaydedilerek soyadını, vatandaşlığını almak babasının ve anasının ailesine karşı miras dahil sahih olmayan nesebe bağlı hak ve görevlere sahip olmak olanağına kavuşur. Böylece, çocuk ile baba arasında sahih olmayan nesep ilişkisinden doğan hukuksal bağ kurulur.

Medeni Yasa'nın 295. ve 297. maddelerine göre açılacak kişisel sonuçlar öngören babalık davasında «babalığa hükmedilmesi» ancak, 310. maddede sayılan koşulların bulunması durumunda olanaklıdır. Söz konusu 310. maddenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülen ikinci fıkrası, cinsi ilişki sırasında, baba evli ise, hâkimin babalığa hükmedemiyeceğini öngörmüştür. Bu durumda evlilik dışı doğan çocukla baba arasında nesebi sahih olmayan ilişkinin kurulması, başka deyişle babalığa hükmedilmesi için babalığın tanıtlanması, 310. maddenin birinci fıkrasındaki unsurların bulunması yeterli değildir. İtiraz konusu ikinci fıkraya göre, aynı zamanda, cinsi ilişki sırasında erkeğin evli olmaması gerekmektedir.

Medeni Yasa'ya göre evlilik dışında doğan çocukların hukuksal durumu böylece ortaya konulduktan sonra, konunun, sağlıklı bir biçimde yaklaşılabilmesini temin etmek bakımından hem insan hakları yönünden, hem de ilgili iç mevzuatımızda bu sorunla çok yakın ve önemli ilişkileri olan af yasaları yönünden de incelenmesi gerekmektedir.

2 — İnsan hakları yönünden inceleme :

10 Aralık 1948 günlü İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesinin ikinci fıkrasında konu ile ilgili olarak şu kural yer almaktadır: «Analık ve çocukluk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar aynı sosyal korunmadan faydalanırlar.»

18 Ekim 1961 günlü, Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'nın I. Bölüm 17. maddesinde de «Evlilik durumuna ve aile bağlarına bakılmadan ana ve çocuğun sosyal durumuna uygun iktisadi korunmaya hakkı vardır» denmektedir. Türkiye tarafından da imzalanan ve onaylanan bu temel metinler, çocuğun, evlilik içinde ve dışında doğduğuna bakılmaksızın kişiliğini geliştirmesi ve ileride topluma sağlıklı bir birey olarak katılabilmesi için gerekli her türlü olanaktan yararlandırılmasını öngörmektedir. Öte yandan Birleşmiş Milletler Örgütü ekonomik ve sosyal kurulunun 18 Mayıs 1973 tarihli kararında, sahih ve sahih olmayan nesepli çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları ilke olarak kabul edilmiştir.

3 — Af yasaları açısından inceleme :

Türk Hukuk Devriminde temel yapıyı oluşturan Medeni Yasa'nın, itiraza konu edilen hükmü toplumsal hayatımıza uyum sağlayamamış ve bu nedenle de pek çok sorunların çıkmasına etken olmuştur. Kimi yasalarda «Af Kanunu», kimilerinde de «Tescil edilmeyen birleşmeler ile bunlardan doğan çocukların tescili hakkında kanun» olarak adlandırılan yasalar, bu toplumsal soruna geçici olarak çözüm arama gayretinin sonucu olarak ortaya çıkmış ve Cumhuriyetin onuncu yılı nedeniyle ilk kez 1933 yılında 2330 sayı ile kabul edilen «Af Kanunu»nu, 1945 yılında 4727, 1950 yılında 5524, 1956 yılında 6652, 1965 yılında 554 ve 1974 yılında 1826 sayı ile çıkan yasalar izlemiştir. Bu yasaları düzenleme zorunluğunda kalan Yasa Koyucunun konuya hangi açıdan baktığını saptayabilmek için yalnızca 20/6/1974 günlü, 1826 sayılı Yasa'nın gerekçesine bakmak dahi yeterlidir. Bu

yasanın gerekçesinde şu görüşlere yer verildiği görülmektedir: «Medeni Kanun yürürlüğe gireli yarım asra yakın bir süre geçmesine karşın evlenmeye ve nesebe ilişkin hükümler hâlâ yerleşmemiştir. Ancak, evlilik dışı çocukların Medenî Kanunu ihlâlde bir kusurları yoktur. Bu çocukların tanınmadıkça ya da yargıç tarafından babalığa hüküm verilmedikçe babaları hanesine kayıt edilebilme olanakları yoktur. Bu gibi çocuklar babasız olmanın üzüntüsünü her zaman yüreklerinde hissetmekte ve doğuştan topluma karşı küskün bir şekilde yetişmektedirler. Evlilik dışı ya da tescil edilmemiş evlenmelerden doğan çocukların hukuki statülerini Medeni Kanun çerçevesi içinde bir düzene koymamak ve onların bazı yurttaşlık haklarından yararlanmalarını engellemek sosyal esprisi yönünden adil bir hukuk Devleti anlayışı ile bağdaşamaz (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 4, Toplantı 1. Cilt 3, S. Sayısı 28, Sayfa 1 - 2).

Sözü edilen bu yasaların ve gerekçelerindeki açıklamaların incelenmesi açıkça şu sonucu ortaya koymaktadır: Medeni Yasa'nın 310. maddesinin ikinci fıkrası kuralı evlilik dışı birleşmeleri önleyememiş, bu birleşmenin etkeni değil ancak sonucu ve ürünü olan çocukların neseplerinin düzeltilmesi bakımından köklü olmayan geçici nitelikteki önlemler zaman zaman çıkarılan af yasaları ile alınmaya çalışılmış ve böylece sözü edilen 310/2. maddenin kapsamında olan çocuklara, sahih nesep bağı ile babalarına bağlanma olanağı tanınmıştır.

B) İtiraz Konusu Kuralın Anayasa Açısından İncelenmesi:

1 — Anayasa'nın genel ilkeleri yönünden inceleme:

Anayasa Mahkemesi'nin 21/10/1971 günlü, esas 1970/53, Karar 1971/76 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa ile güdülen ana erek Başlangıçta (Türk Ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu ana ereğe varılmasını engelleyebilecek ya da yozlaştırabilecek nitelikte hiç bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmadığı, daha açık bir anlatımla bu ereğin Anayasa'nın tüm yapısına, ilke ve kurallariyle ruhuna egemen olduğu tartışma götürmeyen bir gerçektir.

Çağdaş ve uygar ülkelerin mevzuatına bakıldığında sahih ve sahih olmayan nesep ayrımına son verildiği, itiraz konusu kuralı aldığımız İsviçre'de dahi 1976 yılında kabul edilerek Ocak 1978 de yürürlüğe konulan yasa değişikliği ile evlilik içi ve evli-

lik dışı olarak yapılan çocuk ayrımının sona erdirildiği görülmektedir.

Türk Hukuk Devriminin temel yasasını oluşturan ve Adliye Encümeni Mazbatası ve gerekçesinde Türk Ulusunu «çağdaş uygarlık düzeyinde» bir hukuk düzenine kavuşturması amacıyla İsviçre Medeni Yasası'ndan aktarılan Türk Medeni Yasası' nın kimi hükümlerinin; çağdaş anlayışla ve toplumun değişen değer yargılarıyla Medeni Yasa'nın kabulünde güdülen amaca uygun bir biçimde ele alınarak Anayasal denetime bağlı kılınması toplumun dinanizmine ve Anayasa'nın benimsediği Türk Ulusunun daima yücelmesi ve çağdaş uygarlık düzeyine ulaşması biçimindeki ereğine uygun düşmektedir.

2 — Anayasa'nın 10. maddesi yönünden inceleme :

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında «Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.» denilmekle ayrımsız her kişinin salt insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendisinin dahi vazgeçemiyeceği kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirlenmiştir. Kişilik, doğumla başlayıp ölümle sona ereceğine göre kendi ana babasını seçme olanağı bulamayan çocuk da, evlilik dışı dünyaya gelse bile bir «kişi»dir ve Anayasa'nın sözü edilen bu maddesindeki «herkes» sözcüğünün kapsamı içindedir. Çocuğun, ana - babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi haklar çocuğun kişiliğine bağlı temel haklardandır.

Sözü geçen 10. maddenin ikinci fıkrasındaki «Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.» biçimindeki hükümle Devletin, kişinin maddi ve manevi gelişimi için gerekl koşulları hazırlamakla, temel hak ve özgürlükleri, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak biçimde sınırlayan engelleri kaldırmakla görevlendirildiğini gösterir.

Medeni Yasa'nın 310. maddesinin ikinci fıkrasındkai «Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise, hâkim babalığa hükmedemez; biçimindeki hüküm karşısında hâkim, cinsi iliş-

ki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedememekte böylece çocuğun doğal babası ile arasında sahih olmıyan nesep ilişkisi, başka bir deyişle hukuksal bağ kurulamamaktadır. Bu durumdaki çocuk, bu nedenle babasının nüfusuna kaydedilmek, mirasçısı olmak, babanın soyadını taşımak gibi kişiliğine bağlı kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olamamakta annesinin ve babasının kusurundan sorumlu tutularak toplum içinde aşağılanmakta ve kimi haklardan yoksun kılınmışlığın getirdiği eziklikle maddi ve manevi gelişme olanağını bulamamak suretiyle toplumdan soyutlanıp ona karşı önyargılı bir toplum düşmanı haline getirilmektedir. Nitekim benzer bir konuda Alman Anayasa Mahkemesi, görüşlerini «Belirli bir grup insanın kendi iradeleri dışında kalmış bir nedenle, salt bir doğum yanlışı yüzünden aşağılanmalarının - horlanmalarının... eşitlik ilkesi ve kişiliğin serbestçe oluşumu, gelişimi temel hakkı ile bağdaşmıyacağı açıktır.» biçimindeki sözlerle belirtilmiştir (Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, Sh. 9. 1970).

3 — Anayasa'nın 12. maddesi yönünden inceleme :

Anayasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrası ile, «Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.» kuralı konulduktan sonra, ikinci fıkrasındaki «Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.» biçimindeki hükümle bu ilkeye açıklık ve kesinlik kazandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında belirtildiği gibi, yasa önünde eşitlik, aynı durumda olan kişilerin aynı yasa hükmüne bağlı tutulmalarını içerir. Eşitlik, herkesin her yönden aynı yasa hükmüne bağlı olacağı anlamında ele alınamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı neden varsa, bu durumda yasa önünde eşitlik ilkesine yıkırılıktan söz edilemez.

İtirazcı Mahkeme, itiraz konusu kuralın, evlilik birliği dışında doğan çocuğun, öteki çocuklardan ayrı ve ona zarar verici bir durum içine sokulmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır. Gerçekten söz konusu kural, evlilik dışı doğan bir grup çocuğun, babalarının hâkim kararıyla kişisel sonuçlarıyla belirlenmesini ve nesebi sahih olmayan çocuk durumuna gelmelerini engellemekte ve bu çocukların öteki çocuklara oranla maddi ve manevi ayrılık içine itilmelerine neden olarak bunlara kişiliklerinin serbestçe oluşumu ve gelişimi temel hakkını tanımamaktadır. Zina ürünü çocukların, ötekilerle aynı durumda olmadıklarından sözedilerek bunlara ayrı kuralların uygulanma-

sının eşitlik ilkesine aykırı düşmediği görüşü, bu çocukların da «herkes» kapsamı içinde olmaları, ötekiler gibi salt doğumla kişilik kazanmaları karşısında yerinde görülemez. Ana rahmine düştüğü sırada babası, annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yaparak, birinci çocuğu babaya karşı nesepsiz duruma düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınması eşitlik ilkesiyle bağdaşmıyacağı gibi, bunun haklı nedeni de gösterilemez. Aile birliğinin korunması savı konuyla doğrudan ilgili olmaması dolayısıyla haklı bir neden olarak ileri sürülemez. Bir grup çocuğu iterek, horlıyarak, onları kimi temel haklardan yoksun bırakarak aile birliğinin korunacağını düşünmek, bu sosyal olguya, gerçekçi bir yaklaşım olamaz. Çünkü aile birliğini tehlikeye atan ve huzursuzluk yaratan bu tür çocuklara kimi temel hakların tanınması değil, bu duruma zemin hazırlayan normal olmayan kadın - erkek ilişkilerinin varolması ve sürmesidir. Çocuk, bu tür ilişkilerin etkeni değil ancak ürünüdür. Toplum yaşamında önemli olan, bu tür ilişkilerin sonucu doğan çocuğu, toplum dışına iterek ve kimi haklardan yoksun kılarak cezalandırmak değil, onu ortaya çıkaran anormal ve toplumun değer yargıları açısından da ahlâklı davranış sayılmayan ilişkileri yoketmektir.

Nitekim, Birleşmiş Milletler Örgütü Ekonomik ve Sosyal Kurulu'nun 18/5/1973 günlü kararında, sahih ve sahih olmayan nesepli çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları ilke olarak benimsenmiştir.

Sonuç olarak itiraz konusu kural evlilik dışında doğan çocuklar arasında tadhi, babalarının evli olup olmamasına göre bir ayrılığa neden olmaktadır.

4 — Anayasa'nın 35. maddesi yönünden inceleme :

Anayasa'nın sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler başlığını taşıyan ve üçüncü bölümünde yer alan 35. maddesi hükmüne göre «Aile Türk toplumunun temelidir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar.». Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, ana, baba ve çocukları içeren aile kavramından sonra, ananın ve çocuğun ayrıca sayılması, Anayasaca, aile dışında kalan ana ve çocukları koruma görevinin de Devlete bir ödev olarak yükletilmiş olmasındandır.

Nitekim Anayasa koyucunun bu madde ile devlete yüklediği ödevler, maddenin gerekçesinde daha açık ve ayrıntılı biçimde anlatılarak, şu görüşlere yer verilmektedir.

«Ahlâki olduğu kadar hukukî cephesi de bulunan bu hükmün, Anayasa'da yer alması, kanun koyucu için, büyük bir direktif mahiyeti taşımakta ve onu aileyi her bakımdan korumaya teşvik etmektedir. Bu direktif yürütme organının da, aile ve çocuğun korunmasıyla ilgili hükümleri ciddiye almasını ve neticede bu himayenin fiilen gerçekleşmesini sağlıyacaktır. Ana, babasının yardımından mahrum olan veya onlar tarafından maddî manevî yoksulluğa terk edilen yahut evlilik dışında doğan çocukların korunması da, modern Devletin vazifeleri arasındadır. Birçok anayasalarda bu hususta mufassal hükümler mevcuttur. Anayasamız bu teferruatlı tanzimi lüzumsuz bularak genel prensibi koymakla yetinmiş ve direktife uygun olarak teknik himaye hükümlerinin kanunlarla getirilmesini uygun görmüştür.» Gerçekten bu madde, ön tasarıda çok uzun ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve son fıkrada, aynen «Kanun evlilik dışında doğan çocukların beden, fikir ve ruh gelişmelerini ve toplum hayatında, evlilik içinde doğmuş çocuklara denk bir yer elde etmelerini sağlıyacak hükümlerikoyar.» denilmişken, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Alt Komisyonu'nda bu son fıkra metinden çıkarılmış ve maddenin öteki bölümlerinde de kısaltmalar yapılmıştır. Böylece, Anayasa Koyucu ayrıntılı düzenleme yerine, gerekçede de belirtildiği gibi, genel ilkeyi koymakla yetinmiştir. Bununla birlikte anlam açısından ön tasarıda değişiklik yapılmadığı, maddenin gerekçesinde «...evlilik dışında doğan çocukların korunması da, Modern Devletin vazifeleri arasındadır.» biçimindeki deyişten ve konunun Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi sırasında Komisyon sözcüsünün, «...görüştüğümüz madde metnine anasız babasız yoksul çocukların ve evlilik dışı çocukların korunması da dahildir.» biçiminde yer alan açıklamasından anlaşılmaktadır. Böylece, Anayasa, ailenin yanısıra aile dışındaki ananın ve çocukların da korunmasını Devlete bir ödev olarak yüklemiştir.

İtiraz konusu kural zina ürünü çocukların babalarına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanmalarını engellemektedir. Bunun sonucu olarak da, zina ürünü çocuğun yasal olarak babasına karşı nafaka isteminden başka bir başvuru yolu kalmamakta, biyolojik çözümleme, tanık ve başka kanıtlarla babalığı saptanan doğal babayla çocuk arasında nesep ilişkisi kurula-

mamaktadır. Görüldüğü üzere evlilik dışı, özellikle, zina ürünü çocuklar, toplumda babasız çocuk damgası taşıdıklarından horlanmaları, aşağılanmaları, babalarına karşı nafaka isteminden başka bir hak ileri süremememeleri ve babalarının mirasçısı olamamaları nedenleriyle ekonomik ve psikolojik açıdan güç koşullarda bulunmakta ve toplum dışına itilmektedirler. Oysa, Medeni Yasa'ya göre, sahih olmayan nesep bağından çocuk için önemi yadsınamıyacak, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı kimi hukuksal sonuçlar doğmaktadır. Sahih olmayan nesebli çocuk bu yolla babasının soyadını taşıyacak ve onun vatandaşlığını kazanacak (MK. 312. Md.), onun yasal mirasçısı olacaktır (MK. 443. md). Medeni Yasa'nın itiraza konu edilen 310. maddesi kapsamındaki çocuk bu haklardan yoksun kaldığı gibi sahih nesepli olmayan çocuklar için söz konusu edilmiyecek bir tehlike ile de karşı karşıya gelecektir. O da Medeni Yasa'nın 92. maddesindeki belli hısımlarla evlenme yasagıdır. Bu tür çocukların, doğal babalık bağı ötesinde, babaları ile hiç bir hukuksal bağ söz konusu olmadığına göre, bu maddenin yasakladığı evlenmelerle, söz gelimi kardeşiyle evlenme gibi çok ağır bir tehlikeyle karşı karşıya gelebilecek ve bilme durumunda olmadığı bu kimselerle evlenebilecektir. Bu ortamın etkenini itiraz konusu hükmün çocuğun babanın nüfusuna kaydedilememesinin sonucunda oluştuğundan kuşku edilmemelidir. Ailenin, ananın ve çocuğun korunmasını buyuran Anayasa'nın, bu tür sonuçlar doğuran bir yasa kuralı ile uyum içinde olduğu söylenemez. Bireyin insan olmaktan doğan kişiliğini özgürce geliştirme temel hakkıyla da bağdaşmayan bu durum, yasa koyucuyu, Medeni Yasa'nın itiraz konusu hükmü ile buna koşut olan hükümlerinin uygulanmasını engelleyen yasal düzenlemelere gitmeye zorlamıştır. «Af Kanunu» ya da «Tescil edilmeyen birleşmelerle bunlardan doğan çocukların cezasız tescili hakkında kanun» adlarını taşıyan bu yasalar yoluyla bu tür çocukların hukuksal durumlarının düzeltilmesine çalışılmıştır. Böylece hukukumuzda, bir yanda Medeni Yasa hükümleri, öteyanda buna karşıt, bu hükümleri askıya alan af yasaları ikilemi süregelmiş ve bu durum kendiliğinden, itiraza konu edilen kuralın Anayasa ile uyum içinde olmadığını ortaya koyarak kuşkulu bir durum yaratmıştır. Şöyle ki Yasa koyucu itiraz konusu kuralı Anayasa'ya uyumlu bulsaydı, af yasaları çıkarılması yoluyla Medeni Yasa'nın koyduğu bir yasağı askıya alma gereğini duymazdı. Çocuk toplum içinde yalnızlığa itilerek, horlanarak ekonomik açıdan güçsüz bırakılarak korunamayacağına göre, yargı yolu ile babaları be-

ürlenen zina ürünü çocukların, babalarına bağlanmalarını engelleyen itiraz konusu kuralın, «çocuğun korunmasına» ilişkin Anayasa buyruğu ile çeliştiği açıktır.

Anayasamız, yalnızca çocuğu değil, çocukla birlikte aileyi de korumak suretiyle toplumda aile ile aile dışında yer alan ana ve çocuğun çıkarları arasında adil bir denge kurmak istemektedir. Konuyu bu yönden de ele almak ve itiraz konusu kuralın iptal edilmesi halinde ailenin bundan zarar görüp görmeyeceğini de tartışmak gerekmektedir.

Medeni Yasa'nın itiraz konusu kuralın İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alışına gerekçe olarak meşru ailenin korunması gösterilmiştir. Bugün ise bu metin, İsviçre Medeni Yasası'ndan çıkarılmıştır. İsviçre Yasa koyucusu, kuşkusuz, aileyi korumaktan vazgeçememiştir. Özellikle, aile hukuku ile ilgili konularda batılı toplumların insan haklarına ilişkin birçok temel metinde yer verdikleri «ailenin korunması» ilkesinden vazgeçmeleri olası değildir. Bu nedenle geriye kalan tek olasılık, bu kuralın ailenin korunması ile doğrudan ilişkili olduğu yönündeki görüşlerini değiştirmeleridir.

Öğretide, itiraz konusu kuralın alındığı hükmün, İsviçre Medeni Yasasi'na Kilise hukukunun etkisiyle girdiğine işaret edilerek :

a) Aile kurumunun etkinliğini ve otoritesini korumak, evli olmayan kadınların, çocuğu ile birlikte veya çocuk vasıtasıyla evli bir erkeğin yuvasına karışıp aile düzenini yıkmasını önlemek,

b) Serbest birleşmeleri önlemek veya azaltmak,

Amaçlarıyla bu yasaklamanın getirildiği ancak, bu hükmün ailenin korunması ile bir ilgisi bulunmadığı belirtilmektedir.

Bu düşüncelerden ilki yüzeysel bir görüşü yansıtmaktadır. Çünkü aile sarsıntı geçirecekse bunun nedeni, babanın eşinden başka bir kadınla ilişkide bulunmuş ve bu ilişkiden bir çocuğun doğmuş olmasıdır. Çocuğun babaya sahih veya sahih olmayan nesep bağı ile bağlanması aileyi fazla etkilemiyecektir. Medeni Yasaya göre, zina ürünü çocukların açtığı malî sonuçlu babalık davasında da, baba, yargı kararı ile saptanmaktadır. Öte yandan çocukla baba arasında hukuksal bir nesep bağı ku-

rulması çocuğun kendiliğinden babanın ailesine dahil olması sonucunu da doğurmaz. Medeni Yasa'nın 312. maddesine göre, sahih olmayan nesepli çocuğun velâyetinin ana ve babaya verilmesi yargı kararı ile olmakta, hatta, 298. maddenin son tümcesine göre, hâkim gerekli görürse velâyeti ne anaya ve ne de babaya vermeyerek çocuğa bir vasi tayin edebilmektedir. Çocuğun velâyetinin babaya verilmesinin onun aile birliğini önemli ölçüde sarsacağı yolunda ciddi belirtiler bulunması durumunda mahkemenin bunu dikkate alarak karar vereceği doğaldır.

Zina ürünü çocukların babalarına yasal olarak bağlanmalarının aile kurumu zararına serbest birleşmeleri artıracağı düşüncesinde de isabet bulunmamaktadır. Evlilik dışı çocukların babalarına sahih ya da hiç değilse sahih olmayan nesep bağı ile bağlanabilmesine izin verilmesi, hiç kusuru olmadığı halde toplumda çok kötü duruma düşürülen çocuğun korunması ile ilgili bir önlem olup, bunun serbest birleşmeleri artırmaya yönelik bir yanı yoktur. Tersine, serbest birleşmeleri bir ölçüde önlediği savunulabilir. Çünkü evlilik dışı bir ilişkiden doğacak çocuğun soyadını taşımayacağını, mirasçısı olamıyacağını bilen kişi hiç bir sorumluluk duymaksızın bu tür bir ilişkiye girebilir. Bu kişinin, doğacak çocuğun malî, sosyal ve hukuksal sorumluluğunu taşıyacağını bilmesi kendisini daha dikkatli davranmaya itebilir.

Yeri gelmişken şu yönünde açıklanması gerekir. Medeni Yasa'nın itiraza konu edilen hükmü yürürlükte iken 1933 yılında başlayarak 1974 yılına kadar Yasa Koyucunun af yasaları çıkarma zorunluğunda kalması, söz konusu hükmün meşru olmayan birleşmeleri engelleyemediğinin açık ve kesin kanıtıdır. Eğer bu hüküm bu tür evlilik dışı ilişkileri engelleyebilmiş olsaydı, Yasa koyucunun af yasaları çıkararak evlilik dışı olan çocukları korumak istemesi anlamsız olurdu. Bu nedenlerle itiraz konusu kuralın evlilik dışı ilişkileri engellediği ve bu kuralın bulunmaması halinde bu tür ilişkilerin artacağı yolundaki savlar ve öne sürülen görüşler dayanaksız kaldığı gibi kendi içinde de tutarsızdır.

Yukarıdan beri açıklanan nedenlerle 17/2/1926 günlü, 743 sayılı Medeni Yasa'nın 310. maddesinin ikinci fıkrası hükmü Anayasa'nın 10., 12. ve 35. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

Adil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Muammer Turan ve Mehmet Çınarlı yukarıdaki görüşlere katılmamışlardır.

V — SONUÇ :

22/5/1980 gününde alınan ilk inceleme kararı uyarınca sınırlandırılarak incelenen 17/2/1926 günlü, 743 sayılı «Türk Kanunu Medenisi»nin 310/2. maddesi hükmünün Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline Adil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Muammer Turan ve Mehmet Çınarlı'nın karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

21/5/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Muammer Yazar
Üye	Üye	Üye
Adil Esmer	Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu
Üye	Üye	Üye
Nahit Saçlıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu	Kenan Terzioğlu
Üye	Üye	Üye
Orhan Onar	Muammer Turan	Mehmet Çınarlı
Üye	Üye	Üye
Necdet Darıcıoğlu	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

17/2/1926 günlü, 743 sayılı «Türk Kanunu Medenisi» nin 310/2. maddesinin iptali hakkında çoğunlukla verilen yukarıda gün ve sayısı yazılı Mahkememiz kararına, Sayın Hüseyin Karamüstantikoğlu'nun karşıoy yazısındaki nedenler bizim düşüncemizi de yansıttığından katılıyoruz.

Üye	Üye
Adil Esmer	Nahit Saçlıoğlu

KARŞIOY YAZISI

Mahkememiz sayın çoğunluğu kararında vurgulandığı gibi «Türk Hukuk Devriminde temel yapı» olan Medeni Kanun, öncesi ve şer'i hükümlere göre oluşturulmuş toplumun gerek-

sinmelerini karşılama düşüncesiyle değil, toplumu «lâik» düzene itme amaciyle yürürlüğe konmuştur.

Evli erkeğin kendi eşi olmayan bir kadından olan çocuğu nüfusu kütüğüne kaydettirmesini önleyen hüküm, birden çok kadınla evliliğe son veren «lâik anlayış» doğrulamasıdır ve Kanun Koyucunun da yasayı değiştirme yerine Af Kanunları ile buna olanak verişi bundandır.

Sayın çoğunluğumuzca, birden fazla kadınla evliliği hiç benimsememiş toplumlardan söz etmesi ise, örnekleme kuralları na aykırıdır.

SONUÇ :

Çoğunluğumuz kararına açıklanan nedenle karşıyım.

Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu

KARŞIOY YAZISI

İtirazcı Mahkeme, bakmakta olduğu babalık davasında, 17/2/1926 günlü, 743 sayılı «Türk Medenî Kanunu»nun 292., 310/2. ve 443. maddelerinin iptalini istemiş, Anayasa Mahkemesi'nce, incelemenin anılan yasanın 310/2. maddesi ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilmiştir.

Türk Medeni Yasası'nın 310. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: «Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise: hâkim babalığa hükmedemez.»

I) İsviçre Medenî Yasası'ndan alınan Türk Medenî Yasası'nın nesep konusunda yaptığı düzenlemeye değinmek gerekir.

1 — Medenî Yasa'nın nesebi sahih çocuklarla ilgili 241-246. maddeleri ile evlilik içinde doğan çocukların durumu düzenlenmiştir. 241. madde uyarınca, evlilik mevcut iken veya sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasi kocadır. Bu süre geçtikten sonra, asıl olan, doğan çocuğun nesebinin sahih olmamasıdır. Koca tarafından nesebin reddi, evlilik mevcut iken çocuk doğması, evlenmeden evvel veya eşler ayrıldıktan sonra gebelik, redden önce kocanın vefatı ve red hakkının düşmesi hükümleri bu bölümde bulunmaktadır. Bundan sonraki 247 - 252. maddelerde de nesebin düzeltilmesi yer al-

maktadır. 247. madde hükmünce, evlilik dışında doğan çocukların nesebi, ana baba birbirleriyle evlenince kendiliğinden sahih olur. Bunu, ana babanın doğan çocuklarını nüfus memuruna ihbarı, birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin son bulmasıyla evlenemeyen ana babadan doğan çocukların nesebinin hâkim hükmü ile düzeltilmesi, yetki, itiraz davası ve nesebin düzeltilmesinin çocuğun hukuku üzerindeki etkisi hükümleri izlemektedir.

2 — Medeni Yasa'da, nesebi sahih olmayan çocukların durumu 290 - 314. maddelerde ele alınmıştır. 290. madde gereğince nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır. Babası, tanıma veya bir hüküm ile gerçekleşir. Bilindiği gibi, tanıma koşulları ve biçimini içeren 291. maddede tanımanın resmi senet veya ölüme bağlı tasarrufla olacağı, işlemin, tanınan kimsenin kayıtlı bulunduğu yerin nüfus memuruna bildirileceği esası getirilmiştir. Tanımayı yasaklayan 292. madde «Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz.» biçimindedir. 293. ve 294. maddelerde de ana veya çocuk ile üçüncü kişilerin itiraz haklarına yer verilmiştir.

3 — Konumuzla ilgili babalık davası ise Medeni Yasa'nın 295 - 314. maddelerinde ayrıntıları ile açıklanmıştır. Babalığa hükmedilebilmesi için 310. maddenin birinci fıkrası uyarınca, aleyhine dava açılan kimse, anaya evlenme vadettiği veya cinsi münasebet bir cürüm veya nüfuzu kötüye kullanma teşkil eylediği takdirde; davacının istemi üzerine hâkim, onun babalığına hükmeder. İptali istenilen ikinci fıkrada ise «Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise; hâkim, babalığa hükmedemez.» kuralı öngörülmüştür.

4 — Nesebisahih olmayanların miras hakları, Medeni Yasa'nın 443. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre, nesebi sahih olmayan hısımlar, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların, baba yönünden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm verilmiş bulunmasına bağlıdır. Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut füruu, babasının nesebi sahih füruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yarısını alırlar.

Görülüyor ki, İsviçre Medeni Yasası'ndan alınan bu hükümler birbiriyle bağlantılı ve uyumlu bir biçimde düzenlenip benimsenmiş ve 55 yıldan beri de yürürlüğü korunmuştur.

Yasa koyucu, aralıklı olarak «Tescil edilmeyen birleşmeler ile bunlardan doğan çocukların cezasız tescili hakkında Kanun»larla af yoluna gitmiştir. Bugüne kadar 26/10/1933 günlü, 2330; 30/4/1945 günlü, 4727; 1/2/1950 günlü, 5524; 30.1.1956 günlü, 6652; 29/3/1965 günlü, 554 ve 20/6/1974 günlü, 1826 sayılı Yasalar çıkarılmış; 1826 sayılı Yasanın tanıdığı süre 1979 yılında bitmiştir.

II) Yasa koyucunun, Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen 310. maddenin ikinci fıkrasını yürürlükten kaldırmaması, 1974 yılına kadar, 48 yıl içerisinde 6 Af Yasası çıkarması, Medeni Yasa'nın getirdiği sistemi halen değiştirmemek eğiliminde olduğunu göstermektedir.

ATATÜRK'ün gerçekleştirdiği «HUKUK DEVRİMİ»nin bir parçası da Türk Medeni Yasası'nın kabulü ve yürürlüğe konulmasıdır. İstenilen uygarlık düzeyine ulaşılması için Toplumun yapısına, sosyo - ekonomik ve eğitim durumuna göre gerekli yasaların çıkarılması, değiştirilmesi, yürürlükten kaldırılması, ilerleme sürecinde gereksinme duyulan yeni yasalar getirilmesi, Devletin yetkili organı olan Yasa Koyucunun başta gelen görevleri arasındadır. Bu durumda, Medeni Yasa'nın getirdiği sistemin korunması amacıyla iptal konusu hükmün terk edilmiyerek af yasalarıyla yetinilmesi, az önce değinilen sosyal olgunun tamamlanmadığının bir kanıtıdır.

İsviçre'de Ocak 1978 de yürürlüğe giren 25/6/1976 günlü değişiklikle evlilik içi, evlilik dışı çocuk ayrımına son verilmiştir. İngiltere, Fransa, Batı Almanya, İtalya ve Lüksemburg'da da bu yol izlenmiştir. Ancak, batıdaki bu tutum toplumumuz bakımından bir ölçü olamaz. Devletin, sosyal politikasını ilgilendiren bu konuda, değişikliğe gerek olup olmadığını toplum koşullarına göre takdir edeceği açıktır. Şu yönü belirtmek gerekir ki : Anayasa Mahkemesi, 9/7/1961 günlü, 334. sayılı Anayasa'nın 153. maddesiyle Milli Güvenlik Konseyi'nin yürürlüğe koyduğu 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un 3 ve 6. maddelerinin dışında kalan bütün yasa hükümlerinde koşulları bulunduğu takdirde Anayasa'nın 147/1. ve 151. maddeleriyle, 22/4/1962 günlü, 44 sayılı yasa hükümleri uyarınca Anayasaya uygunluk denetimini yapmak yetkisine sahiptir.

III) Bu açıklamadan sonra, iptali istenilen hükmün Anayasa'nın 10., 12. ve 35. maddelerine aykırı olup olmadığı sorunu üzerinde durulmalıdır.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında «Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.» denildikten sonra, ikinci fıkrasında «Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.» hükmü getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde «Bu madde, genel bir direktif niteliğinde olup, ikinci ve üçüncü bölümdeki birçok maddeler esasen devletin bu menfi ve müsbet vazifeleri nasıl yerine getireceği»nden söz edilmiştir.

Kişinin temel hak ve özgürlüklerini ana kurallarla kesin olarak düzenleyen Anayasa, Yasa koyucunun bunları hangi durumlarda ve hangi düşüncelerle ve ne ölçüde sınırlayabileceğini yine kendisi belli etmiş ve ancak bu sınırlamanın bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunamıyacağını kesinlikle açıklamıştır.

Anayasa, 10. maddesinde yer alan sosyal adalet ilkesinin bir tanımını yapmamıştır. Ancak, ikinci kısmın üçüncü bölümünde sosyal adaleti sağlamak amacını güden kimi ilkeler (Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler) başlığı altında birer kural olarak Anayasaya konulmuştur. Kuşkusuz, sosyal adaleti sağlayıcı kuralların sadece bu bölümde yer alanlardan ibaret olduğu söylenemez.

Anayasa'nın kabul etmiş olduğu sosyal adalet deyimine, Anayasa'nın temel düzeni, hukukî ve siyasî sistemi içinde ve ilkelerine uygun olarak bir anlam vermek gerekir. Anayasa'nın benimsediği sosyal adalet ilkesiyle öteki ilkelerin birbirini sınırladığı bir gerçektir. Devlet, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlar. Bu işlev yerine getirilirken özüne dokunulmayan temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın 11. maddesinde belirtilen ve uyulması zorunlu bulunan «...kamu düzeninin, kamu yararının genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasa'nın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle» Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak yasa ile sınırlanabilir.

Babalığa hükmedilmesini engelleyen durum babanın «cinsi münasebet zamanında» evli olmasıdır. Yasal olmayan bu ilişki, Türk Ceza Yasası'nın 440. ve 441. maddeleriyle ceza yaptırımına bağlanmıştır. O halde, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlığın korunması amacıyla temel hak ve özgür-

lükleri sınırlama ilkesine uygun ve çok önce yasalaşan hükümler arasında Medenî Yasa'nın 310. maddesinin ikinci fıkrasında bulunmaktadır. Demek ki, bu hükmün Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğundan söz edilemez. Af yasaları çıkarılması, kimi batı ülkelerinde kaldırılan sınırlama gibi sözü edilen yasağın terke hazırlanılması da, bu hükmün, gereksiz oldûğuna bir dayanak sayılamaz.

Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 12. maddesine göre, herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, yasa önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Eşitlik ilkesinin çiğnenmiş sayılması için eşitliği bozar gibi görünen kuralın, kamu yararına, genel ahlâka ve genel sağlığın korunması gibi haklı nedene dayanmaması gerekir. Yasa önünde eşitlik, aynı durumda olan kişilerin, bir ayrıcalık gözetilmeden aynı hüküm lere bağlı tutulmaları demektir. Bu ilke, herkesin her yönden, aynı yasa hükmüne bağlı olacağı anlamında da ele alınamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı ne den varsa, bu durumda yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez ,28/6/1979 günlü, 8 - 35 sayılı karar, Resmî Gazete, gün : 29/11/1979 sayı : 16824). Bu bakımdan da, itiraz konusu hüküm 12. maddeye aykırı düşmemektedir.

Anayasa'nın sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler bölümünde yer alan ve ailenin korunmasını öngören 35. maddesinde «Aile Türk Toplumunun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar.» hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin gerekçesinde «Ahlâki olduğu kadar hukukî cephesi de bulunan bu hükmün, Anayasa'da yer alması kanun koyucu için bir direktif mahiyeti taşımakta ve onu aileyi her bakımdan korumaya teşvik etmektedir. Bu direktif, yürütme organının da aile ve çocuğun korunmasıyla ilgili hükümleri ciddiye almasını ve neticede bu himayenin fiilen gerçekleşmesini sağlayacaktır. Ana babasının yardımından mahrum olan veya onlar tarafından maddî, manevî yoksulluğa terkedilen yahut evlilik dışında doğan çocukların korunması da, Modern Devletin vazifeleri arasındadır. Birçok Anayasalarda bu hususta mufassal hükümler mevcuttur. Anayasamız bu teferruatlı tanzimi lüzumsuz bularak genel prensibi koymakla yetinmiş ve direktife uygun olarak teknik himaye hükümlerinin kanunlarla getirilmesini uygun görmüştür.» denilmiştir. Ön tasarıda, 35. mad

denin son fıkrasındaki «Kanun hükümlerinin evlilik dışında doğan çocukların beden, fikir ve ruh gelişmelerini ve toplum hayatında, evlilik içinde doğmuş çocuklara denk bir yer elde etmelerini sağlayacak hükümleri koyar.» hükmü, Temsilciler Meclisi Anayasa Alt Komisyonu'nca metinden çıkarılmıştır. Bu fıkra, 1949 tarihli Bonn Anayasası'nın 6. maddesinin beşinci fıkrasından alınmıştır. 35. maddenin Temsilciler Meclisi'nde müzakeresi sırasında komisyon sözcüsü tarafından «...madde metnine anasız, babasız, yoksul çocukların ve evlilik dışı çocukların korunması»nın dahil olduğu açıklanmıştır.

Böylece, Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine, Türk toplumunun temeli olan ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli önlemleri almak ve kuruluşları meydana getirmek ödevi yükletilmiştir. Burada (Devlet) sözünün sadece yürütmeyi ifade ettiği, yasama ve yargı organlarını içermediği ileri sürülemez; devlet kavramı, kuruluşların tamamını içerisine alır. Hizmetin niteliğine ve türüne göre ödevin verileceği kuruluş yasa ile belli edilir (26/9/1968 günlü, 1967/21-36 sayılı karar, Resmî Gazete, gün : 4/3/1969, sayı : 13139).

Anılan maddedeki «...ananın ve çocuğun korunması» deyimine nesebi sahih olmayan çocuklarında dahil olduğu kuşkusuzdur. Korunma için «gerekli tedbirleri» alma ilkesi Medenî Yasa'nın 310/2. maddesindeki yasağın kaldırılması gerektiği biçiminde yorumlanamaz. Çocuğun korunması; bakım, sağlık ve yetiştirme gibi faktörlerin sağlanmasını gerektirir. Bunun belirgin örneği, 334 sayılı Anayasa'nın yürürlüğünden önce çıkarılan 15/5/1957 günlü, 6972 sayılı Yasadır. Bu yasanın 1. maddesinde ana ve babası belli olmayan çocuklar da (korunmaya muhtaç çocuklar) arasında sayılmıştır. Devletin, korunma tedbirlerini alırken, kesinlikle nesebi sahih olmayan çocukların tanınmasını sağlamakla yükümlü tutulduğu da ileri sürülemez. Devlet, alacağı önlemlerin temel hak ve özgürlüklerin özüne ve Anayasa'da öngörülen diğer ilkelere dokunmamak koşuluyla biçimini ve yerine getirme zamanını seçmede serbesttir.

Bu açıklamalar karşısında, itiraz konusu hükmün, Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğu savı da benimsenemez. Kimi kişilerin Medenî Yasa'nın 310/2. maddesindeki yasağa uymaması yüzünden meydana gelen aksamaların düzeltilmesi için çıkarılan af yasaları itiraz konusu hükmün Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğunun kanıtı olamaz. 310/2. maddenin,

bu güne kadar eğitim düzeyi, gelenekler, inanç, genel ahlâk ve genel sağlık gibi nedenlerle Medenî Yasa'da bırakıldığı gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır.

1961 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde yer alan «sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirme» ilkesi ile, 153. maddesindeki «Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi» ereği gerekli önlemleri almak ödevi bulunan Devletin, halen ele almadığı 310/2. maddenin Anayasaya ters düştüğü savını haklı kılamaz. Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülemeyen Devrim yasaları gösterilmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasının 4. bendindeki «..... Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen evlenme akdinin evlendirme memuru tarafından yapılacağına dair medenî nikâh esası ile aynı konunun 110 uncu maddesi hükmü» yukarıda da değinildiği gibi Medenî Yasa'nın diğer hükümlerinin Anayasaya uygunluk denetiminden geçirebileceğini doğrulamaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu yetkisini kullanırken ihtiyaç duyulan bir hükmün getirilmesini ya da bir engeli yok etmek görüşünü benimseyemez.

Açıklanan nedenlerle Medenî Yasa'nın 310. maddesinin ikinci fıkrasının iptaline karşıyım.

Üye
Hüseyin Karamüstantikoğlu

KARŞIOY YAZISI

İtirazcı mahkeme; Türk Medeni Kanunu'nun 292, 310/2. ve 443. maddelerinin Anayasa'nın 10/2, 11 ve 35. maddelerine aykırı olduğuna dair davacı vekilinin savını ciddi bularak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi 22/5/1980 günlü ilk inceleme toplantısında «Dosyada eksiklik bulunmadığından esasın Türk Medeni Yasası'nın 310/2. maddesi ile sınırlı olarak incelenmesine oybirliğiyle» karar vermiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 310. maddesi şöyledir :

«Madde 310 — Müddeialeyhin, anaya evlenme vaâdettiği veya münâsebeti cinsiye bir cürüm veya nüfuzu suistimal teşkil eylediği takdirde; müddeinin talebi üzerine hâkim, onun babalığına hükmeder.

Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise hâkim, babalığa hükmedemez.» Maddenin ilk fıkrası, koşullar mevcutsa davacının talebi üzerine hâkim babalığa hüküm verebilecektir. Babalığa hüküm, yani babalığa bütün şahsi neticeleriyle hükmetmek demek; çocuğun babaya sahih olmayan nesep bağı ile bağlanması, onun soyadını alması, onun ailesine girmesi demektir.

Anayasaya aykırılığı ileri sürülen ve ilk inceleme kararında sözü edilen 310. maddenin ikinci fıkrasında ise cinsi münasebet zamanında davalı (erkek) evli ise hâkim babalığa hükmedemeyecektir. Yasa koyucu bu ilkeyi eş, çocuklar(nesebi sahih çocuklar) ve ailenin korunması için kabul etmiştir. Bura da ailenin durumunu açıklamakta yarar vardır. Aile; evlilik bağı veya kan rabıtası veya istisnai olarak evlât edinme suretiyle birleşmiş olan şahıslardan meydana gelir. Aile toplum için zorunlu bir müessesedir. Kişiyi devlete bağlayan en sağlam bağdır, bu nedenle aile toplumun temelidir. Bu husus Anayasa'nın 35. maddesinin ilk fıkrasında «Aile Türk toplumunun temelidir» denmek suretiyle açıklanmıştır.

Evli bir erkeğin ahlâk kurallarını çiğneyerek cinsi ilişkiler içinde bulunması halini, Medeni Kanun'un 151. maddesinin son fıkrasında yazılı «Karı koca, birbirine sadakat ve müzâheretle mükelleftir.» ve 152. maddede ki «Koca birliğin reisidir.» yine 154. maddede ki «birliği koca temsil eder.» ilkeleri ve yasanın öteki ilkeleriyle bağdaştırmaya olanak yoktur. Aksi takdirde aile müessesesi sarsılır ve çoğunlukla da son bulur. Yasa koyucu, aile müessesesindeki bu denli sarsıntı ve dağılmanın toplumda meydana getireceği olumsuz etkiyi önlemek, genel ahlâkın ve kamu yararının korunması amacı ile bu düzenlemeyi yapmıştır. Bununla, evli erkeğin yasa ve ahlâk kurallarını çiğnemesi önlenmiş, aile bireyleri ve aile müessesesi korunmuştur. Evli bir erkeğin evlilik dışı cinsi münâsebetinden dünyaya gelen çocuğu cezalandırmak gibi bir husus düşünülemez.

Çocuk, evli bir erkeğin cinsi münâsebetinden meydana gelmişse, bu halde, bütün şahsi neticeleriyle babalığa hükmedilmesi istenemeyecek, ancak çocuğun babaya nisbeti kanunî delillere dayanılarak gerçekleştiği takdirde tabi'i babalığa ve nakti tediyata hüküm verilecektir. Tabi'i babalıkta, çocuk, bababa yönünden her ne kadar nesepsiz sayılırsa da Yasa Koyucu değişik tarihler de yürürlüğe koyduğu özel yasalarla bu

boşluğu doldurmuştur. Nitekim; Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Cumhuriyetin 10. yılı nedeniyle ilk kez 1933 yılında kabul ettiği 2330 sayılı yasayı, sırasıyle 1945 yılında 4727 ve 1950 yılında 5524 ve 1956 yılında 6652 ve 1965 yılında 554 ve 1974 yılında da 1826 sayılı yasaları kabul etmiştir.

Sözü edilen bu yasalar da, mahkemeye dava açmaya gerek kalmadan idari yoldan ve her türlü, resim, harç ve cezadan muaf olarak muhtardan alınacak ilmuhaberle veya gerekirse çocuğun temsil muamelelerini yaptırmakla mükellef olan muhtar, düzenleyeceği doğum ilmuhaberini mülkiye amirine verecek, mülkiye amiri de verilen evrakı nüfus idaresine tevdı edecektir. Nüfus idaresi de; evli bir erkekle evli olmayan bir kadının karı - koca gibi yaşamalarından doğmuş olan çocuğu ana, baba veya her ikisi de ölmüş olsa bile nesebi sahih olarak kadın ve erkeğe izafetle tescilini yapacaktır. Kazaî yola nazaran idari yoldan çok fazlası alınabilen bir durum da hakkın özüne dokunulduğundan da söz edilemez. Yargıtay'ın uygulamaları da bu husustaki tereddütlerini giderici niteliktedir. Kaldı ki; Türk Medeni Kanunu'ndaki maddeler birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Sadece bir madde de yapılacak düzenleme veya verilecek iptal kararı bir çok maddeye aynen yansıyacak, Yasanın sistemi ve ilkeleri zedelenecektir.

Bu nedenle çoğunluğun kararına karşıyım.

Üye
Kenan Terzioğlu

AYRIŞIK OY

«Çocuk, sağ doğmak şartiyle ana rahmine düştüğü andan itibaren medenî haklardan istifade eder»se de onun en yakın kan hısımı olan anne ve babası ile biyolojik ve psikolojik kopmaz bağları vardır. Bu nedenle anne ve babasından tamamen ayrı düşünülemez. Diğer canlıların bile yavrularına bağlılıkları herkesce bilinirken insanların çocuklarını, anne ve babalarından ayrı, aileden bağımsız değerlendirmek yanlış olur.

Anayasa «aile Türk toplumunun temelidir» demektedir. Çocuğa, anne ve babasına bu temel ilke açısından bakmak gereklidir. Atatürk devrimlerinin başında gelen bir ilkeye göre de aile bir erkekle bir kadının evlenmesinden ve onların çocuklarından oluşur. Anayasa, 35 inci maddesi ile böyle bir ailenin

korunmasını emretmektedir. Medeni Yasa'nın 310 uncu maddesindeki: «Münasebeti cinsiye zamanında müddeialeyh evli ise; hâkim, babalığa hükmedemez» biçimindeki kuralda Atatürk Devrimlerinin, dolayısiyle Anayasa'nın benimsediği aileyi korumaktadır.

Asırlardan beri bir erkekle bir kadının evlenmelerini özüm semiş, içine sindirmiş bulunan bir İsviçre topluluğu bile, son senelere kadar yasalarında böyle bir hükmün yer almasına gerek duymuşken ancak Atatürk Devrimleriyle taaddüdü zevcat sisteminden ayrılmaya çalışan bir toplum için böyle bir hükmün ve ilkenin zorunluluğu kanımca çok açıktır.

Her insan gibi evli bir erkek ve onunla «zina» da bulunan kadında doğacak çocuklarının hal ve geleceklerini düşünürler. Medenî Yasa'nın, çoğunluk tarafından iptal edilen hükmün zinayı ve zina mahsulü çocukların çoğalmasını önleyen önemli bir hükümdür. Bu hükme rağmen şimdiye kadar evli erkeklerin zina mahsulü çocukları yeterli derecede azalmamışsa bu, taaddüdü zevcat sistemini hâlâ sürdürmek isteyenlerin bulunmasından ileri gelmektedir. Bu çeşit birleşmelerden doğan çocukların nüfusa tescili hakkındaki af yasaları da zina mahsulü çocukların yeterli derecede azalmasını önlemektedir.

Ancak, her şeye rağmen Atatürk Devrimlerinin başında gelen tek erkekle tek kadın evliliğinin; bu evlilikten oluşan ailenin korunmasını, yerleştirilmesini, yaşatılmasını bilâkis Anayasa ve onun «Başlangıç» hükümleri zorunlu kılmaktadır.

Evli bir erkek hakkında, onun zinasından doğan çocuk için, babalığa hükmedilemiyeceği, babalığın kabul edilemiyeceği inancı ve bilinci kesin olarak yerleşirse bu çocukların sayısı hayli azalacaktır. Aksi takdirde birden fazla evlilik (zina) ve bundan doğan çocuk sayısı rahatlıkla artacaktır. Bunun ise ahlâka ve Atatürk Devrimlerine aykırılığı ortadadır.

Babası belli olmayan çocuklar, Anayasamızın 10. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerden mahrum olmadıkları, 12. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı durumda bulunmadıkları gibi, 35. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin koruma tedbirlerinin dışında da değildirler.

Aynı şekilde, evli erkeğin zinasından doğan çocuk için de, babalığın kabul edilmemesinin veya babalığa hükmedilememe-

sinin, dolayısiyle Medeni Yasa'nın 310. maddesi ikinci fıkrası hükmünün, Anayasa'nın 10., 12. ve 35. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Başlıca bu nedenlerle çoğunluğun iptal kararına karşıyım.

Üye
Muammer Turan

KARŞIOY YAZISI

Anayasa'nın 11. maddesinde «Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasa'nın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir» denilmektedir.

Anayasa'nın «Temel Haklar ve Ödevler» başlığını taşıyan İkinci Kısmı'nda yer alan hükümlerin, bu 11. madde ile Kanun Koyucu'ya verilmiş olan yetki gözönünde tutularak yorumlanması gerekir.

Sözü geçen 11. madde ile, Kanun Koyucu'nun, genel ahlâkın korunması amacıyla, temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebileceği kabul edilmiştir.

Evli bir erkeğin zinasından doğan çocuklar için babalığa hükmedilemeyeceği yolunda, «Türk Kanunu Medenisi»nin 310'uncu maddesine konulmuş olan hükmü, Kanun Koyucu'ya verilen bu yetki çerçevesi içinde görüyorum.

Anayasa'nın 35. maddesinde «Aile Türk toplumunun temelidir» denilmektedir. «Aile» sözünden, birbiriyle evlenmiş olan kadın ve erkekle, bu evlilikten doğan çocukların kastedildiğine şüphe yoktur. Maddenin ikinci fıkrası gereğince «ananın ve çocuğun korunması için» gerekli tedbirler alınır ve teşkilât kurulurken, birinci fıkrada belirtilen temelin sarsılmaması, zarar görmemesi lâzım gelir. Aksi takdirde, iki fıkra hükmü arasında bir çelişki bulunduğundan sözetmek yerinde olur.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurarken, «Türk toplumunun temeli» olan aileye zarar vermeyecektir. Evli bir

erkeğin zinasından doğan çocuk için, hâkimin babalığa hükmetmesi bu kurala ters düşecek, aileyi sarsacaktır.

Kanun Koyucu'nun, tescil edilmeyen birleşmelerle, bunlardan doğan çocukların cezasız tescili hakkında kanunlar çıkararak, evlilik dışında doğan çocukların hukukî durumlarını düzeltme yoluna gitmesi, çoğunluk görüşünde ileri sürüldüğü gibi, Medenî Kanun'un 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün Anayasaya uygunluğu hususunda şüphe duyulmasına hak verdirmez.

Eğer Kanun Koyucu sözü geçen fıkranın Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varsaydı, bu konuda ikide bir «Af Kanunu» çıkaracağına, o fıkrayı kaldırarak meseleyi kökünden çözümlerdi.

Kanun Koyucu, Medenî Kanun'un 310. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan «Münasebeti cinsiye zamanında, müddei aleyh evli ise; hâkim babalığa hükmedemez» kuralını Anayasaya uygun görmekte, bu kuralı saklı tutmak istemektedir. Zaman zaman «cezasız tescil» için kanunlar çıkarılıp bu kuralın askıya alınması, yurdumuzda, tarihî gerçeklere dayanan geçiş döneminin zorunlu kıldığı bir davranıştır. Medenî Kanun'un yürürlüğe konulmasından önce yerleşmiş bulunan çok evlilik alışkanlığı toplumdan bıçakla kesilir gibi sökülüp atılamaz. İşte, Kanun Koyucu, toplumun bazı kesimlerinde meşru sayılan ve -azalarak da olsa- devam etmekte bulunan çok evliliklerden doğan çocukların durumunu düzeltmek için, zaman zaman kanunlar çıkarmış, fakat, Medenî Kanun'da yer alan esas kuralı —bir süre askıya alsa bile— feda etmemiştir.

Medenî Kanun'un 310 uncu maddesinin 2. fıkrası iptal edilerek evli bir erkeğin zinasından doğan çocuğun babası adına tesciline imkân verilmesi, çok evliliği teşvik edici bir rol de oynayacaktır. Türk kadınlarını, bir erkeğin ikinci, üçüncü karısı olmaya razı olmaktan alıkoyan, önemli bir engel (doğuracağı çocukların babasız kalacağı veya o erkeğin meşru karısı üzerine tescil edileceği engeli) de bu iptal kararıyla ortadan kalkmış olacaktır.

Yukarıda açıkladığım gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Mehmet Çınarlı

———oOo———

Esas Sayısı : 1981/15

Karar Sayısı : 1981/25

Karar Günü : 26/11/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Bursa Asliye 5. Hukuk Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 1086 sayılı «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu» nun 16/7/1981 günlü, 2494 sayılı Yasa'nın 14. mad desiyle değiştirilen 180. maddesinin ikinci ve aynı yasanın 16. maddesiyle değiştirilen 195. maddesinin birinci fıkrası hükümlerinin Anayasa'nın 12. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali istemidir.

I — OLAY :

Bursa Asliye 5. Hukuk Mahkemesi'nin 1981/727 esas sırasında kayıtlı 250.000 liralık alacak davasının 29/9/1981 gününde yapılan birinci oturumunda, Mahkeme kendiliğinden, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 16/7/1981 günlü, 2494 sayılı Yasayla değiştirilen 180. maddesinin ikinci ve 195. maddesinin birinci fıkrası hükümlerini Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulmuş ve Anayasa'nın değişik 151. maddesi uyarınca iptallerine karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin dayandığı gerekçe özetle şöyledir :

Hukuk Yargılamaları Usulü Yasası'nda değişiklik yapan 2494 sayılı Yasa 18/8/1981 gününde yürürlüğe girmiştir. Dava dilekçesinde deliller ikâme edilmemiş, masraf da verilmemiştir. Yasanın 180. maddesinin birinci fıkrasında yer alan «zorunlu» olmanın anlamı açık ve kesindir. Davada bu maddede öngörülen yasal gereğe uyulmadığına göre davacı bunun sonucuna katlanmalıdır. Oysa itiraz konusu ikinci fıkra, bu buyruğa uymayanlara kesin süre verdirerek, getirdiği zorunluluk hükmünü kaldırmış, böylece, koyduğu hükmü etkisiz, anlamsız bir duruma getirecek çelişkili, davada ilgili olanları şaşırtıcı, «müşkülde bırakıcı» bir ortam oluşturmuştur. Bu zorunlulu-

ğa uyulmayacaksa birinci, uyulacaksa ikinci fıkra hükmünün yersizliği ortadadır.

Bu fıkra, ayrıca davalı yönünden haksızlığa da neden olmaktadır. Davalı, yasanın 195/1. maddesi gereğince on gün içinde savunmasını yapmak ve karşı delillerini bildirmek zorundadır. Davacı bu düzenleme yoluyla dilekçesine delillerini eklemek yükümünden belli bir süre kurtulduğuna göre, davalı çaresiz kalmakta ve adeta davasında davacıya yardım etme durumunda bırakılmaktadır.

Sonuç olarak 1086 sayılı «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu»nun 16/7/1981 günlü, 2494 sayılı Yasa ile değişik 180/2. ve 195/1. maddesindeki on günlük süre hakkındaki hükümler, yasanın amacıyla uyumsuz, çelişkili ve davanın yanları arasındaki eşitliği bozucu olmaları nedeniyle Anayasaya aykırıdır.

III — YASA METİNLERİ :

1086 sayılı «Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu»nun 16/7/1981 günlü, 2494 sayılı Yasa ile değişik, iptalleri istenen hükümleri de içeren 180. ve 195. maddeleri, 18 Temmuz 1981 günlü, 17404 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan metne göre şöyledir :

«Madde 180 — Dava dilekçesinde sözü edilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerin dilekçeye eklenerek mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yapılması ve gerekli posta giderinin pul olarak verilmesi zorunludur.

Birinci fıkra hükmünün yerine getirilmemesi veya eksik getirilmesi halinde, hâkim ilk oturumda istenen hususların on günlük kesin süre içinde yerine getirilmesini veya eksikliğin tamamlanmasını davacı tarafa bildirir.

Madde 195 — Davalı, ilk itirazları ile birlikte esas dava hakkındaki cevabını ve varsa karşı delillerini, dava dilekçesinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren on gün veya hâkim tarafından bir süre tayin edilmiş ise o süre içinde mahkeme kalemine bildirmek ve bir örneğini de davacıya tebliğ ettirmek zorundadır.

Yukarıda belirtilen on günlük süre, 8/1/1943 tarih ve 4353 sayılı Kanuna tabi Kamu Kuruluşları hakkında otuz gündür».

IV — İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca 26/11/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında aşağıdaki sorun üzerinde durulmuş, bunun incelenmesine geçilmeden önce de, dosyada görülen bir eksikliğe yalnızca değinilmekle yetinilmiştir.

Bursa Asliye 5. Hukuk Mahkemesi'nin gönderdiği 1981/727 esas sayılı dava dosyasına ait duruşma tutanağı örneğinde, 29/9/1981 gününde yapılan duruşmanın birinci oturumuna davacı ve davalı vekillerinin geldikleri ve mahkemenin kendiliğinden Anayasaya aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ve duruşmanın 22/10/1981 gününe bırakılmasına karar verdiği yazılıdır. Bu davanın, bağlı olarak gönderilen 1/9/1981 günlü ve aynı gün kayda geçen dava dilekçesi ile açıldığı anlaşılmaktadır. Buna karşın itirazcı mahkemenin gerekçeli başvurma kararında, esas numarası olarak 1981/697 - 727 sayılarının yazılı olduğu gibi ayrıca «Mahkememizde açılan 1981/697 esas sayılı dava Bursa Belediyesi tarafından 24/8/1981 tarihinde, 1981/727 esas sayılı dava bir şahıs tarafından bir şahıs aleyhine açılan alacak davalarıdır. Her iki davada ve bir çok davalarda dava dilekçesine dava ile ilgili deliller eklenmemiş, delillerin tamamlanması gereken bilgi ve masraf verilmemiştir» denildiği görülmekte ise de, aşağıda açıklanan nedenlerle ve sonuca etkisi olmadığı da gözönüne alınarak işin bu yönü üzerinde durulmasına gerek duyulmamıştır.

Anayasaya aykırılığı iddia olunan her iki fıkra hükmü de 16/7/1981 günlü, 2494 sayılı Yasa ile kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.

27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un 3. maddesinde «Milli Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yayımlanan bildiri ve karar hükümleri ile yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ileri sürülemez» hükmü yer almakta, 6. maddesinde de, «Milli Güvenlik Konseyi'nin Bildiri ve Kararlarında yer alan ve alacak olan kanunların 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Anayasa hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği olarak ve yü-

rürlükteki kanunlara uymayanları da kanun değişikliği olarak yayımladıkları tarihte ve metinlerinde gösterilen tarihlerde yürürlüğe girer» denilmektedir.

Sözü edilen yasanın bu hükümleri karşısında, Milli Güvenlik Konseyi'nce kabul edilerek yürürlüğe konulan yasa hükümleri hakkında mahkemelerce Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemeyeceğinden, istem bu nedenle reddedilmelidir.

V — SONUÇ :

İtiraz konusu hükümleri kapsayan 16/7/1981 günlü, 2494 sayılı Yasa, Milli Güvenlik Konseyi'nce 16/7/1981 gününde kabul edilerek 18/7/1981 günlü, 17404 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış bulunduğundan, istemin, 27/10/1980 günlü, 2324 sayılı «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un 3. maddesi uyarınca başvuran mahkemenin yetkisizliği yönünden reddine,

26/11/1981 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Zeyneloğlu
Üye	Üye	Üye
Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
H. Semih Üzmert	Orhan Onar	Selahattin Metin
Üye	Üye	Üye
Mehmet Çınarlı	Mahmut C. Cuhruk	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
Servet Tüzün	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

———oOo———

Esas Sayısı : 1981/3

Karar Sayısı : 1981/27

Karar Günü : 26/11/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Aşkale Asliye Ceza Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 5/5/1972 günlü, 1587 sayılı Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. maddelerinin Anayasa'nın 7. maddesiyle 12.

maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I — OLAY :

Nüfus Kaydının dayanağı olan ölüm belgesinin sahte olarak düzenlendiği iddiası ile sanıklar hakkında açılan Kamu davasında Mahkeme, ölüm tutanağındaki imzaların Adli Tıp Meclisi'nce incelenmesine ve bu incelemenin yapılabilmesi için sözkonusu belgenin aslının o yer nüfus memurluğundan istenmesine karar vermiştir.

Nüfus Memurluğu, Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. ve Nüfus işlerine ait yönetmeliğin 212. maddelerine dayanarak istenen belgenin aslının gönderilmesine olanak bulunmadığını bildirmiştir.

Mahkeme, Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. maddelerinin, ölüm tutanağının aslının incelenmesi için getirttirilmesini ve böylece yargılamayı engellediği kanısına vararak bu durumu Anayasaya aykırı bulmuş ve sözü geçen maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne kendiliğinden başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

Başvurma kararının gerekçesi özetle şöyledir :

Mahkeme, sahte olduğu ileri sürülen ölüm tutanağındaki yazı ve imzalar açısından bilirkişilerce inceleme yapılması için sözü edilen belgeyi nüfus memurluğundan istemiş, memurluk bu belgenin 1587 sayılı Nüfus Yasası ve Yönetmeliği hükümleri uyarınca dairelerinden dışarı çıkarılıp gönderilemiyeceğini mahkemeye bildirmiştir. Aşkale ilçesinde imza karşılaştırması yapabilecek uzman kişi bulunmadığından, belge aslının gereken incelemenin yapılabilmesi için Adli Tıp Meclisi'ne gönderilmesi gerekmesine karşın 1587 sayılı Yasa'nın 14. ve 61. maddelerinin engelleyici hükümleri karşısında sözü edilen tutanağın incelettirilmesi olanağı ortadan kalkmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 7. maddesine göre yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanan bağımsız mahkemelere ve adalete olan güven duygusunu azaltmış ve böylece yargı yetkisinin kullanılmasını engellemek yolu ile sözü edilen yasa kurallarını Anayasa'nın 7. ve 12/1. maddelerine aykırı duruma düşürmüştür.

III — METİNLER :

1 — İtiraz konusu yasa maddeleri :

5/5/1972 günlü, 1587 sayılı Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. maddeleri şöyledir :

«Madde 14 — Nüfus kütükleriyle dayanaklarını başmemur ve sorumlu memurlarla denetleme ve teftişe yetkili olanlardan başka hiç kimse göremez ve inceleyemez. 61 inci madde hükmü saklı kalmak şartıyla adli makamlarla resmi dairelere ve ilgilinin kendisi, karı veya kocası, veli, vasi veya resmi vekili usui ve füruu ile ikinci dereceye kadar olan civar hısımlarına nüfus kayıtları örnekleri; istenildiğinde verilir. İlgili bütün nüfus memurları vazifeleri dolayısıyla aileler ve fertler hakkında öğrenecekleri halleri gizli tutmaya mecburdurlar.»

«Madde 61 — Her nüfus dairesi diğer nüfus dairlerinden askerlik şubesi ve adalet mercilerinden istenilen bilgiler ve kopyaları onaylı olarak verir. Bunların dışında mahallin en büyük idare amirinin yazılı emri olmadıkça hiçbir daireye kopya, özet ve bilgi veremezler.

2 — Dayanılan Anayasa Kuralları :

«Madde 7 — Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.»

«Madde 12/1 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Adil Esmer, Hakkı Müderrisoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyla 10/2/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında «Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen yasa hükümleri üzerinde sınırlama yapmaya gerek olup olmadığının işin esası incelenirken ayrıca ele alınıp karara bağlanmasına» oybirliğiyle karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

A — Sözlü açıklama :

İşin esasını incelemek üzere Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Hakkı Müderrisoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Muammer Turan, Mehmet Çınarlı, Necdet Darıcıoğlu, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyla toplanan Anayasa Mahkemesi, «Nüfus İşleri Genel Müdürlüğü yetkilisi ile Polis Enstitüsü'nden grafoloji konusundaki bir uzmanın sözlü açıklamada bulunmaları için adı geçen kurumlardan 44 sayılı Yasa'nın 29. maddesi hükmü uyarınca çağırılmalarına, bu kurumlara, söz konusu yasanın 30. maddesi gereğince ve 26/6/1981 Cuma günü saat 10.00'da Anayasa Mahkemesi'nde bulundurulmalarını teminen çağırı kâğıdı çıkarılmasına» 4/6/1981 gününde oybirliğiyle karar vermiştir. 26/6/1981 gününde yapılan toplantıda İçişleri Bakanlığı Nüfus İşleri Genel Müdürlüğü'nü temsilen gelen Nüfus İşleri Genel Müdürü Nihat Üçyıldız ile Emniyet Genel Müdürlüğü'nden yetki ile gönderilen uzman Sadık Cahit Çengel dinlenmişlerdir.

1 — Nüfus İşleri Genel Müdürü'nün yaptığı açıklama özetle şöyledir :

Nüfus kütüklerinin toplum düzeninin temel unsuru olduğu, bunların 2500 kaydı içerecek biçimde 100 yapraklı ciltler halinde bulunduğu, öteki nüfus kayıtlarının dayandığı belgelerin ise yıl sonlarında 700 ilâ 1000 adedinin birlikte ciltlendiği, bu ciltlerin Nüfus Memurluğu'ndan dışarı çıkarılmaları durumunda ciltlerde kaydı veya belgesi bulunan öteki vatandaşlarla ilgili işlemlerin duracağı, kaybolmaları durumunda ise kamu hizmetinin önemli oranda aksayacağı açıktır.

Mahkemelerimiz, nüfus kütükleriyle, nüfus kayıtlarına dayanak olan belgelere ilişkin incelemeleri teknik zorunluluk yok ise işin özelliğini göz önünde tutarak nüfus memurluklarında yaptırmaları, ancak Mahkemenin incelemenin nüfus memurluğunda yapılmasını olanaksız bulması durumunda vereceği karar doğrultusunda işlem yapılarak mahkeme kararlarına uyulması, mahkeme karar verdiği takdirde nüfus kütüklerinin istenilen yere gönderilmesi gerekir kanısındayım.

2 — Emniyet Genel Müdürlüğü yetki belgesini taşıyan uzmanın yaptığı açıklama özetle şöyledir :

Sağlıklı bir imza incelemesinin yapılması için belgenin aslının mutlak suretle görülmesi gerektiğini, fotokopiler üzerinde doğru bir sonuca varılamayacağını, öteyandan imza incelemelerinin ancak mikroskop ve bazı aletlerle yapılabilmesi, bu cihazların çok hassas ve pahalı olmaları, bir yerden biryere götürülmeleri durumunda kırılabilmeleri ve kimi zaman ekip çalışmasında zorunluluk olması nedeniyle laboratuarda yapılması gerekir.

B — İNCELEME :

İşin esasına ilişkin rapor, başvurma kararı ve ekleri, iptali istenen yasa hükümleri ve dayanılan Anayasa kuralları, bunlarla ilgili yasama belgeleri, konuya ilişkin öteki metinler okunduktan sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

1 — İncelemenin Sınırlandırılması Sorunu :

Davada uygulanacak yasa hükümlerinin belirlenmesi ve itirazın incelenmesi, böylece uygulanacak yasa hükümleri hakkındaki Anayasaya aykırılık sorununun çözümü için, ilk inceleme kararı uyarınca önce iptali istenen hükümlerin sınırlandırılmasına yer olup olmadığının karara bağlanması yerinde olur. İtiraz konusu kuralların kendi içlerinde bütünlük oluşturmaları, getirdikleri düzenleme açısından adalet makamları ile ilgili hükümlerin öteki kuruluşlardan ayırt edilmesi olanağının bulunmaması nedeniyle incelemenin bir sınırlamaya bağlı tutulmadan yapılması gerekmektedir.

2 — İtiraz konusu kuralların Anayasa açısından incelenmesine geçilmeden önce aşağıdaki konuların ele alınmasına gerek görülmüştür.

a) Nüfus kayıtlarının ve imza incelemesinin özelliği :

Nüfus Yasası'nın 13. maddesinde, aile kütükleri ile dayanaklarının resmi belgelerden olduğu ve bunların aksi sabit oluncaya kadar geçerli sayılacağı belirtilmiştir. Nüfus aile kütük kayıtlarının taşıdığı nitelik, her şeyden önce bunların, yetkili makamlarca usulüne göre düzenlenmiş doğru olan ve yalnızca gerçekleri yansıtan belgelere dayandırılmaları ve onlara uygun bir biçimde tesis edilmeleri zorunluğunu ortaya koyar.

Doğum, ölüm tutanaklarının, kişisel duruma ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararları gibi dayanak belgelerinin, nüfus kü-

tük kayıtları yönünden büyük önem taşımaları hem Nüfus Yasası hem de Medeni Yasa gereğidir. Bu bakımdan yasa, dayanak belgelerinin de nüfus kütüklerinde olduğu gibi hem Nüfus İşleri Genel Müdürlüğü'nde ve hem de ilgili nüfus dairelerinde saklanmalarını öngörmüştür. Bu konudaki uygulamaya göre dayanak belgelerinin 700 - 1000 adedinin birlikte, nüfus kütüklerinin ise 2500 kayıdı içerecek biçimde ciltlendikleri anlaşılmaktadır. Dayanak belgelerini içeren bir cildin, her hangi bir belgenin aslının incelenmesi amacıyla nüfus memurluğundan çıkarılması durumunda, incelenmesi gerekmiyen öteki tüm belgelerle ilgili hizmetlerin bir süre durduğunu ve bu belgelere ilişkin istenen bilgilerin verilemediğini kabul etmek gerekir Nüfus kütükleri ile ilgili bir cildin gönderilmesi durumunda 2500 kişiyle ilgili kayıtlar bakımından da aynı sakıncalı durumun ortaya çıkması doğaldır.

Konuya bu açıdan bakıldığında, nüfus kütüklerinin ve dayanak belgelerinin kişisel duruma bağlı toplum düzeninin temel öğelerinden biri olduğu, düzgün tutulmaları ve iyi saklanmaları gereği kendiliğinden anlaşılır.

Öte yandan, kimi durumlarda bu belgelerde yer alan imzaların ve yazıların uzman kişilerce ve teknik özel araç ve gereçlerle incelenmesi gerçeğe ulaşmanın tek yolu olabilir. Nitekim bu gibi durumlarda belgenin aslının görülmesi gerektiği, incelemenin mikroskop ve özel aletlerle yapılmasında zorunluk bulunduğu, bu aygıtların çok kıymetli ve hassas olmaları nedeniyle laboratuarlardan çıkarılamadıkları, dolayısıyle sağlıklı bir incelemenin ancak laboratuarlarda yapılabileceği sözlü açıklama kararı üzerine Emniyet Genel Müdürlüğü'nden çağrılan uzman kişice belirtilmiştir.

b) İmza ve yazı incelemeleriyle ilgili kurallar :

Usul hukukunda bu konuda bazı düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 85. maddesinde «Bir vesikanın doğruluğunu veya sahteliğini tahkik etmek yahut failini meydana çıkarmak için ehlihibre marifetiyle yazı ve mühür tahkikatı yapılabilir» denmektedir. Ancak sözü edilen yasanın 88. maddesinde «Resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikalar münderecatının ifşası memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenmez. Şu kadar ki bu beyan kâfi görülmezse o dairenin mensup ol

duğu Vekâlete müracaat olunabilir» biçiminde yer alan hükmün, 85. maddenin tek ayrık durumunu oluşturduğu görülmektedir.

Hukuk Yargılamaları Usulü Yasası'nda konu, 308., 309/1. ve 3, 310. ve 314. maddelerde daha ayrıntılı düzenlenmiş, 311., 322. ve 324. maddelerde ise, incelenmesi gereken senedin veya belgenin bir memurun resmi görevi nedeniyle elinde bulunma sı durumunda dahi aslının mahkemeye teslim edilmesi öngörülmüştür.

c) İtiraz konusu kuralların kapsamı :

Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali istenen Nüfus Yasa sı'nın 14. ve 61. maddeleri incelendiğinde bu maddelerin; yerel nüfus yönetimlerince, kimi kuruluş ve kişilerle adli makamlara nüfus kayıtlarının onaylı örneklerinin ve bu kayıtlarla ilgili bil gilerin verilmesini, bunların dışında hiçbir daireye en yüksek yerel yönetim amirinin yazılı emri olmadıkça, kopya, özet ve bilgi verilmemesini hükme bağladığı görülür.

Bu maddelerle yapılan düzenlemenin, konusu suç oluştu ran veya bir suç nedeniyle oluşan belgeleri kapsamayıp genel nitelikte bulunduğu açıktır.

Hukuk ve ceza davalarında kişilerin ölüm, doğum, evlenme, boşanma, cinsiyet, yaş gibi kişisel ya da kişiliğine bağlı durumlarına ilişkin nüfus kayıt örneklerine ve bunların dayanakları olan belgelere başvurulduğu sık sık görülen olaylardandır. Bunun gibi Askerlik Daireleri ile öteki resmi kuruluşların ve gerektiğinde kişilerin de nüfus kayıtlarını istedikleri bilinen gerçeklerdendir.

İtiraz konusu 14. ve 61. maddeler, bu gereksinmeleri düzenleyen ve nüfus dairelerinden hangi kuruluşlarca bilgi, özet ve onanlı kayıt örnekleri istenebileceğini ve bu kayıtlarla dayanaklarını inceleyebileceğini öngören kurallardır. Nitekim 14. maddeye ilişkin tasarı gerekçesinde «Bu maddelerle, nüfus kütükleri ve dayanakları sorumlu memurlar, adli merciler ile denetleme ve teftişe yetkili kılınanlardan başkalarının inceleme ve görmelerine cevaz verilmemiş, ancak nüfus kayıt örneklerinin adli makamlarla ilgili dairelere, karı veya kocaya, veli veya vasiye ve resmi vekiline verilmesi, nüfus kayıtlarının gizli tutulması ve nüfus memurlarına evlenme memurluğu yetkisi ve rilmesi hususları hüküm altına alınmıştır.» 61. madde ile ilgili

gerekçede ise «Bu madde ile nüfus kayıt örneklerinin hangi daire veya kimselere verilebileceği açıklanmıştır.» denilerek bu maddelerle yapılan düzenlemenin amacı açıkça ortaya konulmuş bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere nüfus kütükleriyle bunların dayanaklarını oluşturan belgelerin asıllarının mahkemelerce incelenmesinde veya incelettirilmesinde zorunluluk bulunduğunda, yargılama usulüne ilişkin kuralların uygulanacağı doğaldır. Çünkü itiraz konusu kurallar yargılama usulüne ilişkin yasal düzenlemeleri açık ya da örtülü biçimde yürürlükten kaldırmış değildir.

d) İtiraz konusu kuralların, hâkimin delilleri inceletme ve el koyma yetkilerine ayrık durum getirip getirmediği sorunu :

Mahkeme iddia ve sav karşısında imzanın gerçekten sanığa ait olup olmadığını anlayabilmek için belgenin aslını getirterek imzayı uzman bir kuruluşta incelettirmek istemiş, ancak nüfus dairesi, bu istemi, Nüfus Yasası'nın itiraz konusu maddelerinden ve nüfus yönetmeliğinden söz ederek yerine getirmekten kaçınmıştır. Mahkeme, iptali istenen maddelerin Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'ndaki bazı kuralları uygulama dışında bıraktığı görüşündedir.

Yukarıda da açıklandığı gibi itiraz konusu kurallar, nüfus kayıtlarının incelenmesi ve onaylı örneklerinin verilmesi ile ilgili düzenleme getirmelerine karşın, Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın hâkime tanıdığı yetkileri sınırlamamaktadırlar. Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. maddelerinde bu yönde bir açıklık bulunmadığına göre, hâkime, bir belgenin doğruluğunu veya sahteliğini anlayabilmek için inceleme yapmak görev ve yetkisini veren Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 85. ve onu izleyen maddelerde, mahkemeye her türlü tanıtlama nedenlerinin «ihzar» ve «iradı» yönünden yetki veren 237., delillerin değerlendirilmesiyle ilgili 254. maddelerde bir değişiklik veya sınırlama söz konusu değildir.

Öteyandan, itiraz konusu maddeler, usule ilişkin yasalarda yeni yöntem ve kurallar koymadığına göre, ceza yargılamasıyla ilgili «genel» kurallarda bir değişiklik meydana getiren «Özel Yasa Kuralı» olarak da kabul edilemezler.

3 — Anayasaya aykırılık sorununun incelenmesi :

a) Anayasa'nın 7. maddesi yönünden inceleme :

İtiraz yoluyla başvuran Mahkeme, Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. maddelerinin Nüfus daireleri dışında, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına olanak vermediğini, dosyanın sürüncemede kal dığını, böylece yargı yetkisinin kullanılmasının engellendiğini ileri sürmektedir.

Mahkemelerin, gördükleri davalarda delilleri toplayıp de ğerlendirmede tam bir serbestiye sahip olmaları, yargılamanın her türlü baskı ve sınırlamanın dışında bulunması, Anayasa'nın 7. maddesine göre Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanma sının doğal gereğidir. Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasaya ay kırılık itirazına konu edilen Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. maddeleri, Ceza Yargılamaları Usulü Yasası hükümlerinin uygulanmasını engeller nitelikte değildir. İtiraz konusu maddeler, ceza yargılama usulü alanında özel bir kural ve yargı yetkisinin kullanılmasında bir sınırlama getirmemektedir. Anayasa'nın 132. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği gibi yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Öteyandan, mahkemelerin de, nüfus kayıtlarının kamu düzeni yönünden arzettiği önemi ve nüfus kayıtlarının veya dayanaklarının nüfus dairelerinin dışına çıkması durumunda belgelerin kaybolması olasılığının bulunduğunu ve hizmetlerin aksayabileceğini gözden uzak tutmayacakları, zorunluluk olmadıkça bu yolda karar vermiyecekleri ve zorunluluk hallerinin takdirinin ise mahkemeye ait olduğu kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, mahkemenin, Nüfus Yasası'nın 14. ve 61. maddelerinin yargı yetkisinin kullanılmasını engellediği yolundaki görüşü yerinde bulunmamıştır.

b) Anayasa'nın 12. maddesi yönünden inceleme :

Mahkeme, iptali istenen kurallar nedeniyle, sanığın savının, doğru olup olmadığının anlaşılamadığını ölüm tutanağı üzerinde bilirkişi incelemesi yapılamadığını, bu durumun Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesine uymadığını ileri sürmektedir.

İtiraz konusu edilen kurallar, yukarıda açıklandığı üzere Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nda, değişik bir düzenleme getirmediği gibi, bu yasanın kimi hükümlerini değiştirici ve uygulanmasını engelleyici nitelikte de değildir. Mahkemece, kimi kişilerle ilgili bilirkişi incelemesinin sırf nüfus kayıtlarına bağlı olması nedeniyle yapılamayacağı yolunda öne sürdüğü görüşün yerinde olmadığı ve bu durumun eşitlik ilkesiyle ilgili bir yönü de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 113. maddesindeki «Bakanlıklar ... Kanunların ... uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler...» kuralı karşısında, bir yönetmeliğin Nüfus Yasası'na aykırı olan hükmüne dayanılamıyacağını belirtmekle yetinilmesi yerinde görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle 5/5/1972 günlü, 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 14. ve 61. maddelerinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. İtirazın reddi gerekir.

VI — SONUÇ :

5/5/1972 günlü, 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun itiraza konu edilen 14. ve 61. maddelerinde Anayasaya aykırılık bulunmadığına ve itirazın reddine,

26/11/1981 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Zeyneloğlu
Üye	Üye	Üye
Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
H. Semih Özmert	Orhan Onar	Selahattin Metin
Üye	Üye	Üye
Mehmet Çınarlı	Mahmut C. Cuhruk	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
Servet Tüzün	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

———oOo———

Esas Sayısı : 1981/4

Karar Sayısı : 1981/28

Karar Günü : 26/11/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Tatvan Sulh Ceza Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 9/5/1969 günlü, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın 112. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan «...veya 1918 sayılı Kanun'un 6829 sayılı Kanunla değiştirilen 25 inci maddenin birinci fıkrasına göre verilen para ce

zası hükümleri kesindir» biçimindeki kuralın Anayasa'nın 2, 12, 31. ve 139. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali isteğidir.

I — OLAY :

14/3/1980 günü kuşku üzerine emniyet mensupları tarafından, üzerinde altı buçuk kilo kaçak tütünle yakalanan sanık hakkında, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın 96. maddesi aracılığı ile 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 2248 sayılı Yasayla değişik 25. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca, tüketim ve kullanma kaçakçılığından cezalandırılması isteğiyle, Tatvan Cumhuriyet Savcılığı'nca 14/3/1980 günlü, 1980/116-63-32 sayılı iddianame ile kamu davası açılmıştır.

Yargılamayı yapan, görevli Sulh Ceza Mahkemesi 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın 1918 sayılı Kanun'un 6829 sayılı Kanunla değişen 25. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki para cezalarının kesinliğine yollama yapan 112. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasaya aykırı olduğu kanısına vararak, bu fıkranın iptali için itiraz yoluna başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtiraz yoluna başvuran mahkemece itirazın gerekçesinde özetle : Kaçak tütünle yakalanan sanık hakkında 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın 96. maddesi ve 2248 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca cezalandırılması istemiyle, kamu davası açıldığını, fiilin sübutu halinde sanığa bu maddelerin uygulanacağını, ancak 1177 sayılı Yasanın 112. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinin 1918 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasına gönderme yaptığını, bu göndermeye göre, hükmedilecek para cezalarının kesin olduğunu, daha önce 1918 sayılı Yasanın 55. maddesinin son fıkrasında «Sulh mahkemelerinden verilen hüküm veya karar katidir» biçiminde yer alan benzer nitelikteki kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından 29/4/1969 günlü, 61/23 sayılı kararla iptal edildiğini, böylece Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 305 maddesinde öngörülen sınırlamalar dışında, yalnız para cezasına ilişkin kararların da temyiz olanağına kavuştuğunu, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın Kanun yolunu önleyen

112. maddesinin 2. fıkrasının «...veya 1918 sayılı Kanunun 6829 sayılı Kanunla değiştirilen 25 inci maddesinin birinci fıkrasına göre verilen para cezası kesindir.» hükmü kaldırıldığı takdirde, tüketim ve kullanma kaçakçılığı nedeniyle verilen ve bin lirayı aşan para cezası için de Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 305. maddesine göre, temyiz hakkının doğacağını, Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın dışında kalan tüm kaçakçılık eylemlerinden dolayı verilen hükümlere karşı temyiz hakkı tanındığını, 1918 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasındaki para cezalarının Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 305. maddesindeki ceza sınırlarını aşmasına karşın 1177 sayılı Yasa'nın 112. maddesinin ikinci fıkrasındaki gönderme nedeniyle hükmedilen bu kabil para cezalarına ilişkin kararların kesin olmasının Anayasa'nın 2., 12., 31. ve 139. maddelerindeki ana ilkelere aykırı bulunduğundan iptali gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.

III — YASA METİNLERİ :

1 — İtiraz konusu yasa kuralı :

9/5/1969 günlü 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu'nun itiraz konusu hükmü de içeren 112. maddesi şöyledir :

«Madde 112 — 76, 88, 89, 91, 95, 96, 102, 110 uncu maddelerle 103 üncü maddenin ikinci ve 108 inci maddenin üçüncü fıkraları hariç olmak üzere bu kanunda yazılı suçlara, Tekel İdaresi'nin yazılı başvurması üzerine o yerin Sulh Ceza Mahkemesince karar verilir.

Bu mahkemelerce verilip 20 lirayı aşmayan veya 1918 sayılı Kanun'un 6829 sayılı Kanunla değiştirilen 25 inci maddenin birinci fıkrasına göre verilen para cezası hükümleri kesindir.»

2 — İlgili yasa kuralları :

a) 1177 sayılı Yasanın 96. ve 111. maddeleri :

«Madde 96 — 45 inci madde hükmüne aykırı olarak ellerinde yaprak tütün bulunduran kimselerin tütünlerine elkonulur ve herbir kilo veya artığından 25 lira ağır para cezası alınır.»

«Madde 111 — 76, 88, 89, 91, 95, 96, 102, 110 uncu maddelerle, 103 üncü maddenin ikinci ve 108 inci maddenin üçüncü fıkralarında yazılı suçları işleyenler hakkında 1918 sayılı Kanun'un 6829 sayılı Kanunla değiştirilen 25 inci maddesi hükmü ve o Kanunun kovuşturma ve yargı usulleri uygulanır.»

b) 1918 sayılı Yasanın 6829 ve 2248 sayılı Yasalarla değişik 25. maddesi :

«Madde 25 — (29/8/1956 - 6829) — Bu kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında yazılı haller haricinde, kaçak inhisar maddelerini istimal veya istihlâk maksadiyle yanlarında veya herhangi bir yerde bulunduranlar ile gümrükten kaçırılarak yurda sokulmuş eşyayı kaçak olduğunu bilerek kendisinin veya başkalarının ihtiyaçlarında kullanmak üzere yurt içinde satın alan veya bilerek yanlarında yahut herhangi bir yerde bulunduranlar gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin, inhisar maddeleri için hususi kanunlarında yazılı para cezasının birer misli hafif para cezası ile cezalandırılır.

Madde ve eşyanın müsaderesine de hükmolunur. Bu suretle hükmolunacak hafif para cezası 10 liradan aşağı olamaz.

Para cezasının miktarı (50) lirayı tecavüz ettiği takdirde tecavüz eden miktar için her üç lira ve küsuru bir gün hesabıyla ayrıca hafif hapis cezası da hükmolunur. Bu suretle verilecek hafif hapis cezası bir seneyi geçemez.

Yukarıki fıkralar dışında kalan ve bu kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçları failleri bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile birlikte gümrük kaçağı eşyanın gümrük resmi ile sair devlet resimleri tutarının inhisar kaçağı maddeler için hususi kanunlarında yazılı para cezasının birer misli ağır para cezası ile cezalandırılır ve bu nevi eşya ve maddelerin de müsaderesine hükmolunur.

Eşya ve maddelerin müsadere edilememesi veya memnu eşya ve maddelerden madut bulunması veya bunlar için hususi kanunlarında para cezası tayin edilmemiş olması hallerinde hükmolunacak para cezasına bunların gümrüklenmiş piyasa değeri miktarınca bir meblâğ ilâve olunur.

Kaçırılan eşya veya maddenin CİF değeri (1000) liradan aşağı olduğu takdirde 3 üncü fıkrada yazılı cezalar yarı nisbetinde indirilerek hükmolunur.»

«Madde 25 — (12/6/1979 - 2248) Bu kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında yazılı haller haricinde, kaçak inhisar maddelerini istimal veya istihlâk maksadiyle yanlarında veya herhangi bir yerde bulunduranlar ile gümrükten kaçırılarak yurda sokulmuş eşyayı kaçak olduğunu bilerek kendisinin ve-

ya başkalarının ihtiyaçlarında kullanmak üzere yurt içinde satın alan veya bilerek yanlarında yahut herhangi bir yerde bulunduranlar gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin, inhisar maddeleri için CİF değeri ile birlikte hususi kanunlarında yazılı para cezası veya resminin birer mişli hafif para cezasıyla cezalandırılır. Madde ve eşyanın müsaderesine de hükmolunur. Bu suretle hükmolunacak hafif para cezası bin liradan aşağı olamaz.

Para cezasının miktarı beşbin lirayı geçtiği takdirde, geçen miktar için yüz lira ve artığı bir gün hesabıyla ayrıca hafif hapis cezası da hükmolunur. Bu suretle verilecek hafif hapis cezası bir yılı geçemez.

Yukarı ki fıkralar dışında kalan ve bu kanunda ayrıca cezası bulunmayan hernevi kaçakçılık suçları failleri bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla birlikte gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin, inhisar kaçağı maddeler için CİF değeri ile birlikte hususi kanunlarında yazılı para cezasının veya resminin birer misli ağır para cezası ile cezalandırılır. Ve bu nevi eşya ve maddelerin de müsaderesine hükmolunur.

Eşya ve maddelerin müsadere edilememesi veya memnu eşya ve maddelerden madut bulunması veya bunlar için hususi kanunlarında para cezası tayin edilmemiş olması hallerinde hükmolunacak para cezasına bunların gümrüklenmiş piyasa değeri miktarınca bir meblâğ ilâve olunur.

3 — Dayanılan Anayasa kuralları :

«Madde 2 — Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.»

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

«Madde 31 — Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.»

«Madde 139 — (20/9/1971 - 1488) Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir...»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Muammer Yazar, Ahmet Zeyneloğlu, Adil Esmer, Hakkı Müderrisoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, Kenan Terzioğlu, Orhan Onar, Necdet Darıcıoğlu, İhsan N. Tanyıldız, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyla 10/2/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyanın eksikliği bulunmadığından, işin esasının incelenmesine oy birliği ile karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, başvurma kararı ve ekleri, iptali istenilen yasa ile Anayasa kuralları, bunlarla ilgili yasama belgeleri ve öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Güvenlik görevlilerince, 14/3/1980 günü 6,5 kilo kaçak tütünle yakalanan sanığın, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın 96. ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Yasa'nın 2248 sayılı Yasa ile değişik 25. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca cezalandırılması istenmiş ve hakkında açılan kamu davasının görülmesi sırasında görevli Sulh Ceza Mahkemesi, 1177 sayılı Yasanın 112. maddesinin ikinci fıkrasında «...veya 1918 sayılı Kanunun 6829 sayılı Kanunla değiştirilen 25 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, verilen para cezası hükümleri kesindir» biçiminde yer alan kuralın Anayasa'nın 2., 12., 31. ve 139. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

A) İtiraz konusu kuralın anlam ve kapsamının incelenmesi :

İtiraz konusu kural, ilk kez 9/6/1930 günlü, 1701 sayılı Tütün İnhisarı Yasası'nın 71. maddesinde «itiraz üzerine sulh mahkemelerinden verilen yirmi liraya kadar (yirmi lira dahil) para cezaları hakkında verilecek kararlar katidir» biçiminde yer almış, sonradan bu yasayı kaldıran 10/6/1938 günlü, 3437 sayılı

Tütün ve Tütün İnhisarı Yasası'nın 107. maddesinin ikinci fıkrasında, «Bu mahkemelerce verilip yirmi lirayı aşmıyan veya 1918 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrasına göre hükmedilen para cezası ve değeri 50 liravı geçmiyen eşyanın müsaderesi kararları katidir» biçimine dönüşmüştür. Bu yasayı yürürlükten kaldıran 9/5/1969 günlü, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın 112. maddesinin ikinci fıkrası, itiraz konusu kuralı yürürlüğe koymuş bulunmaktadır.

Yukarıda sözü edilen ve yürürlükten kaldırıldığı belirtilen yasa maddelerinin gerekçelerine tasarılarda raslanmamış, yasama organlarında da söz alan olmadığından bu maddelerin düzenlenme nedenleri saptanamamıştır.

1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın taşıdığı hükümler açısından, özel bir yasa olduğu kuşkusuzdur. Böyle olunca da bünyesinde düzenleme getirdiği konulara ait özel hükümler bulunması doğaldır. Nitekim, kullanmak ve tüketim amacıyla kaçak tütün bulundurmak eylemi suç niteliğinde görülmüş ve 1918 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasına gönderme yapılarak Ceza yaptırımına bağlanmıştır.

1918 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasında sonradan yapılacak ceza miktarlarıyla ilgili yasal bütün değişikliklerin, bu gönderme nedeniyle uygulanacağı açıktır. Ceza miktarlarında yapılan değişikliğin evvel veya sonraki yasalardan birine özgü olduğunu düşünmek, kanun koyucunun göndermeden elde etmek istediği amaca ve sonuca uygun düşmez.

Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın 112. maddesinin ikinci fıkrasındaki «...veya 1918 sayılı Kanunun 6829 sayılı Kanunla değiştirilen 25 inci maddesinin birinci fıkrasına göre verilen para cezaları kesindir» kuralı, yalnızca tüketim ve kullanma amacıyla kaçak tütün bulunduranlar hakkında 1177 sayılı Yasanın genel gerekçesinde de bildirildiği gibi özel olarak konduğundan, bu kuralın, Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 305. maddesinde, genel nitelikte belirlenen kurala aykırılığı söz konusu olamaz. Kaldı ki, sözü edilen 305. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan «Bu kanun ile sair kanunlarda kat'i olduğu yazılı bulunan hükümler temyiz olunamaz» kuralı bu ilkeyi açık olarak benimsemiştir.

B) Anayasaya aykırılık savının incelenmesi :

İtirazcı mahkeme, yukarıda da açıklandığı gibi, 1918 sayılı Yasanın 25/1. maddesi uyarınca tüketim kaçakçılığı suçlarında bin liradan az olmamak üzere beşbin liraya kadar yalnızca hafif para cezasına karar verilebileceğini, oysa Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nın 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasa ile değişik 305. maddesinin hafif para cezalarında kesinlik sınırını bin lira olarak (bin lira dahil) saptamış bulunmasına ve bu yasa gereği Tütün ve Tütün Tekeli Yasası dışında kalan tüketim kaçakçılığı eylemlerinden dolayı verilen bin liranın üzerindeki hafif para cezalarına ilişkin hükümlerin temyiz edilebilmelerine karşın, itiraz konusu kuralla, Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın kapsamında olan tüketim kaçakçılığı eylemlerinden dolayı verilen ceza kararlarına ilişkin temyiz yolunun kapatılmış olmasının, Anayasa'nın hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine, hak arama hürriyetine ve Yargıtay'ın adliye mahkemelerinden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğunu öngören 139. maddesine aykırı olduğu savını öne sürmektedir.

9/5/1969 günlü, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nın genel gerekçesinde, tütünün üretici ve tüketici ülkelerin ekonomik yaşamlarında önemli rol oynadığı, önceleri iklim ve toprak koşulları bizim gibi uygun olan az sayıda ülkenin tekeli altında bulunan tütün üretim ve ticaretinin, teknik imkânlardan yararlanılarak bir çok devletin gelir sağlamaya çalıştığı bir konu haline gelmesi ve uluslararası ticarette şiddetli rekabete neden olması, tüketimi sürekli olarak artan bu maddenin gerek dış ticaret yoluyla gerek öteki yollarla sağlanan gelirleri de artırması, yurdumuzda üç yüz yıl gibi uzun bir geçmişi olduğu ve konunun, tarımsal, sosyal ve ekonomik yaşamımızdaki son derece önemli olan yönü belirtilerek tasarının hazırlandığı açıklanmaktadır.

Gerçekten tütünün özellikle ekonomimizdeki son derece etkin yerinin yanı sıra insan sağlığını bozucu etkisi de göz önünde tutulmuş ve bunun üretimi ile satışı Devletin tekeli altına alınmıştır. Bu nedenle tütünün öteki tekel maddeleriyle örneğin çay, tuz, ispirtolu içkilerle bir tutulmaması hukuka aykırı görülemez. Bu bakımdan konunun özel bir yasa ile düzenlenmesi ve yasaklanan bazı eylemlerin genel Usul yasasından ayrılarak özel kurallara bağlanması, Anayasaya aykırılık nedeni olarak gösterilemez ve değerlendirilemez.

Bu nedenle, öteki yasalarla karşılaştırılma yapılarak itiraz konusu hükmün Hukuk Devleti ilkesine ters düştüğü söylenemez.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, Anayasa'nın 12 maddesine göre yasa önünde eşitlikten ne anlaşılması gerektiğini açıklıkla belirtmiştir. Kimi yurttaşların durumlarındaki özellik ve ayrılık dolayısıyla ve haklı nedenlerle başka kurallara bağlı tutulmasında yasa önünde eşitsizlikten söz edilemez

Bir mahkeme hükmünün kesin olup olmaması bir yöntem işidir. Anayasa'nın 136. maddesi bu düzenlemeyi, Anayasaya uygun olma koşulu ile yasama organına bırakmıştır.

Bu nedenlerle itiraz konusu kuralda kimi mahkeme kararının kesin olduğunun belirtilmesinde Anayasa'nın 31. maddesindeki hak arama özgürlüğünü zedeliyen, savunma hakkını kısıtlıyan, kişi hürriyetine güvensizlik getiren bir durum yaratıldığı ve dolayısıyle 139. maddeye aykırılığın oluştuğu düşünülemez.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, itiraz konusu hükümde Anayasaya aykırı bir yön bulunmadığından itirazın reddine karar verilmelidir.

Yılmaz Aliefendioğlu bu sonuca katılmamıştır.

SONUÇ :

9/5/1977 günlü, 1177 sayılı «Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu»nun 112. maddesinin itiraza konu edilen ikinci fıkrasında «...veya 1918 sayılı Kanun'un 6829 sayılı Kanunla değiştirilen 25 inci maddenin birinci fıkrasına göre verilen para cezası hükümleri kesindir» biçiminde yer alan hükmün Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine, Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşıoyuyla ve oyçokluğuyla,

26/11/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Zeyneloğlu
Üye	Üye	Üye
Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu	Hüseyin Karamüstantikoğlu
Üye	Üye	Üye
H. Semih Üzmert	Orhan Onar	Selahattin Metin
Üye	Üye	Üye
Mehmet Çınarlı	Mahmut C. Cuhruk	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
Servet Tüzün	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için itiraz yoluyla başvurulan 1177 sayılı Yasa'nın 112. maddesinin ikinci fıkrası, 1918 sayılı Yasa'nın 29/8/1956 günlü 6829 sayılı Yasayla değişik 25. maddesine gönderme yapmaktadır. Bu madde 6829 sayılı Yasayla değişik biçimiyle içerdiği suçu işleyenlere 10 ilâ 50 lira hafif para cezası verilmesini öngörmekteyken, daha sonra 2248 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle bu ceza 1000 ilâ 5000 liraya çıkarılmıştır.

Söz konusu göndermenin 25. maddedeki 6829 sayılı Yasadan sonraki değişiklikleri içermemesi ve dolayısıyla maddenin 2248 sayılı Yasayla değişik biçiminin yerel mahkemede görülmekte olan davada uygulama hükmü olmaması gerekir. Ancak davayı gören mahkemenin 1918 sayılı Yasanın 25. maddesinin, 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasayla değişik biçimiyle uygulama maddesi görmesi ve Mahkememizin de bu durumu uygun bulması karşısında, itiraz konusu edilen kuralın 1918 sayılı Yasanın 6829 sayılı Yasayla değişik 25. maddesinin birinci fıkrasına yaptığı göndermenin, aynı maddenin 2248 sayılı Yasayla değişik biçimini de kapsadığını kabul etmek ve karşı oyumuzu bu duruma göre belirtmek zorunluğu ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nce verilen, 1918 sayılı Yasa'nın 55 maddesinin son fıkrasında yer alan «Sulh mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar kesindir» hükmünün iptaline ilişkin 29/4/1969 gün, E. 1968/61 K. 1969/23 sayılı kararın gerekçesinde açıklandığı gibi; Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti olmak yönetilenlere hukuk güvencesini sağlayan bir düzeni kurmaktır. Böyle bir düzenin kurulması, yasama ve yargı yetkileri ile yürütme alanına giren bütün etkinliklerin, hukuk kurallarıyla sınırlandırılması, temel hak ve özgürlüklerin değiştirilmesi ve aykırı davranılması kolay olmayan metinler içinde, Anayasa ilkesi haline sokulması ile gerçekleştirilebilir.

Anayasa, ilgililerin mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurma olanağına sahip olmalarını hak arama temel hak ve özgürlüğünün ve hukuk güvenini sağlama ereğinin gereği görmüştür. Ayrıca suç ve ceza arasında bir denge bulunması, benzer suçları işleyenlerin benzer ceza ve uygulamayla karşılaşması hukuka güven ve saygı bilincini oluşturur.

Ceza usulü alanında genel kurallar koyan Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası, 298. maddesi ile Cumhuriyet Savcısının ve sanığın mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurabileceklerini ve 305. maddesi ile, ceza mahkemelerince verilen kararların temyiz edilebileceğini hükme bağlamış, aynı madde kendi içinde bu genel hükme ayrık düşen kuralları belirlemiştir. Genel kural bu iken, 1177 sayılı Yasanın 112. maddesinin ikinci fıkrasıyla 1918 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasına göre verilen para cezası hükümlerinin kesin olduğuna ilişkin kural getirilerek, CMUK'nun 305. maddesiyle getirilen ayrık durumun bu suçlar için beş kat yükseltilmesi hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz.

Kanunun eşitlik ilkesi açısından incelenmesine gelince :

9/5/1969 günlü, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası, tütünle ilgili bazı düzenlemeler ve yasaklamalar getirmekte ve bu yasaklamalara uyulmaması durumunda verilecek cezayı göstermektedir. Başka bir deyişle, bu yasa, suçu saptamakta, bu suçların işlenmesi durumunda verilecek cezayı ve yöntemi ise, daha hafif suçlar için kendisi belirlerken, daha ağırca suçlar için 1918 sayılı Yasaya bırakmaktadır. 1177 sayılı Yasanın itiraz yoluyla Anayasaya aykırılığı ileri sürülen 112. maddenin ikinci fıkrası, bu yasada belirlenen suçlara yetkili Sulh Ceza Mahkemelerince verilen 20 lirayı aşmayan veya yine 1177 sayılı Yasadaki suçları işleyenlere aynı yasanın 112. maddesi uyarınca 1918 sayılı Yasanın 6829 sayılı Yasayla değişik 25. maddesi hükmüne göre verilen para cezalarının kesin olmasını öngörmektedir. Bu duruma göre 1177 sayılı Yasaya göre verilecek para cezaları, 112 maddenin ikinci fıkrasında ve CMUK. nun 12/6/1979 günlü, 2248 sayılı Yasayla değişik 305/1. maddesinde belirlenen sınırı aşması (1001 lira olması) durumunda temyiz edilebilirken, aynı Tütün ve Tütün Tekeli Yasası'nda belirtilen başka suçlardan dolayı 112. maddede yapılan gönderme nedeniyle 1918 sayılı Yasaya göre verilen ceza 5000 lira da olsa temyiz edilemiyecektir. Sonuçta daha hafif ceza temyiz edilebilirken, daha ağır cezada temyiz yoluna gidilemiyecektir.

Ayrıca, 1918 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasının öteki kaçakçılık suçlarında uygulanması sonunda verilecek para cezaları ile, 1177 sayılı Yasa'daki gönderme nedeniyle aynı fıkraya göre verilecek para cezaları arasında da aykırılık yaratacaktır. Böylece aynı yasanın aynı maddesinin aynı fıkrası-

na göre verilen ve 1000 lirayı aşan para cezalarından bır kısmı temyiz edilebilirken, bir kısmı temyiz edilemiyecektir. Bu iki durum Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı düşer. Çünkü temyize başvurma Anayasa'da güvence altına alınan bir hak arama yolu olup, aynı cezalarda aynı biçimde uygulanmalıdır.

Öteyandan, benzer nitelikteki 11/12/1936 günlü, 3078 sayılı Tuz Yasası'nda, 8/6/1942 günlü, 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler Yasası'nda, 20/5/1942 günlü, 4223 sayılı Kahve ve Çay İnhisarı Yasası'nda, 21/6/1927 günlü, 1118 sayılı Oyun Kâğıtları inhisarı hakkındaki Yasada ve 19/7/1972 günlü, 1615 sayılı Gümrük Yasası'nda, bu yasalara göre verilecek cezaların kesin olduğuna ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın iptali gerektiği oyu ile verilen karara karşıyım.

Üye
Yılmaz Aliefendioğlu

———oOo———

Esas Sayısı : 1981/16

Karar Sayısı : 1981/29

Karar Günü : 29/12/1981

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı Askerî Mahkemesi.

İTİRAZIN KONUSU : 9/7/1953 günlü, 6123 sayılı Yasa ile değişik 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 258. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan «Eğer fiil, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyla vaki olmuşsa birinci fıkradaki hal için iki aydan altı aya, ikinci fıkrada yazılı hal için dört aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir» biçimindeki hükmün Anayasa'nın 12. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali istemine ilişkindir.

I — OLAY :

Aktepe Köşk Mahallesi'nde bazı kişilerin silahlı olarak dolaştıkları bu yer polis karakoluna duyurulmuş, bunların yaka-

lanmalarını sağlamak için, yörede araştırma yapmak üzere bindirilmiş bir güvenlik ekibi görevlendirilmiş: 1/2/1980 günü Kavlak Sokak civarında bu ekibi gören ve ekipçe dur, kaçma, teslim ol! uyarılarına aldırış etmeyen ve taşıdığı silahlı görevli polis ekibine ateş ederek kaçmaya çalışanlardan biri, silahlı çatışma sonunda yaralı olarak ele geçirilmiştir. Yapılan soruşturma sonunda; yakalanan kişinin, «Halkın Kurtuluşu» adlı yasa dışı örgüte üye olduğu, daha önce 5/12/1979 gününde işlenen silahlı bir soygun olayına karıştığı, 26/11/1979 günü bir eve silah boşaltmak ve patlayıcı madde atmak, 22/10/1979 günü görevli polis memuruna silahla ateş etmek ve 9/12/1979 günü polis otosunu silahlı taramak suçlarını işlediği öne sürülmüş ve tüm bu eylemlerinden dolayı TCK'nun 141/5., 497/2., 264/6. 7 - Son., 258/2 - 3., 6136 sayılı Kanunun 13. ve TCK'nun 55/3., 33. ve 36. maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle hakkında kamu davası açılmıştır.

Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı Askerî Mahkemesi'nde görülen bu davanın duruşması sırasında; askerî savcı, sanık hakkında uygulanacak olan TCK'nun 258/3. maddesi hükmünün Anayasa'nın 8., 11. ve 12. maddelerine aykırı olduğu savında bulunmuş, sanık savunucularının tersini yeğleyen görüşlerine karşın, aykırılık savını ciddi ve sözü edilen Yasanın 258/3. maddesi hükmünü Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulan mahkeme; Anayasa'nın değişik 151. maddesi uyarınca bu hükmün iptaline karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

II — İTİRAZIN GEREKÇESİ :

Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı 3 Numaralı Askerî Mahkemesi, 22/10/1981 günlü kararında gerekçe olarak özetle: «TCK'nun 258. maddesinin üçüncü fıkrasına göre evvelce suc işlediği için yakalanmak istenen sanık daha hafif, örneğin sadece para cezasını gerektiren bir suçu işlemiş olandan daha az bir ceza ile cezalandırabilmektedir. Kanunun açık olan hükmü bunu amirdir ve tüm uygulamalar bu yoldadır. Bu noktada memurun yetki sınırını aşmak suretiyle, suçun işlenmesine sebebiyet vermesi halinde cezanın indirilebileceğine ilişkin olarak maddenin dördüncü fıkrası hükmünün hatırlatılmasında yarar vardır. Bu indirim, maddenin üçüncü fıkrasına da şamildir.

Anayasa'nın 12. maddesindeki eşitlik kavramı, haklarda eşitlik, fırsatlarda eşitlik ve cezada eşitlik kavramlarını da içerir. Suçların cezalarını belli etmede, ağırlık ve hafiflik derecelerini saptamada yasa koyucunun takdir hakkı belli hukuki kurallara bağlıdır, ağır bir suçu işleyenin, ağir bir cezaya çarptırılması Anayasa'mızın 12. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesinin gereği bulunmaktadır. Bir suçun ağır şeklini işleyen kişi aynı suçun hafif şeklini işleyenden daha hafif cezaya çarptırılabiliyorsa, Anayasa'nın 12. maddesinin açıkça ihlal edildiğini kabul etmek gerekir.

TCK'nun 258. maddesi (Ceza Kanunumuzun Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler bab'ının sekizinci faslında yazılı) Hükümete karşı şiddet ve mukavemet ve kanunlara muhalefet suçları arasında yer almaktadır. Yasa koyucu bu fasıldaki suçların niteliğine göre ceza tayin eylemiştir. Amaç, Devlet kuvvetlerine karşı gelinmesini önlemek ve devlet otoritesini sağlamaktır. Devlete verilen veya devletten beklenen görevler kamu görevlileri eliyle yerine getirilmektedir. Kamu görevlilerinin bu nedenle de, görevlerini yaparken kanun tarafından korunmaları gerekir. Oysa, kanun koyucu, TCK'nun 258. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında bu amaç doğrultusunda hükümler getirmişken üçüncü fıkradaki düzenlemeyle Devlet otoritesini zaafa uğratacak bir durum yaratmış ve bu suretle de eşitlik ilkesini açıkça ihlal eylemiştir.

Öte yandan uygulamada (menfi mukavemet) olarak nitelenen TCK'nun 260. maddesinde sözü geçen fıkra doğrultusunda bir hükme yer verilmemiştir. Oysa, 260. maddedeki suçun da 258/3. fıkrada yazılı olduğu üzere (kendisini veya akrabalarını hapis ve tevkiften kurtarmak) gibi bir saikle işlenmiş olması da olasıdır. Kaldı ki 260. maddedeki suç 258. maddedeki suça nazaran çok daha hafif ve az vahim nitelikte bir suçtur.

Devlet gücüne karşı haklı savunmadan bahsetmenin devleti inkâr anlamına gelebileceğini belirtmek gerekir. Kaldı ki kamu görevlisinin haksız hareketi ile suçun işlenmesine sebebiyet vermesi maddenin dördüncü fıkrasına göre ayrı bir indirim nedenidir.

Kişinin özgürlüğünü koruma içgüdüsü ile hareket edebileceği gibi bir düşünceye dayalı olarak böyle bir hükmün getirildiği düşüncesi de tutarlı olamaz. Bir çok yasa ve özellikle ceza yasaları, kişilerin işgüdülerini frenlemek için getirilmiştir. Ö-

almak da insanın içgüdüsüyle ilgili olduğu halde tüm yasa koyucular kan gütme saikiyle adam öldürme cürümlerini daha ağır biçimde cezalandırmıştır. Bu bakımdan TCK'nun 258/3 maddesi hükmünü, kişinin içgüdüsüyle hareket edebileceği düşüncesiyle açıklamak olanağı bulunsa dahi, bu hali bir indirim sebebi olarak kabul ve haklı bulmak mümkün görülmemiş; böylece TCK'nun 258/3. maddesinin Anayasa'nın 12. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine açık ve kesin biçimde aykırı olduğu kanısına varılmış» olduğu belirtilmektedir.

III — YASA METİNLERİ :

A. İptali istenen yasa kuralı :

İptali istenen hükmü de içeren 9/7/1953 günlü, 6123 sayılı Yasa ile değişik 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 258. maddesi şöyledir :

»Madde 258 — Bir memura veya ona yardım edenlere memuriyetine ait vazifeleri ifa sırasında cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Eylem silahlı bir kişi tarafından işlenmişse iki yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Eylemin iki veya daha çok silahlı kişiler tarafından veya silahsız olsa bile toplanmış beşten çok kişiler tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Eğer fiil, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyla vaki olmuşsa birinci fıkradaki hal için iki aydan altı aya, ikinci fıkrada yazılı hal için dört aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir.

Eğer memur haiz olduğu selahiyet hududuna tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörttebire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir.

254, 255, 256 ve 257'nci maddelerle yukarıki fıkralarda yazılı fiiller, İcra Vekilleri Heyeti'nden bir vekil aleyhinde işlenirse tayin edilecek ceza yarı nisbette artırılarak hükmolunur».

B. Dayanılan Anayasa Kuralı :

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, fel

sefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmekiszin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

IV — İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi gereğince, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu, Ahmet Zeyneloğlu, Hakkı Müderrisoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu, H. Semih Özmert, Orhan Onar, Selahattin Metin, Mehmet Çınarlı, Mahmut C. Cuhruk, Necdet Darıcıoğlu, Servet Tüzün, Yılmaz Aliefendioğlu ve Yekta Güngör Özden'in katılmalarıyla 26/11/1981 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V — ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esasına ilişkin rapor, başvurma kararı ve ekleri, Anayasaya aykırılığı öne sürülen yasa hükmü ve aykırılık savına dayanak yapılan Anayasa kuralı, bunlarla ilgili gerekçeler ve başka yasama belgeleri, konu ile ilişkisi bulunan öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı bulunduğundan bahisle üçüncü fıkrasının iptali istenen Türk Ceza Yasası'nın 258. maddesinin ilk fıkrasında, görevini yaptığı sırada memura veya ona yardım edenlere karşı işlenen mukavemet suçu, ikinci fıkrasında; bu suçun silahla bir veya ikiden fazla kimse ya da silahsız da olsa toplanmış beşten fazla kimse tarafından işlenen nitelikli biçimleri cezalandırılmış; üçüncü fıkrada, bu suçların belli edilen saikle işlenmiş olmaları hali, cezayı fıkra hükmünde gösterilen hadler arasında tayine olanak sağlayan bir indirim, son fıkrada da yasal bir artırım nedeni düzenlenmiştir.

2275, 3531, 6123 ve son kez de 22/6/1979 günlü ve 2245 sayılı Yasalarla değişikliğe uğramış bulunan maddenin ilk fıkrasında, yazılı suç faili için altı aydan iki yıla, ikinci fıkrasında yer alan nitelikli mukavemet suçlarını işlemiş olanlar hakkında suç bir kişi tarafından silahla işlenmişse iki yıldan üç yıla, iki veya daha fazla silahlı kişi ya da silahsız olsalar bile toplanmış

beşten fazla kimse tarafından işlenmesi halinde de faillerin üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmüştür.

İtiraza konu edilen üçüncü fıkra hükmünde ise, yukarıda belirtilen memura mukavemet suçlarını, kendisi veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak gibi bir saikle işlemiş olanlara, birinci fıkrada yazılı halde iki aydan altı aya, ikinci fıkrada yazılı hallerde dört aydan bir seneye kadar hapis cezası verileceği açıklanmıştır.

Yapılan bu düzenlemeye göre; gerçekten ikinci fıkrada yer alan ve yasa koyucu tarafından vahim görüldükleri cihetle daha ağır bir biçimde cezalandırılan nitelikli mukavemet suçunu işlemiş olanlar, üçüncü fıkrada yazılı hal söz konusu ise maddenin bir ve ikinci fıkralarında yer alan mukavemet suçlarını işlemiş bulunanlara nazaran daha hafif bir ceza ile cezalandırılmaktadır.

İtirazcı Mahkeme itirazına dayanak yaptığı gerekçede, fıkra hükmünün uygulamada yarattığı bu dengesizliğe örnekleme yoluyla işaret ettikten sonra, bir memura veya ona yardım edenlere karşı, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyla mukavemet gösterilmesi halinin aslında daha vahim bir suç sayılması gerektiği görüşüyle bu hükmün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı düştüğünü ve bu nedenle de iptaline karar verilmesini istemektedir.

VI — ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNUNUN İNCELENMESİ :

Vazifenin ifası sırasında, memura veya ona yardım edenlere karşı işlenen mukavemet suçlarını, kendisi ya da bir akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak gibi bir saikle işleyenlere özgü olarak getirilmiş göreceli bir mazeret sebebi niteliğinde bulunan üçüncü fıkra hükmü, ceza yasamızın kaynağını oluşturan 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasası'ndan yasamıza aktarılmış bir esasdır. T. C. Yasası'nda günümüze dek yapılmış olan değişikliklere rağmen de yasadaki yerini korumuştur.

Ceza uygulamasında fıkra hükmünün neden olduğu adaletsiz durumlar gerçekten çarpıcıdır. Fıkradaki ceza hadlerinin bir birine çok yakın olması, başka bir anlatımla dar tutulmuş bulunması, yerine göre dava konusu olayda olduğu gibi ortaya

çıkabilecek adaletsiz durumların uygulamada giderilmesine de engel teşkil etmektedir.

Ne varki, yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 1926 tarihinden bu yana izlenilen suç ve ceza politikası gereği tam 33 kez değişikliğe uğramış bulunan ceza yasamızda bu tür tutarsızlık ve dengesizliklerin sayısı oldukça kabarmıştır. Bu konuda gözden uzak tutulmaması gereken bir yön de, ne derece mükemmel hazırlanmış olursa olsunlar, genel ve soyut biçimde düzenlenen suç ve ceza kurallarının somut olaylara uygulanmasında yer yer adaletsiz sayılabilecek sonuçlara ulaşılmasının adeta kaçınılmaz olduğudur.

Bir memura veya ona yardım edenlere karşı memuriyetlerine ait vazifeleri ifa sırasında hangi biçimde olursa olsun işlenen mukavemet suçunun, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak gibi bir saike bağlanması halinin cezayı hafifleten bir neden sayılmış olması gerçekten tartışılmaya değer niteliktedir. Türk Ceza Hukuku öğretisinde bu yola girilmeksizin, soruna, «İnsanların özgürlüğünü koruma içgüdüsüne, yasanın cezayı azaltıcı bir etki tanımak isteği» ve hükmün böyle bir amaçla getirildiği açıklanmaktadır. Yasamızın izlediği cezalandırma yöntemi içerisinde aynı amaca yönelik olarak getirilmiş hükümler yok değildir. Cürüm işleyenleri saklamak ve cürüm delillerini yoketmek suçlarını usul veya füru, karı veya koca yahut kardeşin yararına işleyen kimseye ceza verilemeyeceğini öngören 296. maddenin son fıkrası hükmü ile, yalan yere şahadet suçlarına teşvik ve tahrikte sanığın veya sanık yararına bu suçu işletmiş olan akrabanın belli koşullarda cezalarını hafifleten 292. madde hükümlerinin temelde hep aynı düşüncelerin etkisiyle yasada yer almış oldukları kuşkusuzdur.

Cezalandırma Devlete özgü bir hak ve yetkidir. Bu alandaki Devlet egemenliğinin sınırları da çağımızda Anayasalarca belirlenmektedir. Anayasa'nın 14. ve 33. maddelerinde söz konusu egemenliği sınırlayan ilke ve esaslar, «insan onuruyla bağdaşmayan ceza verilemez», «kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz», «cezalar ve ceza tedbirleri ancak, kanunla konulur», «kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez», «genel müsadere cezası konulamaz», «ceza sorumluluğu şahsidir» biçiminde belirtilmiştir. Yasa koyucunun ayrıca Anayasa'nın Başlangıcında

yer alan amaçlar doğrultusunda evrensel ve çağdaş ceza hukuku ilkelerini de gözönünde bulundurması gerekecektir.

Bu durumda ne gibi fiillerin suç sayılacağını ne tür cezalar ile cezalandırılacağını, hangi hallerin cezadan bağışıklığı gerektireceğini, ne gibi hallerde cezanın artırılacağı ya da hafifletileceğini, hangi ceza tedbirlerinin alınacağını saptamak yukarıda açıklanan Anayasa kuralları ve ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde kalınmak koşuluyla yasa koyucunun değerlendirilmesine bırakılmıştır.

Şu hale göre vazifesini yaptığı sırada memura karşı mukavemet suçunu, kendisini ya da akrabasını hapis ve tevkiften kurtarmak saikiyle işlemiş olanların daha hafif biçimde cezalandırılmasını öngören itiraz konusu hükmün, Anayasa'nın anılan ilke ve esaslarına aykırı düştüğü söylenemez.

Eşitlik ilkesinin aykırılık sorununa gelince;

Mahkeme itirazının bu konuya ilişkin gerekçesinde; suçun, kendisini veya akrabasını hapis ve tevkiften kurtarmak gibi bir saikle işlenmiş olması halini, başka saikle işlenmesi haline nazaran daha hafif biçimde cezalandırılması sonucunu doğuran üçüncü fıkra hükmünün daha önce suç işledikleri için hapis ya da tevkifi söz konusu olan kimselerin daha hafif ceza ile adeta ödüllendirildiklerini bu durumun da ceza uygulamasında eşitsizlik ve adaletsizliklere yol açtığını ileri sürmektedir.

Yukarıda da işaret olunduğu üzere, yasanın bir suç için öngördüğü ceza miktarını bu suçun nitelikli şekli ya da bir başka suça verilen ceza ile karşılaştırma yoluyla soruna çözüm aramak genel planda isabetli sayılamaz. Ceza adaletinde tam bir dengenin bazen sağlanamamış olması bu sorunun yapısal özelliğinin sonucu sayılmak gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da açıklandığı üzere, kanun önünde eşitlik, aynı durumda olan kişilerin aynı yasa hükümlerine bağlı tutulmalarını ifade eder. Eşitlik, herkesin bu yönde aynı yasa hükümlerine bağlı olacağı anlamında ele alınamaz.

TCK'nun 258. maddesinin üçüncü fıkrasında, saik; suça 1 ve 2. fıkralardakinden farklı bir özellik getirmektedir. Ülke koşulları içerisinde memur ve halk ilişkileri, toplumsal karakter, kişiyi görev sırasında memura karşı direnmeye iten nedenler,

insanların özgürlüklerini içgüdüsel biçimde koruma eğilimleri dikkate alınmak suretiyle getirilmiş bulunan üçüncü fıkra hükmünün, eşitlik ilkesiyle çeliştiğinden söz edilemez.

İtirazın bu nedenle reddi gerekir.

Bu görüşe Ahmet H. Boyacıoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu ve Yekta Güngör Özden katılmamışlardır.

SONUÇ :

1/3/1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 9/7/1953 günlü, 6123 sayılı Yasayla değişik 258. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan «Eğer fiil, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyle vaki olmuşsa birinci fıkradaki hal için iki aydan altı aya, ikinci fıkrada yazılı hal için dört aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir» biçimindeki itiraz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına ve başvurunun reddine Ahmet H. Boyacıoğlu, Nihat O. Akçakayalıoğlu ve Yekta Güngör Özden'in karşıoylarıyla ve oyçokluğuyla,

29/12/1981 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Şevket Müftügil	Ahmet H. Boyacıoğlu	Ahmet Zeyneloğlu
Üye	Üye	Üye
Hakkı Müderrisoğlu	Nihat O. Akçakayalıoğlu	Nahit Saçlıoğlu
Üye	Üye	Üye
Hüseyin Karamüstantikoğlu	H. Semih Üzmert	Orhan Onar
Üye	Üye	Üye
Selahattin Metin	Mahmut C. Cuhruk	Necdet Darıcıoğlu
Üye	Üye	Üye
Servet Tüzün	Yılmaz Aliefendioğlu	Yekta Güngör Özden

KARŞIOY YAZISI

Anayasa Mahkemesi'nin 9/3/1971 günlü, E. 1970/42, K. 1971/30 sayılı kararında «Anayasa suç ve ceza konularında, bir eylemin ancak kanunla suç sayılabileceği; cezalarla ceza tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği; kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir eyleminden ötürü cezalandırılamıyacağı; kimseye, suçun işlendiği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan ağır bir ceza verilemi

yeceği; kimsenin kendisini veya kanunun gösterdiği yakınları nı cezalandırma sonucunu doğuran beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamıyacağı, ceza sorumluluğunun şahsiliği (Madde : 33) ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamıyacağı (Madde : 14) gibi başlıca bir kaç ceza ilkesini belirtmekle yetinerek, bunların dışında kalan ceza konularını ve özellikle belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılacağını, o suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini ve hangi ceza tedbirlerinin yani emniyet tedbirlerinin ne yolda uygulanacağını saptama yetkisini Yasa Koyucuya bırakmış bulunmaktadır. Yasa Koyucu bu konuda başta Anayasa'nın buyurucu ve yasaklayıcı kuralları ile koyduğu güvenceler olmak üzere ceza hukukunun ilkeleri ve toplum yaşantısının zorunluluk ve yararlarının gerekleri ile bağlı kalarak takdirini kullanabilecektir» denilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Cilt 9, Sayfa : 370).

Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devletinin amacı, Devletin bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olması, Yasa Koyucunun her zaman kendini Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı görmesidir. Yasa Koyucunun takdir yetkisi, yukarıda değinilen kararda da açıklandığı gibi Anayasa'nın Temel ilkeleri ve ceza hukuku kurallarıyla sınırlıdır. Kişiye ceza verme hakkının özünü, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak Yasa Koyucu bir düzenlemeye giderken, kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek ve gözetmek ve aralarında adaletli bir denge kurmak zorundadır. Her ceza yaptırımı, esasında kamu hukuku alanında yer alan ve amacı kamu düzenini korumak veya bozulan kamu düzenini yeniden kurmak olan bir hukuk kuralından ibarettir. Ceza yaptırımları ve önlemlerinden beklenen, suçlunun ıslahı yoluyla onu topluma yeniden kazandırılması ve bununla birlikte o suç nedeniyle bozulmuş olan toplumsal barışın kurulması ve cezanın caydırıcılığı etkisiyle suçların işlenmesinin önlenmesidir.

Yasa Koyucunun itiraza konu edilen hükmü düzenlerken yani bir kimsenin memura cebir ve şiddet veya tehdit ile «Kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyle, işlemesini cezayı hafifletici bir mazeret sebebi olarak kabul ettiği ve değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu hüküm 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 190. maddesinde yer almakta iken oradan 1926 yılında Türk Ceza Yasası'na aktarılmış ve öğ-

retide gerekçesi olarak «İnsanların kendilerinin ve yakınlarının özgürlüğünü korumak içgüdüsü» olarak gösterilmiş bulunmaktadır.

Hafifletici mazeret sebeplerinin kabul edilebilmesi için failı mazur gösterecek ve kusurunun derecesini azaltacak kimi durumların ve özelliklerin bulunması gerekir. Oysa üzerine atılan suç nedeniyle hakkında tutuklama kararı verilmiş veya kesin hüküm giymiş olan kişilerin kendilerini veya ayni durumdaki akrabalarının hapis ya da tutuklanmaktan kurtarmak maksadıyle görevli memura cebir ve şiddet veya tehditle karşı koymalarında, eylemlerini mazur gösterecek ve kusurunun derecesini azaltacak bir durumun ve özelliğin bulunduğu öne sürülemez. Çünkü suç işleyeni ya da hüküm giyeni yakalayarak gerekli yasal işlemleri yerine getirmek ve böylece bozulan düzeni iade etmek hukuk devletinin başta gelen ödevlerindendir. Sanık ya da hükümlünün, görevli memura cebir, şiddet veya tehditle karşı koymasını, kendisi ve akrabasının özgürlüğünü korumą içgüdüsüne bağlamak suretiyle cezayı hafifletici bir neden olarak değerlendirmek, hukuk devleti ilkesinin amacına ters düştüğü kadar, ceza hukukunun açıklanan Temel kuralı ile de çelişir.

Anayasa'nın 31. maddesine göre herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir. Üzerine suç atılanın gerçekten suçlu olmadığı veya hüküm giyenin haksız yere hüküm giydiği kanısını taşıması halinde, Anayasa'nın sözü edilen 31. maddesi uyarınca meşru bütün vasıta ve yollardan yararlanarak yasal yollara başvurmak ve hukuk kuralları içinde kalarak hakkını aramak özgürlüğüne sahip bulunduğunda kuşku edilemez. Türk Hukuk Lügatında «Meşru» sözcüğü, «Hukuk nizamına uygun olan bir durumu veya bir hareketi anlatan tâbirdir» olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle meşru olmayan vasıta ve yollara başvurulması, Anayasa'nın kesinlikle reddettiği eylemli bir durumdan ibarettir. Oysa itiraz konusu kural, hapis veya tutuklanmaktan kurtulmak için meşru olmayan, hatta yasanın suç saydığı yollara başvuran sanığın bu davranışını bir anlamda haklı görerek cezasının hafifletilmesini istemektedir. Bu görüşün ortaya koyduğu sonucun Anayasa'nın ve ceza hukukunun benimsediği temel hukuk kurallarına aykırı düştüğünü açıklamaya gerek yoktur.

Öte yandan, bir kimsenin kendisinin veya yakınlarının özgürlüğünü koruma içgüdüsü, ancak haksız bir saldırı karşısında sözkonusu olabilir ve hukukca korunmaya değer görülebilir. Görevli memurun sanığı veya hükümlüyü yakalamak istemesi haksız bir saldırı olarak nitelendirilemiyeceğine göre, bu durumda sanığın veya hükümlünün özgürlüğünü koruma içgüdüsü ile hareket ettiği de kabul edilemez. Hukuk ancak faili mazur gösterebilecek ve kusurunun derecesini azaltabilecek nitelikte olan etkenleri cezayı hafifletici bir neden olarak kabul edebilir. Hukukun temel ilkelerine ve ceza kurallarına ters düşen bir yasa hükmünün aynı zamanda Anayasaya da aykırı olacağında kuşku edilmemelidir. Çoğunlukca kararda «ceza uygulamasında fıkra hükmünün neden olduğu adaletsiz durumlar gerçekten çarpıcıdır. Fıkradaki ceza hadlerinin bir birine çok yakın olması, başka bir anlatımla dar tutulmuş bulunması, yerine göre dava konusu olayda olduğu gibi ortaya çıkabilecek adaletsiz durumların uygulamada giderilmesine de engel teşkil etmektedir» denilmekte ise de bu duruma bir ad konulamadığı gözlenmektedir.

İtiraz konusu kural ayni suçu işleyenler arasında haklı bir nedene dayanmayan bir ayrıcalık da yaratmaktadır. Türk Ceza Yasası'nın 258. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki mukavemet suçunu daha önce başka bir suç işlemeyen ve dolayısıyle kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadiyle değil de, başka bir maksatla işleyen kişi, üçüncü fıkradaki indirimden yararlanamadığı halde, daha önce suç işlemiş veya hüküm giymiş olan kişiler bu indirimden yararlanmaktadırlar. Böylece ayni suç için getirilen farklı uygulamanın haklı, yerinde ve hukuken savunulabilen bir nedene de dayanmadığı ortaya çıkmaktadır. İtiraza konu olan fıkranın kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadiyle memura mukavemet suçunu işleyen herkes hakkında uygulanma olanağının bulunması, yukarıda açıklanan aykırılığı ortadan kaldıramaz. 258. maddenin tümü gözönüne alındığında, anılan fıkranın ayni suçu işleyenler arasında, haklı bir nedene dayanmayan bir ayrıcalık yarattığı ve böylece Anayasa'nın eşitlik ilkesine ters düştüğü açıkça görülmektedir.

Yeri gelmişken şu yönü de belirtmekte yarar vardır: Türk Ceza Yasası'nda çeşitli tarihlerde yapılan değişiklikler sonucunda Yasanın sisteminin ve maddeleri arasındaki uyumun bozulmuş olması, Anayasa Mahkemesi'nin, yöntemine uyularak

yapılmış olan bir başvuru üzerine Anayasaya uygunluk denetimini yapmasına ve Anayasaya aykırı bulduğu itiraz kuralı iptal etmesine engellik edemez.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere Türk Ceza Yasası'nın 258. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası hükmünün Anayasa'nın 2. ve 12. maddelerine aykırı olduğu düşünce ve kanaatiyle, sözü edilen fıkranın Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine mütedair olarak verilen çoğunluk kararına karşıyım.

Başkanvekili
Ahmet H. Boyacıoğlu

KARŞIOY YAZISI

Cezadan indirim nedenlerini belirlemek, kuşkusuz «Yasa Koyucu»nun takdir ve yetkisindedir. Ancak, bu yetki suçu önlemek ve suçluyu yakalamakla görevli olanları, ürkeklik ve duraksamaya itici sonuçlar verecek biçimde kullanılamaz.

Ters tutum, görevlilere karşı işlenen suçlarda, görevini yapan aleyhine ve saldırgan yararına sonuçlar doğurur.

Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu

KARŞIOY YAZISI

Tutuklanması ya da hapis cezasını çekmesi için yakalanması söz konusu olan kimseyi tutmak isteyen Devlet görevlisine engel olan herhangibir kişiye yasadaki ceza verilirken, bu kişinin yardım ve çabasından yararlanarak ya da doğrudan kendi eylemiyle direnen, saldıran «kaçak»a daha az ceza verilmesi yaptırımdaki tersliği açıklamaktadır. Kolluk görevlisine karşı çıkan, direnmesini saldırı durumuna getiren tutuklanacak ya da cezaevine konulacak kimsenin cezasının indirilmemesi, yakalama çabasını engelleyen ilgisiz kimsenin cezasının ise artırılması gerekir. Kurallaşmada bir uygunsuzluk olduğu belirgindir. Kişinin cezasının indirilmesi, hafifletilmesi eyleminde (tutum ve davranışında) kendini haklı gösterecek oluşlara ve durumundaki özelliklere bağlıdır (Kalkışma kışkırtma, savunma zorunluluğu, yaş, akıl ve beden durumu, onur koruması, amaçlanandan başka sonuç doğması vs.). Böyle bir ne-

dene bağlı bulunmayan, pişmanlıktan veya düzelme belirtisinden kaynaklanmayan, tersine güçlük çıkaran ve saldırıda bulunan kimsenin yasal bağışlamadan yararlanması aykırılıktır Yasadan kaçarken ya da yasaya karşı gelirken yasal hoşgörünün işletilmesi yasal bir aykırılığı belirtmektedir.

Kararın kabul ettiği nedenlere geçerlik tanımak, yasaları gereksiz uğraşıları konu edinen, bilime ve usa aykırı gelişigüzel durumları kurallaştıran metinler düzeyine indirir. Psikolojik neden, kişisle dürtü, içgüdü, herkes için kaçınılmazdır. Bu, daha çok, birdenbire karşılaşılan durumlar içindir. Hazırlıklı olan, karşılaşabileceği durumları önceden kestiren, bilen kimseler için şaşkınlık ve doğal bir tepki, bedensel ya da ruhsal bir irkilme genel değildir. İşlediği suçu. yasa karşısındaki yerini bilen kimsenin Devlet görevlisine karşı olumsuz davranışı, yanlışlıkla çağrılan, izlenen, ilgisiz bir kimsenin durumuyla bir tutulamaz. Ne olursa olsun «kendini ya da akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadı» değer verilip sanık lehine gözetilecek geçerli bir özür değildir.

Türk Ceza Yasası 60 yıla yaklaşan bir uygulama sürecinden geçmiştir. Kuralın yürürlükte olduğu tarihte gözetilmeyen, düşünülmeyen hususlar sonraları ortaya çıkabileceği gibi, giderek gelişen insan aklı ve giderek düzelen toplumsal yaşam yeni durumlarla yeni çözümleri düşündürebilir. Zamanla yeni koşullar, yeni gözlem ve düşünceler daha uygun çözümleri gündeme getirebilir, önceleri uygun olup giderek aykırı düşen hususların kaldırılmasını gerekli kılabilir. Yasanın söz konusu 258/3. maddesinin durumu bu gereksinimin en yeni örneklerinden biridir. Çağdaş düzen, kişi ve toplum hakları dengesine dayanır. İptali istenen kuralın toplumsal bilince, kamu özgüdüsüne (vicdanına), aykırı düştüğü anlaşılmaktadır. İtiraz yolunu izleyen mahkemenin başvurusundaki gerekçeler de bu konuda doğrulayıcı görüşlerdir.

Meslek eğitimiyle, gözetim ve denetimin yetersizliğine, disiplinin zayıflığına bağlı olan kimi polislerin davranış ve tutumu üzücü olsa, direnmeye ve saldırıya neden olsa bile Devlet görevlisine karşı durmanın, üstelik görev yaptığı sırada saldırıyı da içeren direnmenin haklı, hoşgörülecek bir yönü yoktur. Kaldıki, gereksiz davranışlarda bulunan kolluk görevlisinin direnmeye, saldırıya neden olmasında sanığın cezasının indirilmesi ya da kaldırılması olanağı vardır. Böyle bir kapıyı da

kapatarak, yalnızca yasal görevini yapmaya çalışan kimseye saldırmanın bir indirim nedeni sayılması hukuksallıkla bağdaşmamaktadır. Görevini özenle yerine getirmeye çalışan çoğunluğun çabasını kırıcı bir uygulamadır.

İtalyan Ceza Yasası'nın ilgili 190. maddesinin varlığı yanında «cebir, şiddet ve tehditle mukavemet edenler»e ilişkin 337. maddesi böyle bir indirimi öngörmektedir. Fransız Ceza Yasası'nın da koşut olan 209 ve sonraki maddelerinde bu tür saldırı «isyan» sayılmakta, ağır cezalarla karşılanmaktadır. İsviçre Ceza Yasası'nın hafifletici nedenleri kapsayan 64. maddesi de karşıoy verişimi haklı kılmaktadır. Kamu yönetimine karşı işlenen suçlara ilişkin 285. madde ile yönetimin işlemlerine karşı çıkmayı yaptırıma bağlayan 286. maddede bir indirim söz konusu edilmemiştir. 260. maddenin öngördüğü hafif durumda bir indirim yoluna gidilmemişken daha ağır bir durumu kapsayan 258. maddede indirime gitmek aykırılığı yoğunlaştırmaktadır. 258. maddede, yukarda sayılan maddelerde öngörülen indirme nedenlerinden birisi yoktur. Yasanın kimi maddelerinde yer alan şeref ve onurla, aile kurumuyla ilgili bir açıklıkta yoktur.

Önceden suçu olmayan bir kimsenin 258. madde kapsamındaki bir suçu işlemesinde indirimsiz cezaya çarptırılmasına karşın, önceden suç işlediği ileri sürülen ve cezası kesin olanın 258. madde kapsamındaki suçu işlemesinde indirimden yararlandırılmasının düzensiz bir kurallaştırma sonucu olduğu görüşündeyim. Önce suç işlediği ya da cezası kesinleştiği için yakalanması gereken kimsenin neden olduğu durumlar da gözardı edilerek lehine indirim getiren kuralın hukuksallığı tartışma götürür. Kolluk güçlerini umutsuzluğa, kırgınlığa düşürecek, pişman edecek ya da umursamaz, aldırışsız yapacak, görev anlayışını olumsuz yönde etkileyecek, aynı zamanda saldırganlara cesaret verecek bir kuraldır. Yakalanmadan kaçmanın geçerli savunma - zorunlu savunma (meşrû müdafaa) ile ilgisi de yoktur. Burada geçerli olan, kamu görevlisinin yakalama eylemidir. Bu bir görevdir. Yasaya ve yetkiye karşı çıkışın görevi engelleyici niteliği açıktır. Bunun geçerli sayılması doğru değildir. İçgüdü ancak sonuçlarıyla ve sahibinin yasa karşısındaki genel durumuyla gözetilir. İlgisiz kimsenin yakalanma karşısında tepkisi doğal, yakalanması haklı olan kimsenin tepkisi ise aykırılıktır. Kamu görevlisi korunacakken, ceza ağırlaştırılacakken, sanık ve suçluları koruyan fıkra Devlet otoritesini

de kırıcıdır. Bunun insancıl olunmakla bir ilgisi de yoktur. Nitekim dördüncü fıkra cezalandırmada gözetilecek geçerli bir nedeni içermektedir. Böylesine haklı ve geçerli bir nedene dayanmayan üçüncü fıkranın iptali zorunludur. Yasaların özgörüsünde (takdirinde) sınırsızlık yoktur. Benzer durumda ayrı uygulama eşitlik ilkesinin çiğnenmesidir.

Cezalandırma hakkının ve ceza sorumluluğunun üzerlerine kuruldukları ilkeler yönünden uzun bir irdelemeye gitmeden bir «toplumsal olgu» sayılan «suç» ile bunun karşılığı «yaptırım (ceza) ın» sorumluluk bilinciyle davrananlar hakkında düşünülebileceği kuşkusuzdur. Yakalanma korkusuyla kaçmak bir içgüdüye bağlansa da direnmekte bu savunulamaz. Direnme suçunu işleyen de Yasa'nın geçerli saydığı genel indirme nedenleri varsa ondan zaten yararlanacaktır. Sorumluluğu kaldırıcı ya da azaltıcı bir özel neden durumuna getirilen tutuklanmaktan ve hapisten kurtulmak içgüdüye bağlı, iradeyi etkileyici özel ve yeni bir neden, ek neden olarak ele alınamaz. Yasal her yaptırıma her karşı duruş, bu uygulama ile, düzensizliğe varan yasal hoşgörülerle indirimler gerektirir. Böyle bir anlayışın ise hukuk dışı olduğu öğretide görüş çokluğu kazanmıştır. Bu nedenlerle Anayasamızın hukuk devleti ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırı bulduğumdan iptal edilmesi görüşündeyim.

Üye
Yekta Güngör Özden

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLAR DERGİSİ'NİN 19. SAYISINDA YER ALAN KARARLAR

Karar Sayısı	Esas Sayısı	Kararın Yayımlandığı Resmî Gazete'nin		Dergideki sahife numarası
		Günü	Sayısı	
1981/3	1980/68	25.4.1981	17321	1
1981/5	1980/42	2.4.1981	17298	13
1981/9	1980/27	2.4.1981	17298	24
1981/11	1980/45	13.5.1981	17339	41
1981/13	1980/77	25.4.1981	17321	62
1981/14	1981/5	17.5.1981	17343	69
1981/20	1981/6	18.8.1981	17432	77
1981/21	1981/2	22.9.1981	17466	95
1981/22	1980/29	18.8.1981	17432	102
1981/25	1981/15	5.1.1982	17565	130
1981/27	1981/3	3.2.1982	17594	133
1981/28	1981/4	3.2.1982	17594	142
1981/29	1981/16	22.5.1982	17701	153

ALFABETİK ARAMA CETVELİ

Karar Sayısı	İtiraz ya da Dava Konusu Yasa	Sahife Numarası
	— B —	
1981/5	28.6.1966 günlü, 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 75. maddesinin beşinci fıkrası, 29.2. 1980 günlü, 2298 sayılı Bütçe Yasası'nın (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkraları . . .	13
	— D —	
1981/20	4.7.1975 günlü, 1926 sayılı Yasa ile değiştirilen 854 sayılı Deniz İş Yasası'nın 20. maddesinin onüçüncü fıkrası	77
	— E —	
1981/21	1497 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar, Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur) Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddelerinin Kaldırılmasına ve Bu Kanuna Ek ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine İlişkin 2229 sayılı Yasanın Ek: 2. maddenin son fıkrası	95
	— H —	
1981/13	22.7.1950 günlü, 5617 sayılı «Hayvan Hırsızlığının Men'i Hakkında Kanun»'un 13. ve 18. maddeleri	62
1981/25	16.7.1981 günlü, 2494 sayılı Yasa ile değiştirilen 1086 sayılı H.U.M.K.'nun 180. ve 195. maddeleri	130
	— N —	
1981/27	5.5.1972 günlü, 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 14. ve 61. maddeleri	133
	— S —	
1981/14	506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'na 29.6. 1978 günlü, 2167 sayılı Yasa ile eklenen Ek: 7. maddenin birinci fıkrasının (B) ve (D) işaretli bentleri ile Ek: 8. maddesi hükümleri	69

Karar Sayısı	İtiraz ya da Dava Konusu Yasa	Sahife Numarası
	— T —	
1981/5	28.6.1966 günlü, 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 75. maddesinin beşinci fıkrası, 29.2. 1980 günlü, 2298 sayılı Bütçe Yasası'nın (H) işaretli cetveline bağlı (3) sayılı cetvelin 1. maddesinin (a), (d) ve (e) fıkraları . . .	13
1981/9	8.3.1950 gün ve 5590 sayılı «Ticaret ve Sanayi Odaları», «Ticaret Odaları», «Sanayi Odaları», «Ticaret Borsaları» ve «Ticaret ve Sanayi Odaları», «Ticaret Odaları», «Sanayi Odaları» ve «Ticaret Borsaları» Birliği Kanunu'nun 57. maddesi	24
1981/3	1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun, 12.6.1979 günlü, 2248 sayılı Yasa ile değişik 536. maddesinin birinci, ikinci ve altıncı fıkraları	1
1981/11	765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 12.6.1979 günlü, 2248 sayılı Yasayla değişik 536. maddesinin üçüncü, beşinci ve altıncı fıkraları .	41
1981/29	765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 9.7.1953 günlü, 6123 sayılı Yasayla değişik 258. maddesinin üçüncü fıkrası	153
1981/22	17.2.1926 günlü, 743 sayılı «Türk Kanunu Medenisi»'nin 310/2. maddesi	102
1981/28	9.5.1977 günlü, 1177 sayılı «Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu»'nun 112. maddesinin ikinci fıkrası	142