

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin yürürlüğün durdurulması istemini de içeren gerekçe bölümü şöyledir:

"1- 4202 sayılı Kanun bu hükmüyle süreli veya süresiz yayınların dağıtımını yapan gerçek ve tüzelkişileri talep edilen her mevkuteyi dağıtmakla yükümlü kılarak, belli bir ticari faaliyete zorlamaktadır.

Oysa, demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası girişim özgürlüğü ve ticari faaliyet serbestisini güvence altına almış bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48 inci maddesinde yer alan, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." hükmüyle girişim ve ticari faaliyet serbestisi düzenlemiş bulunmaktadır. Anayasa'nın 48 inci maddesinin gerekçesinde de, "Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferдин sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir." denilmektedir. Bir ticari faaliyet olan mevkute üretim ve dağıtımıyla iştigal eden gerçek ve tüzelkişiler, talep edilmesi halinde her mevkuteyi dağıtmakla yükümlü kılınması Anayasa'nın sözkonusu hükmüne ve amacına açık aykırılık oluşturmaktadır. Bir özel sektör dağıtım şirketini, rakiplerinin ürünlerini dağıtmaya zorlamak sözleşme ve çalışma hürriyetini sınırlamaktır. Özel sektör kuruluşların belli bir ticari çalışma hürriyetini sınırlamaktır. Özel sektör kuruluşların belli bir ticari faaliyeti yapmak ve yapmamak yönünde zorlayan kanun düzenlemeleri 48 inci madde hükmüyle güvence altına alınmış olan girişim ve ticari faaliyet özgürlüğüyle bağdaşmaz. Anayasa'nın bu hükmüne rağmen özel sektör gerçek ve tüzelkişilerini belli faaliyetlerle yükümlü kılmak, bu işle uğraşan gerçek ve tüzelkişileri "kamu tüzelkişisi" statüsüne sokmak anlamına gelmektedir.

Oysa, basın-yayın faaliyetini özel koruma altına alan Anayasa, bu tür yükümlülükleri sadece kamu tüzelkişileri için öngörmektedir. Nitekim Anayasa'nın "Süreli ve süresiz yayın hakkı" başlıklı 29 uncu maddesinin son fıkrasında, "Süreli yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkanlarından eşitlik esasına göre yararlanır." hükmü ile bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Anayasa, süreli yayınların özel sektör araç ve imkanlarından değil, kamu araç ve imkanlarından eşit yararlanacağını öngörmektedir. Özellikle dağıtım faaliyetinde bulunan şirketlerin bir imtiyaz ya da ruhsatın tabi olacağı rejim içinde bulunamayacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'da öngörülmeyen böyle bir "zorla dağıtım" yükümlülüğünün kanunla dahi getirilmesine ilişkin düzenleme Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Bir dağıtım şirketi "zorla çalışma" nedeniyle verimli bir faaliyette bulunamıyorsa faaliyetini durduracak, bu yolla Anayasa'nın 29 uncu maddesinde yer alan "Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici ve zorlayıcı siyasal, ekonomik, mali ve teknik şartlar koyamaz." hükmüne aykırı olarak basının haberi yayma özgürlüğü kısıtlanacaktır.

2- Diğer taraftan bazı yayın kuruluşları, yaptıkları promosyon faaliyetlerinin niteliği itibariyle dağıtım şirketlerinin kapasitesini aşmakta; bu nedenle yazılı eser dağıtmakla yükümlü şirketler bu kapasitelerinin çok üstünde mal dağıtmak zorunda kalmaktadır. Böyle bir çalışma "ticari işletme" kavramına uygun olmadığı cihetle hiçbir yeni dağıtım şirketinin kurulmasına

imkan vermeyecek ve giderek dağıtım işi bir kaç kuruluşun tekelinde kalacaktır. Bu da hem ekonomimize hem de kültürel gelişmemize olumsuz etki yapacaktır. Diğer bir açıklama ile uyuşmazlık konusu Kanun, getirdiği yeni düzenleme ile bizzat kendisi tekelleşmeye yol açacaktır.

3- Daha önemlisi, iptali istenen Kanun bu haliyle dağıtım şirketlerini, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa, Basın Kanununa ve Olağanüstü Hal Kanunlarına göre dağıtım suç teşkil eden Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğüne, Milli Egemenliğe, Cumhuriyetin, Milli Güvenliğin, Kamu Düzeninin, Genel Ahlakın Korunması ilkesine aykırılık teşkil eden yayınların dağıtımına ve dağıtım şirketlerini bu suç iştirake zorlamakta; böylece bu faaliyetler için:

a) Gerekli olan ekonomik yükü,

b) Bu yayınların dağıtım ve satışı sebebiyle Basın Kanunu, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile diğer yasalarda öngörülen ağır maddi ceza ve tazminatların,

dağıtım şirketlerine yüklemektedir.

4- Ticari isteklere göre faaliyet gösteren özel sektör gerçek ve tüzel kişilerini rekabet esaslarına aykırı olarak rakip faaliyetleri destekleyecek biçimde zorlamak da Anayasaya aykırılık teşkil eder. Yürürlükteki hukuk, süreli ve süresiz yayınların dağıtım işini tamamıyla bir özel hukuk faaliyeti olarak öngörmüş ve bu faaliyeti mutlak bir biçimde çalışma ve sözleşme hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir. Anayasanın bu hürriyete ilişkin 18 inci maddesi bu maddede gösterilen istisnalar dışında kimsenin zorla çalıştırılmayacağını hükme bağlamıştır. Bu istisnalar, Olağanüstü Haller, ülke ihtiyacının zorunlu olduğu alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarıdır. Madde hem zorla çalıştırılmama (bedel karşılığı ile olsa dahi) hem de angaryayı (bedelsiz çalışma) yasaklamaktadır. Bir özel sektör kuruluşunun rakip mevkukeyi dağıtım ve dağıtmama keyfiyeti ya da her mevkukeye sahibinin mevkukeyini başkalarının özel kuruluşu ile dağıtmak ya da dağıtmasının temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasıyla bir ilgisi yoktur.

5- 4202 sayılı Kanunun genel gerekçesinde, düzenleme ihtiyacının Anayasanın 22 nci maddesindeki haberleşme hürriyeti, 28 inci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki Devletin basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirleri alma ödevinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Ticari esaslara göre çalışan bir dağıtım şirketinin rakip mevkukeyi dağıtım veya dağıtmama keyfiyeti ile herkesin haber alma hürriyeti ve Devletin tedbir ödevi arasında bir ilgi yoktur. Mevkukeye dağıtmak faaliyetiyle uğraşmak isteyen herkes dağıtım şirketi kurabilir, bu alanda ticari faaliyette bulunabilir. Bu alanda ticari faaliyeti sınırlayıcı hiç bir Anayasa veya Yasa hükmü yoktur. Devletin özel sektör kuruluşlarını yetersiz bulması halinde ise, Anayasanın 29 uncu maddesinin son fıkrasında kendisine yüklediği gibi kamu araç ve kurumlarıyla katkıda bulunması gerekmektedir. Bu durumda bütün yayınlar da eşit şekilde yararlanabilir.

Hali hazırda çeşitli yayıncılık şirketince kurulmuş beş adet dağıtım şirketi mevcut olup bu alanda kanunlarla ihdas edilmiş hukuki bir tekelleşme mevzu bahis olmadığı gibi fiili bir tekelleşme de bulunmamaktadır. Dağıtım şirketleri kuruluşunu izleyen günden itibaren faaliyete başlamakta ve dağıtımda hiç bir aksaklık oluşmamaktadır.

Örneğin; Dağıtım şirketleriyle ihtilafa düşerek ayrılan ve yeni bir dağıtım şirketi kuran yayınlar bile kuruluşlarını izleyen bir kaç gün içinde eski satışlarının üzerinde net satışa ulaşmışlardır.

6- Gerekçede 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca Rekabet Kurulu'nun oluşturulmadığından bahisle böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Oysa, Rekabet Kurulu Üyelerinin seçimi yapılmış olup onay aşamasındadır. Böyle bir Kurul oluştuğuna ve onayla birlikte faaliyete geçeceğine göre ihtiyaç da ortadan kalkacaktır. Gerekçede de kabul edildiği gibi Rekabet Kurulunun gözeticeği, aynı alanda faaliyet gösteren kuruluşlar arasında haksız rekabetin önlenmesidir. Oysa, söz konusu Kanun bizzatıhi dağıtım için yatırım yapmamış kişilerin mevkesini dağıtım yatırımı yapmış diğer kişilere dağıttırmak mükellefiyeti getirmek suretiyle haksız rekabete yol açmaktadır.

7- Anılan Kanunun 1 inci maddesiyle getirilen hükmünde (Ek Madde 7) "mevzuatın öngördüğü şartların" ibaresine yer verilmişse de bir ceza hükmü içeren maddede suçun unsurlarını teşkil eden fiiller açıklığa kavuşturulmamıştır. Yine aynı maddede yer alan ve Ceza Kanunundan doğan bir kavram olan tekerrür halinin hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin bir düzenleme de yapılmamıştır.

İki ayrı nitelikteki yayının dağıtılmaması tekerrüre dayanak yapılabileceği gibi aynı yayının iki kez dağıtılmaması da tekerrür sayılabilecektir. Keza tekerrürün uygulanabilmesi için maddede süre konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu haliyle böylesine ağır cezalar içeren bir kanun maddesinin "kanunsuz suç olmaz" prensibine aykırılığı açıktır.

8- Ek 8 inci maddede getirilen "satış zorunluluğu" da yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasaya aykırı bulunmaktadır. Bunun dışında iptal istemine konu Kanunun 1 inci maddesiyle getirilen ek 8 inci madde, Ek 7 nci maddeden farklı olarak dağıtım yapılan yayınların satışa sunulmasından kaçınılması halinde kovuşturmayı şikayete bağlamıştır. Ayrıca bu maddede mülki amire üç günlük iş yeri kapatma cezası verme yetkisi tanınmıştır. Ancak faaliyetin durdurulması ile kapatma cezası arasında fiilen fark olmadığı halde Ek 7 nci maddede hakime tanınan yetkinin bu maddede mülki amire tanınmasının hukuki mantığı yoktur.

Öncelikle idari makamlara böyle bir müeyyidenin uygulanma yetkisinin tanınması sakıncalı olup ayrıca cezai nitelikte olan böyle bir hükmün tesis yetkisinin idareye bırakılması Anayasamızın özünü teşkil eden kuvvetler ayrılığı ilkesine de ters düşmektedir. Keza burada da tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli unsurlar belirtilmeksizin ceza öngörülmüş olup, bu husus da "kanunsuz suç" kavramı oluşturmaktadır.

Bunun yanında idari amirin verdiği bir kararın Sulh Ceza Hakimine incelettirilmesinin ne hukuksal ve ne de pratik anlamı vardır. Eğer bir itiraz öngörülecekse bu görevin mevcut hukuk düzenimize uyularak İdare Mahkemelerine verilmesi gerekmektedir.

9- Ek 9 uncu maddenin ikinci fıkrasında sayılan tehdit, hile, menfaat temini gibi haller esasen gerçek kişilerce işlenebilen ve Türk Ceza Kanunu hükümleriyle suç olarak belirlenmiş fiiller olup yaptırıma bağlanmıştır. Aynı suçtan ikinci kez cezalandırmanın da hukuksal mantığı yoktur. Ayrıca bu hükmün uygulanma olanağı da yoktur. Sokakta gazete satıcısının kapatılmasını düşünmek bile mümkün değildir.

Sonuç ve İstem : Yukarıda izah ettiğimiz sebeplerle 4202 sayılı Kanunun çerçeve 1 inci maddesinde düzenlenen Ek 7 nci ve 8 inci maddenin Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan

Esas Sayısı : 1996/70
Karar Sayısı : 1997/53

"Hukuk Devleti İlkesine", 11 inci maddesinde yer alan "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" prensibine, 18 inci maddesinde yer alan "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz" hükmüne, 48 inci maddede ifade edilen "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir" hükmüne aykırı olduğundan iptaline, Kanunun uygulanması ile doğabilecek sakıncaların önlenmesi bakımından yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesini Anavatan Partisi (Anamuhalefet Partisi) T.B.M.M. Grubu adına arz ve talep ederim.""