

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir :

"TCK'nda 272 ve 485. madde hükümleri birbirine paralel olarak düzenlenmiştir. 272. madde Devlet aleyhine cürümler babında, 485. madde ise kişi aleyhine cürümler babında düzenlenmiştir. Her iki madde de failin karşısındaki müşteki mağdur ya da müdahilin hareketi esas alınarak düzenleme yapılmıştır. TCK'nun belirtilen bu maddelerinde failin eylemine neden olan "Memur suçlu" ile "Şahıs suçlu"nın eylemine göre failin cezası indirilerek, ıskat edilerek, tamamen kaldırılarak, müessir fiil nedeni ile eyleme neden olma halinde ise 485. maddeye göre cezayı mültelsim saymayarak, önceki maddelere göre verilen ceza, karşı tarafın eylemi esas alınarak düzenlenmiştir.

Bu maddelere göre örneğin memur faili müessir fiil ika ediyor, fail memura bu nedenle hakaret ediyor. Sonuç; fail hakkında TCK'nun 266 ve devamı maddeleri uygulanıyor. 272. maddeye göre ceza indirilip ortadan kaldırılıyor. Cezanın tamamen ortadan kaldırıldığı halde dahi fail yargılama giderlerinden sorumludur. Ve bu bir mahkumiyettir.

Örneğin; şahıs faile müessirfiil ika ediyor. Veya hakaret ediyor. Fail şahısa bu nedenle hakaret ediyor. Sonuç; fail hakkında TCK'nun 480 ve devamı maddeleri uygulanıyor, 485. madde ile ceza ıskat ediliyor, şahsın müessirfiili nedeni ile failin hakaret eylemi halinde ise eylem cezayı mültelsim olmuyor. Fail yargılama giderlerinden sorumlu olmadığı gibi bu bir mahkumiyet değildir.

TCK'nun 272. maddesine, TCK'nun 485. maddesindeki bütün haller sığdırılmış olup 485. maddede yer alan karşılıklı hakaret ve müessir fiil halleri de "Memurun keyfi ve haksız hareketi" kavramı içine alınmıştır. Ancak 485. maddede yer alan, failin eylemini sebebiyet veren ilk ve karşı eylemde bulunanın müessir fiil ika ettiği hallerde, eylem cezayı mültelsim değildir. Memurun faile ilk müessir fiili halinde ise 272. madde uygulanırken ceza tamamen ortadan kaldırılmış olsa dahi bu bir mahkumiyettir. Fail yargılama giderlerinden sorumlu olduğu gibi hüküm sabıka kaydına işlenir. 272. maddenin cezanın tamamen kaldırıldığı hallerde, tamamen ortadan kaldırılan bir cezanın mahkumiyet hükmü olması Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk devleti ilkesine bu maddenin paralel olarak düzenlendiği TCK'nun 485. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde aynı durumdaki failer arasında eşitsizlik sonucunu yarattığından Anayasa'nın 10. maddesine, suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38. maddesine aykırıdır.

272. madde yasakoyucunun fail lehine koyduğu bir hükümdür. Ve kişi hürriyeti ile yakından ilgilidir. Kamu görevlilerinin görevlerini yasalara uygun yapmalarının bir teminatıdır. Bu madde, şahısların hürriyetini memurların suistimallerine karşı korumak için konulmuştur. 266 ve devamındaki maddelerde ise, 272 dışında memurlar ancak görevlerini yasalara uygun bir şekilde ifa ederlerken korunurlar. Nitekim böylesi durumlarda failin eylemi devlet aleyhine cürüm olması nedeni ile, 480 ve devamı maddelerinde düzenlenen şahıs aleyhine cürümlere göre daha ağır cezalandırılmaktadır. Ancak 272. maddenin uygulandığı hallerde yetki sınırlarını keyfi hareketleri ile aşan görevli "Memur" değil "suçlu"dur. Bu halde keyfi hareket eden kimseye karşı gösterilen tepki, devlet idaresine karşı tepki değildir. Görevini suistimal eden suçluya karşı tepkidir. Çünkü; keyfi ve haksız hareket ile görevi kötüye kullanma devletin

bir hareketi sayılamaz. Kaldı ki herkesin görev hududunu aşan memura karşı kendi haysiyetini koruma ve savunma hakkı vardır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devleti ilkesi ile keyfi idare kavramı birbiri ile bağdaşmaz. Hukuk Devletinde otorite kadar meşruluğun da himayesi gerekir. Nitekim kanunkoyucu 272. maddede "Keyifi ve haksız hareket kavramını" yasadaki haksız tahrikten daha vahim bir hal kabul ederek, memurun keyfi ve haksız hareketinde, bu nedenle cezanın tamamen kaldırılabilceğini kabul etmiştir. Oysa haksız tahrikte, tahrik ne kadar ağır olursa olsun ceza sadece indirilebilir.

272. madde ve 485. madde birlikte değerlendirildiğinde, aynı nitelikteki eylemlerde, aynı keyfi ve haksız hareketi yapan, böylece olaya sebebiyet veren "Memur suçlu" ve "Şahıs suçlu" arasında keyfi idareyi önlemek için fail lehine konulmuş olan 272. maddede fail aleyhine sonuç doğmakta ve "memur kategorisinin, artık görevle ve devlet otoritesi ile ilgisiz olan kötülüğü, ilk haksız eylemde bulunan suçlu memur lehine, fail aleyhine, eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde", memurun haksız hareketi ile şahsın haksız hareketi karşısında kalan aynı durumdaki failer arasında, memur kategorisine, keyfilikte ve haksız harekette üstünlük tanındığı sonucunu doğurduğu ve böylece failer arasında da eşitsizlik yaratması nedeni ile, bu durum Anayasa'daki "Eşitlik" ve "Hukuk Devleti" ilkelerine aykırıdır.

272. madde ile cezanın tamamen kaldırıldığı hallerde, fail cezası 647 sayılı Yasa gereğince ertelenmiş failin konumuna gelmektedir. Failin cezası tamamen kaldırılrsa bile ceza sabıka kaydına işlenmekte ve fail yargılama giderlerinden sorumlu olmaktadır. Bu durum 272. maddenin konuluş amacını ve işlevini aşmaktadır. Esasen tamamen kaldırılan bir cezanın aynı zamanda bir mahkumiyet hükmü olması Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devleti ilkesi ile 38. maddesine aykırıdır. Çünkü; kaldırılan bir cezanın mahkumiyet oluşu yasa metninde de yoktur.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle, TCK'nun 272. maddesinin Anayasa'nın 2, 10 ve 38. maddelerine aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılarak, iddianame ile sanık Turgut Yavuz lehine 272. maddenin uygulanması talebi ile dava açıldığından, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, ..."