

**TÜRK CEZA KANUNUNUN 266. MADDESİNİN SON İKİ
FIKRASINI İPTAL EDEN ANAYASA MAHKEMESİ
KARARI ÜZERİNE**

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

1. — Anayasa mahkemesi, E. 1971/55, K. 1970/60 sayılı ve 19.12.1972 tarihli kararı ile, 1490 sayılı (Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bazı maddelerine bazı fıkralar ilâve edilmesi) hakkındaki kanunun 7. maddesi gereğince TCK. nun 266. maddesinin sonuna eklenen iki fıkranın, Anayasanın 34. maddesine aykırı bulunması sebebiyle, iptaline karar vermiştir (1).

Bilindiği üzere, 1490 sayılı kanunla değiştirilmezden önce Ceza kanununun 266. maddesinin 1. fıkrası resmî sıfatı haiz olan memurlara karşı, ifa eyledikleri vazifeden dolayı huzurda işlenen hakaret suçlarını cezalandırmakta idi. Maddenin takib eden kısımlarında değişik memur çeşitleri gösterilmiş ve cezalar hakarete uğrayan mağdurun sıfatına göre değişmek üzere tertiplenmişti.

2. — 266. maddenin ihdas eylediği bu suçun koğuşturulması, diğer hakaret suçlarından farklı olarak mağdurun şahsî dâvâ ikame etmesi şartına tâbî tutulmamış, bizzat savcının özü geçen koğuşturmayı kamu dâvâsı şeklinde açıp yürütmesi kabul edilmiştir. 266. maddenin koruduğu menfaat, kişisel olmayıp Devlet otoritesinin korunması ve kamu hizmetinin arızasız olarak sürdürülmesinden ibarettir. Gördüğü vazife itibariyle her zaman husumetlere hedef olabilecek durumda bulunan memurlar, kendilerine yöneltilen hakaret teşkil edici isnatlar dolayısıyla, şahsî dâvâ ikame ederek mahkemelerde iş takibi mecburiyetinde kalırlarsa, onların gördüğü ka-

(1) Resmî Gazete, 1 nisan 1973; Sayı, 14494.

mu hizmeti, elbette ki, aksayacaktır; kaldı ki, bir dâvânın takibi ayrıca bir külfete katlanmayı da zorunlu kılar. Memur, sırf görevi sebebiyle uğradığı hakaretler dolayısıyla şahsî dâvâ açmak ve takib etmek külfetine katlanmak zorunda kalırsa çok kere, dâva açmamak yolunu tutar. Bu halde ise halkta, genel olarak, memurlara karşı saygısızlık, küçük görme, şüpheler hasıl olur ve bütün memurlar, tümüyle, şaibe altına düşerler. Bundan ise, devlet idaresi zarara uğrar. Halkın devlet teşkilâtına karşı yabancılaşması toplumun yararına değildir.

Bütün bu sebepler dolayısıyla 266. maddenin kabul ettiği resen koğuşturma esası yerindedir ve maksatları karşılayıcı niteliktedir.

3. — Geçen yılların ortaya koyduğu olaylar, memurların yalnız huzurlarında gerçekleşen hareketler dolayısıyla değil ve fakat gıyaplarında, vazife sebebiyle işlenen hakaretler bakımından da özel bir korunmaya muhtaç bulduklarını ispatlamıştır. Memurlar, çeşitli kamu görevi ifa edenler, meselâ, mahza kanunen ifasına mecbur oldukları bilirkişilik görevini yerine getirdikleri için bazı uzman kişiler, o derecede sık ve ağır hakaretlere uğramışlardır ki, vazifeleri dolayısıyla gıyaplarında işlenen bu suçlar nedeniyle de korunmalar: zorunu ortaya çıkmış ve 1490 sayılı kanunla 266. maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmişti :

«Hakaret ve taarruz, memurun sıfat veya hizmetinden dolayı umuma neşir ve teşhir olunmuş yazı veya resim veya sair neşir vasıtalarıyla işlenmiş olursa, fiilin mahiyetine göre, yukarı fıkra ve bentlerde yazılı ceza üçte bir nispetinde arttırılarak hükmolunur.

Sıfat veya hizmetinden dolayı vaki hakaret ve taarruz, memurun gıyabında alenen işlenmiş olursa, fiilin mahiyetine göre, yukarı fıkra ve bentlerdeki cezaların yarısı hükmolunur. Bu fıkradaki suçun tekevvünü için 153. maddedeki aleniyet şarttır.»

Görülüyor ki, eklenen bu iki fıkra ile :

1° Memura karşı görev sebebiyle işlenen hakaret gıyapta irtikâb olduğunda da resen, şahsî dâvâyâ lüzum olmadan koğuşturulan suç haline getirilmiş,

2° Fiilin yayın araçlarıyla işlenmesi ağırlatıcı bir sebep olarak tespit edilmiş idi.

4. — Biz 1490 sayılı kanunun yürürlüğe girmesini tâkiben kaleme aldığımız bir makalede (2) bu hükümlerin çok yerinde bir ihtiyacı karşıladığını, belirtmiştik: Memleketimizde kamu hizmeti görenler aleyhinde, görevleri dolayısıyla işlenen hakaret suçları, son yıllarda pek artmış, âdetâ bu yol bir kısım kişiler için, devlet aleyhine yürütülen yıkıcı hareketler arasında özel bir araç gibi kullanılmıştı. Bilirkişiye yöneltilen tecavüzler adli tatbikatı bile etkiler istikamete yöneltilmişti (3).

Yukarda 2 ve 3 numaralı paragraflarda izah olunan sebeplerle, kamu hizmeti görenler hakaret suçları karşısında şahsî dâvâ açamıyorlar ve bundan cesaret alan saldırganlar, tecavüzlerini büsbütün arttırıyorlardı. Hattâ 2 numaralı notta belirttiğimiz makalemizde, Türkiyede, bir zamanlar yaygınlaşan anarşinin belirli bir taktik olarak memurları mütemadiyen hakaret bombardımanına tâbî tutup, halkı bu yolla yabancılaştırmak amacını izlediğini de belirtmiştik.

Ancak, atıf yaptığımız makalemizde, 266. maddeye sözü geçen hükümler eklenirken, ispat hakkını belirleyen 481. maddenin 1. bendinin değiştirilmesi ihmal olunduğundan, Anayasanın 34. maddesine esasen aykırı bulunan, 481. maddenin 1. bendinin, bu kere daha da açık ve geniş olarak Anayasaya zıt hale gelmiş bulunduğunu, daha doğrusu Anayasaya aykırılık muhtevasının genişlediğini de eklemiştik.

5. — Malûm olduğu üzere TCK 481. maddesi, Türk mevzuatında hakaret cürümlerinde ispat hakkını tesis eylemektedir (4). Bu maddede ispat hakkına cevaz verilen haller sıralanırken maddenin 1. bendinde «ancak isnad edilen fiilin hakikat olduğunu ispat talebi te-

(2) **Sulhi Dönmezer**, Memurlara Hakaret ve İspat Hakkı (Milliyet gazetesi 8 kasım 1971).

(3) Dünya gazetesi, 7 eylül 1971 (Adalet Bakanının dikkatine, bilirkişiye saldıranlar rejimi tehdid ediyor, bilirkişiyi demokratik rejime karşı suç işlemiş olan şirretlerden koruyan hükümler Ceza kanununa eklenmelidir).

(4) 1950 yılından itibaren isbat hakkına ilişkin olmak üzere Türkçe ve Fransızca çok sayıda etüdler yayınladık. Bu makalelerimiz için **Sulhi Dönmezer**, Ceza Hukuku, Hususi Kısım, Şahıslar aKarşı ve Mal Aleyhinde Cürümler, İstanbul 1971, 8. bası) adlı eserimizin ilgili kısımlarına ve gene (Basın Hukuku, İstanbul 1968, 3. bası) adlı eserimizin keza muhtelif notlarına ve ilgili kısımlarına bakılmalıdır.

cavüz olunan şahıs bir memur veya kamu hizmeti gören bir kimse olup ta 266, 267 ve 268. maddelerde beyan olunan haller müstesna olmak üzere isnad olunan fiil icra ettiği memuriyete veya kamu hizmetine taallük ettiği... takdirde kabul olunur» denilmiştir. Böylece 266. maddenin 1. fıkrasında belirtildiği üzere «bir kimse resmî sıfatı haiz olan bir memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref ve şöhretine veya vakar ve haysiyetine kavlen veya fiilen taarruz ve hakarete bulunursa aşağıda gösterilen suretlerle cezalandırılır» denilmiştir. Görülüyor ki, 481. madde, 266. maddenin 1. fıkrasını ihlâl eder surette memur aleyhinde işlenen hakaret suçlarında ispat hakkını kabul etmemiştir.

Bu istisna ise yerinde değildir: Şöyle ki, aynı fiil memurun huzurunda değil de gıyabında veya basın marifetiyle işlendiğinde, failin 480. veya 482. maddeler gereğince cezalandırılması gerekiyor ve ispat hakkı mevcut bulunuyor; buna karşılık huzurda aynı fiilin ikai, koğuşturmanın resen icrasını gerektirmekle beraber ispat hakkı da mevcut bulunmuyor. Ayırımı anlamamanın imkânı yoktur. Biz çeşitli yazılarımızda (5), bu duruma işaret etmekle beraber, 1961 Anayasasından sonra, 481. maddenin 1. bendinde yer alan bu istisnanın, Anayasanın 34. maddesine aykırı duruma gelmiş bulunduğu na da değinmiş, ayrıca bir an önce 481. maddenin bu bakımdan değiştirilmesi zorununu belirtmiştik (6).

6. — Gerçekten Anayasanın 4. maddesinde aynen «*kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı bu görev ve hizmetin, yerine getirilmesi ile ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret dâvâlarında sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnad olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararının bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır*» denilmiştir. Sözü geçen hüküm karşısında 481. maddede mevcut ve 266. maddeye ilişkin istisna, şüphesiz, Anayasaya aykırı duruma gelmiş idi. Zira 34. maddenin, şartları içinde ispat hakkını mutlak olarak kabul etmesi dolayısıyla, 481. maddenin 1. bendinde yer alan istisna artık Anayasayla çelişki teşkil ediyordu.

Niçekim bir olayda hükmün Anayasaya aykırılığı dolayısıyla,

(5) Bak. Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku, Hususi Kısım, 8. bası, s. 168; Sulhi Dönmezer, Basın Hukuku, 3 bası, s. 173 ve sonrakiler.

(6) Aynı eserler.

Anayasa mahkemesine gelen müracaat (7), 481. maddenin 29.11.1960 günlü ve 144 sayılı kanun ile Milli Birlik Komitesince değiştirilmiş bulunmasından dolayı ve Anayasanın geçici 4. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm sebebiyle, konu hakkında bir karar verilememiş ve dâvâ sırf bu geçici madde dolayısıyla reddedilmiş idi. Böylece 481. maddede yer alan ve Anayasaya aykırı istisnanın, ancak kanun koyucunun müdahalesiyle bertaraf edilebileceğine, Anayasa mahkemesi kararında zımnen işaret de edilmiş oluyordu.

7. — Hal böyle iken 1490 sayılı kanun, 3 numaralı paragrafta izah olunduğu üzere maddeye yeni bir fıkra ekledi; memurlar hakkında vazifelerinden dolayı işlenen hakaret suçları resen koğuşturulabilen suçlar arasına sokuldu. Yukarda belirttiğimiz gibi bu ilâveler yerinde idi ve bir ihtiyacı karşılıyordu. Ancak yine belirttiğimiz gibi, 266. maddeyle birlikte 481. maddenin 1. bendi de değiştirilip 266. maddeye yapılan atıf maddeden çıkarılmadığı için 481. maddede yer alan ve Anayasaya aykırı düşen hükmün etki alanı, belki de kanun koyucu tarafından düşünülmemesine rağmen, genişletilmiş oluyordu.

Biz yukarda 2 numaralı notta işaret ettiğimiz makalemizde dikkati çekmeye çalışarak 481. maddenin hemen düzeltilmesini önerdik (8). Gerçekten bu makalemizde aynen «... 266. maddeye sözü

(7) Anayasa mahkemesinin bu konudaki kararı için bk. Resmî Gazete, 10 mart 1964, sayı 1152; mahkemenin kararı 13.12.1962, E. 1963/317, K. 1963/294. Mesele, Maçka Asliye Ceza mahkemesinin bir kararıyla Anayasa mahkemesi huzuruna gelmiş ve Yüksek Mahkeme, 481. maddenin 1. bendinin sınırlayıcı hükmünün, Anayasaya aykırı olup olmadığı hususunda bir karar vermek imkânına sahip bulunmadığından itirazı reddetmiştir. Gerçekten 481. madde 29.11.1960 tarihli Kanunla yani 27 mayıs 1960-6 ocak 1961 günleri arasında değiştirilmiş idi. Anayasanın geçici 4. maddesinin 3. fıkrasında ve 44 sayılı kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasında mevcut hükümler dolayısıyla sözü geçen devrede çıkarılan kanunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dâvâ açılmıyacağından, itiraz reddedilmişti. Bu karar için bk. Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku, Hususî Kısım, 8. bası, s. 168.

(8) Bu uyarımız Başbakanlığın, basınla ilişkileri düzenleyen daire-since yayınlanan bir tebliğ ile hemen karşılanmaya çalışıldı; yapılan değişikliğin ispat hakkını kaldırmak için gerçekleştirilmediği ve binnetice ispat hakkını kaldıracak surette uygulanamayacağı iddia ve ilân olundu. Bu iddianın, metinlerin açık sözü karşısında, elbette ki, dayanağı yoktu. Zira Ceza hukuku metinleri mevcut iken olduğu gibi uygulanırlar. Onları vücuda getirenlerin metinlere aksettiremedikleri maksatları daire-sinde uygulanmazlar.

geçen hükümler eklenirken, yukarda işaret edilen ve ispat hakkını belirleyen 481. maddenin 1. bendinin değiştirilmesi ihmal olunmuş ve Anayasanın 34. maddesine esasen aykırı bulunan bu bent, bu kere daha da açık olarak Anayasaya aykırı hale gelmiştir. Zira 481. maddenin 1. bendi tüm olarak 266. maddeye göre işlenen suçlarda ispat hakkını kabul etmediğinden, bu kere, memurun gıyabında veya neşir araçlarıyla işlenen hakaret suçlarında da gerçeği ispat ile ceza sorumluluğundan kurtulma imkânı ortadan kalkar hale girmektedir» dedikten sonra gene aynen «doğrusu, ceza kanunu değiştirilirken 481. maddenin 1. fıkrasındaki (266, 267 ve 268. maddelerde beyan olunan haller müstesna olmak üzere...) ibaresi metinden çıkarılsa idi çok yerinde olacak idi» demiş idik.

Özetlemek gerekirse, biz esasta 266. maddeye eklenen iki fıkrayı da uygun, belirli bir ihtiyacı karşılayan hükümler olarak telâkki etmekle beraber, bu fıkralar eklenirken 481. maddenin 1. bendinin, önerimiz dairesinde, değiştirilmemiş olması sebebiyle, Anayasaya aykırı bir durumun ortaya çıktığına işaret ve 481. maddenin değiştirilmesini teklif etmiş idik. Maalesef bu uyarımız gerekli etkiyi gösterememiş, aksine yersiz bir tepki ile karşılanmıştır. Bir Parlamenterler grubu ise uyarımızı dikkate alarak iptal için Anayasa mahkemesine başvurmuşlardır.

8. — Sözü geçen bentlerin iptali maksadıyla Anayasa mahkemesine başvuran parlamenterler grubunun öne sürdükleri gerekçenin tümü ile değil fakat esası ile mutabık bulunduğumuzu belirtelim. Gerçekten iptal talebinde, esasta 481. maddenin huzurda hakaret halinde ispat hakkını bertaraf eden hükmü, adetâ, uygun mütalâa edilmiştir. Yüksek mahkemenin kararında yapılan özetine göre müracaatçılar, «481. maddedeki bu kural 266. maddede 1490 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce anlam taşımakta idi; çünkü 266. madde huzurda kavlen ve fiilen taarruz ve hakarete bulunmayı düzenlemiş idi; yayın yoluyla veya gıyapta yapılanı kapsamakta idi. 266, 267 ve 263. maddeler 481 ve 270. maddelerle birlikte ele alındığında bir memura veya kamu görevlisine huzurda kavlen veya fiilen taarruz dolayısıyla ispat hakkı olmadığı halde suç yayın yoluyla veya gıyapta işlendiğinde ispat hakkının bulunduğu görüldü. Yeni iki fıkra ile basın ve yayın yoluyla veya gıyapta olan eylemler de 266. madde kapsamına girdiğinden 481. maddedeki kuralın bir anlamı kalmamıştır. Bu durum Anayasanın 34. maddesine açıkça aykırıdır» ve «bu değişiklik memurun şeref ve haysiyetini

öteki yurtdaşlarinkinden üstün tutarak memur ve yurtdaş ayırımı gözettiği için Anayasanın 12. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır» denilmektedir.

9. — Hemen açıklayalım ki, 481. maddenin 1. bendi, Anayasamızın 34. maddesindeki açıklık karşısında, 1490 sayılı kanundan önce de, sonra da Anayasaya aykırı hale gelmiş idi. Bunu tespit için 34. maddenin çok açık hükmünü dikkatle okumak yeterlidir.

34. maddede aynen «kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı bu görev ve hizmetin yerine getirilmesi ile ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret dâvâlarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir.» deniliyor; maddede «hakaret huzurda olursa bu hüküm uygulanmaz» diye menfi veya müspet bir kayıt bulunmadığı gibi, madde hakaretin huzurda, alenen veya basın yoluyla işlenip işlenmemesi bakımından da bir ayırım yapmamıştır. Bu sebeple 481. maddenin 1. bendi, 266. maddenin 1. fıkrasına yaptığı atıf yönünden de açıkça Anayasaya aykırıdır. Bir kere bu nedenle, başvuran parlamenterlerin gerekçelerinin sözü geçen kısmına katılmıyoruz.

İkinci olarak gene sayın parlamenterlerin «bu değişikliğin memurun şeref ve haysiyetini öteki yurtdaşlarinkinden üstün tutarak memur ve yurtdaş arasında ayırım gözettiği için Anayasanın 12. maddesindeki eşitlik ilkelerine de aykırı olduğu» hususundaki gerekçeleri üzerinde de durmak gerekir.

Doğrusu bu gerekçe tam olarak anlaşılamiyor. Eğer maksat eklenen fıkralarla resen koğuşturma esasının uygulanması sebebiyle eşitliğin ihlâl olunduğunun beyanı ise, gerekçeye iştirak etmek imkânı yoktur. Zira belirli kamu vazifesi gören ve bunun icabı olarak çoklukla hakarete hedef bulunmaları mümkün ve muhtemel olan, fiilen de böylece hakarete muhatap olan kişileri özel bir himayeye tâbi tutmak eşitliğe aykırı olmaz; aksine böyle bir çözüm, görülmekte olan fonksiyonun tabii bir gereğidir. Nitekim Ceza kanunu da meselâ adam öldürme cürümlerinde belirli görev sahiplerini ve bu arada millet vekillerini özel bir himayeye tâbi kılmıştır. İcra olunan fonksiyonun tabii zorunu olarak meydana çıkan bu tür hükümler, eşitlik kuralına aykırı sayılmazlar.

Sözü geçen gerekçeden maksat, memurlara yöneltilen hakaretler dolayısıyla ispat imkânının daraltılması sebebiyle eşitliğin ih-

lâl olunduğunun ifadesi ise, bu takdirde 266. maddenin 1. fıkrasına, 481. maddedeki atıf bakımından da, aynı durum vardır. Oysa ki, müracaatçılar, anladığımızı göre 481. maddedeki, 266. maddenin 1. fıkrasına yapılan atfı Anayasaya aykırı saymıyorlar. Bizce bu bir çelişki olur.

Kaldı ki, 266. maddeye eklenen fıkralar dolayısıyla, Anayasanın 34. maddesine aykırı olarak beliren durum yönünden eşitlik kuralına başvurmaya lüzum da yoktur. Eşitlik mülâhazası böylece yanlış olarak kullanılırsa, 266. maddenin tümüne karşı çıkmak ve bu maddenin bütünü ile kaldırılmasını önermek gerekirdi. Eğer 266. madde fonksiyonu ve fonksiyon sebebiyle memuru, hakikatta ise Devleti, korumak düşüncesine dayanıyorsa — ki böyledir — eklenen iki fıkra bakımından da durum aynıdır ve sözü geçen fıkralar eşitlik kuralını ihlâl eylemezler.

10. — Şimdi Anayasa mahkemesi kararına gelelim :

Yüksek mahkeme, oy çokluğu ile verdiği kararında 266. maddeye eklenen son iki fıkranın Anayasanın 34. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesine göre; eklenen iki fıkranın, 481. maddenin 1. bendinde mevcut atıf sebebiyle, ispat hakkı sınırı dışına çıkarılması Anayasanın 34. maddesine aykırı *bir durumu* ortaya çıkarmıştır. Böylece evvelce ispat hakkına tâbi olan fiiller «*Türk Ceza Kanununun ispat hakkını düzenleyen 481. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı için*» 266, 267, 268. maddelerde yazılı öteki eylemler gibi, ispat hakkı kavramının dışında kalmıştır. Sanığa Anayasanın tanıdığı isnadın doğruluğunu ispat etme hakkının kullanılmasını engelleyen bu durumun Anayasanın 34. maddesine aykırı olduğu ve 266. maddeye 1490 sayılı kanunla eklenen son iki fıkranın iptal edilmesi gerektiği ortadadır.

Görülüyor ki, yüksek mahkeme dahi aynen bizim belirttiğimiz görüşe uygun olarak, 481. maddenin 1. bendinin değiştirilip, islâh edilip Anayasanın 34. maddesine uydurulmamış bulunması sebebiyledir ki, iki fıkranın eklenmesiyle Anayasaya aykırı bir durum meydana çıktığına karar vermiş bulunmaktadır. Önerimiz zamanında ilgililerce nazara alınarak 481. maddenin 1. bendi düzeltilmiş ve teklifimiz üzere 1. bentte 266. maddeye atıf yapan kısım bertaraf edilmiş olsa idi, Anayasa mahkemesi sözü geçen iki fıkrayı iptal etmeyecek idi. Zira bu husus kararda açıkça da belirtilmiştir:

Gerçekten kararın gerekçesinde aynen «Türk Ceza Kanununun ispat hakkını düzenleyen 481. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı için... bu iki suç ta ispat hakkı kapsamının dışında kalmıştır» denilmektedir.

Yüksek mahkeme üyelerinden sayın İhsan Ecemiş'in karşı oy yazısındaki gerekçe dahi bu kanımızı teyid etmektedir. Gerçekten sayın Ecemiş 266. maddeye eklenen iki fıkranın bazı fiilleri suç sayıp cezalarını gösterdiğini, bu fiillerin suç sayılmasında ve cezalarında Anayasaya aykırılığın söz konusu olmayacağını, ispat hakkıyla düzenlemenin TCK 481. maddede yer aldığını, dolayısıyla Anayasanın 34. maddesine bir aykırılık bulunup bulunmadığının orada aranması gerektiğini açıklamaktadır.

Biz, karar dolayısıyla, çoğunluk noktai nazarında olduğumuzu evvelce yayınladığımız makalede de açıklamıştık. Şüphesiz, aslında Anayasaya aykırı olan 481. maddenin 1. bendindeki atıftır. Anayasa mahkemesi, sayın Ecemiş'in de belirttiği gibi, bu atıf sebebiyle ortaya çıkan Anayasaya aykırı durumu bertaraf etmek için, 481. maddede yollamayı işlemez bir hale getirmeye çalışmaktadır. Evet, aslında, sözü geçen iki fıkra soyut olarak Anayasanın hiç bir hükmüne aykırı değildir. Yapılan atıf dolayısıyla Anayasaya aykırı bir durum belirmekte ve bu durumu izale için mahkeme soyut olarak Anayasaya aykırı bulunmayan hükümleri iptal zorunda kalmaktadır.

Anayasa mahkemesinin böylece beliren içtihadı çok dikkati çekicidir: mahkeme hukukî şekiller ve soyut hükümler sınırı dışına çıkarak meseleyi çözümlene tarzında bir içtihadı ortaya koymaktadır; maksadı temin için normatif görev alanını zorlamaktadır. Hiç şüphesiz böylece kendisini gösteren eğilim, Anayasa mahkemesinin görevini geniş surette mütalâa eden bir uygulama tarzına dayanır ve genelleşirse yasama yetkisi ile karışan neticeler husule getirebileceği de söylenbilir. Ancak sözü geçen yöndeki uygulama hiç olmazsa olayda, yerinde olmuştur.

Yüksek mahkeme, dâvâyı ikame edenlerin öne sürdükleri eşitliğe aykırılık gerekçesini değerlendirmiyor. «Dâvâ konusu kuralların Anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptalleri öngörüldüğüne göre işin dâvâ dilekçesinde ileri sürüldüğü üzere bir de Anayasanın 12. maddesine aykırılık yönünden incelenmesine yer olmadığı» belirtilmiştir.

Yüksek mahkemenin eşitlik kurallarının uygulanmasına ilişkin muhtelif içtihatları nazara alınacak olursa, konu üzerinde karar verse idi, yukarda belirttiğimiz görüşü yansıtan bir görüşün ortaya çıkacağı kanısındayız. Zira yüksek mahkeme muhtelif kararlarında eşitliği, durum ve fonksiyonları birbirinin aynı olan kişiler arasında eşitlik anlamında kabul etmektedir; doğru olanı da budur.

10. — Bu yazımızı bir takım somut sonuçlarla bitirelim :

1° 266. maddenin sonuna eklenen fıkralar memleketimizde ortaya çıkmış açık ve belirli bir ihtiyacı karşılıyordu; hükümlerin iptali, sözü geçen ihtiyacı tatmin edilemez hale getirmiştir. Ancak iptal hukukî bakımdan doğru ve yerindedir.

2° 481. maddenin 1. bendinde yer alan ve 266, 267 ve 268. maddelere yollamayı ifade eden ibare, metinden çıkarılsa idi, Anayasa mahkemesi sözü geçen fıkraları iptal etmeyecek idi. Uyarıya rağmen bu yolun tutulmaması hatalı olmuştur.

3° Devlet idaresinde tatbikat ile meşgul olanların, siyaset adamlarının, bilim çevrelerince yapılan uyarıları değerlendirmeleri lâzımdır. Tümüyle bir sistem teşkil eden Devlet idaresinin işleyişi, men bu yolun tutulmaması hatalı olmuştur.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER