**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

*'Mahkememizin yukarıda esas sayısı yazılı dosyasının yapılan yargılaması sırasında verilen ara karar gereğince;*

*S.S. ' Konut Yapı Kooperatifi'nin 2008 yılında kullandığı yevmiye defterinin noter kapanış tasdikinin süresinde yaptırılmadığı, bu işlemden sorumlu olan yönetim kurulu üyesi ''ya TTK m. 67/3 maddesine uyan eylemi nedeniyle çıkartılan ön ödeme ihtaratına uymayarak üzerine atılı suçu işlediği, kooperatifin denetim kurulu üyeleri olan sanıklar ' ve ''ın da denetim görevlerini ifa etmeyerek 1163 sayılı Kanun'un Ek 2/3 maddesince düzenlenen müsnet suçu işledikleri anlaşılmakla, sanıkların mahkememizce yargılamasının yapılarak, sanık ''ın TTK m. 67/3 ve sanıklar ... ile ''ın 1163 sayılı Yasanın Ek 2/3 maddesi gereği cezalandırılmasına karar verilmesi talebiyle kamu davası açıldığı, sanık ''nın eyleminin sabit görülmesi durumunda, hakkında, 20/06/2012 tarih ve 6335 sayılı Yasanın 30. maddesi ile değişik, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 562/1. maddesi gereği, sanığın eylemi suç olmaktan çıkartılıp, kabahate dönüştürüldüğü için, dört bin TL idari para cezasının, adı geçen Yasanın 562/13. fıkrası gereği, mahallin en büyük mülki idari amirince uygulanacağı, bu itibarla adı geçen sanık hakkında, yargılamaya konu eylemin 'suç' olmaktan çıkartıldığı, sanık ''nın, yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle atılı eylemde asli sorumlu olduğu; zira, 6102 sayılı Yasanın 64. maddesi ile ticari defterlerin usulüne uygun tutulmasının yasa ile doğrudan doğruya kendisine yüklenen görev olduğu, sanıklar' ve ''ın ise, sanık ''nın asli sorumluluğunu taşıdığı, ticari defterlerin usulüne uygun tutulup tutulmadığını denetleme görevleri nedeni ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun (iddianamede sehven 1162 yazılmıştır) Ek Madde 2/3 delaletiyle 1163 sayılı Yasanın 66. maddesine aykırı davrandıklarından bahisle cezalandırılmaları talebiyle kamu davasında sanık sıfatı ile yer aldıkları, sanıklar ' ve ''ın, ticari defterler üzerindeki 'denetim görevi'nin, tali sorumluluğa konu olduğu bir an için tüm sanıkların 'ticari defterlerin, usulüne uygun tutulması ve bu uygunluğun denetlenmesi' yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle doğan sorumluluklarının eşit olduğu kabul edilse bile, 'ticari defterleri usulüne uygun tutma' yükümlülüğüne aykırı davranan sanığın eyleminin suç olmaktan çıkartılıp kabahate dönüştürülmesi karşısında, 'uygunluğu denetleme' yükümlülüğüne aykırı davranan sanıklar yönünden eylemin; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun. 66/1. maddesine göre 'Denetçiler, işletme hesabiyle bilançonun defterlerle uygunluk halinde bulunup bulunmadığını, defterlerin düzenli bir surette tutulup tutulmadığını ve işletmenin neticeleriyle mameleki hakkında uyulması gerekli olan hükümlere göre işlem yapılıp yapılmadığını incelemekle yükümlüdürler. Ortakların şahsan sorumlu veya ek ödeme ile yükümlü olan kooperatiflerde denetçiler, ortaklar listesinin usulüne uygun olarak tutulup tutulmadığını da incelemek zorundadırlar.' ve aynı Yasanın Ek.Madde 2/3 uyarınca; ' ... 66 ve 67 nci maddeye aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının denetim kurulu üyeleri bir aydan altı aya kadar hapis ve otuz günden üçyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.' hükümleri gereği, eylemlerinin 'suç' olarak kalması ve hapis ve adli para cezasına hükmedilmesi gerekliliğinin, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde tanımlanan 'kanun önünde eşitlik' ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatine varılmıştır.*

*1982 Anayasası'nın 10. maddesine göre;*

*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

*(Ek fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./l.mad) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 07/05/2010-5982 S.K./l. md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*

*(Ek fıkra: 07/05/2010-5982 S.K./l. md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*

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

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (..) (İptal ibare: Anayasa Mah.nin 05/06/2008 tarihli ve E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı Kararı ile.) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*

*Yasa önünde eşitlik ilkesi, 'ayrımcılık yasağı'nı da içinde barındıran bir temel ilkedir. Eşitlik ilkesinde kural olarak, herkes için kanun önünde mutlak eşitlik (şekli eşitlik) geçerliyken, aynı durumda olan hak öznelerinin 'haklı nedenlere dayalı olarak' farklı muameleye tabi tutulmaları 'maddi eşitlik'de söz konusu olmaktadır.*

*Şöyle ki; 'ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelerinin; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayrım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde Devlet tarafından yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir haktır.'*

*Hukuk önünde eşitlik ilkesinin, gerek Uluslararası İnsan Hakları Ortak Hukuku, gerek Avrupa Birliği Hukuku ve gerekse iç hukukumuzun pozitif kuralları ile Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararları ve öğretideki kimi görüşler çerçevesinde yapılan bu 'eklektik' tanımda, 'olmazsa olmaz' nitelikli dört öge birlikte bulunmaktadır.*

*Birincisi, öncelikle hak öznelerinin insan haklarından yararlanmalarındadır ki; bu, kısaca, sosyal hakların da kapsamında olduğu 'insan haklarından yararlanmada eşitlik' olarak ifade edilebilir. Bu özelliği nedeniyledir ki, ayrımcılık yasaklı eşitlik, Devlet'in uyması gereken 'üstün' bir ilke, bir 'ölçü' ilkedir; buna karşılık hak özneleri açısından, bir 'insan hakkı'dır, uluslararası ve 'usulüne göre yürürlüğe konuldukları' için Türkiye açısından 'ulusalüstü' nitelik taşıyan uluslararası sözleşmelerin ve ulusal hukukun güvenceye aldığı bir 'temel hak'tır*

*İkinci öge, ayrımcılık yasaklı eşitliğin ve eşit işlemin, hak öznelerinin her durumda, her koşulda, her konuda ve her zaman 'mutlak' biçimde eşit olmadıkları, eşitleştirilmelerine olanak bulunmadığı gerçeğiyle ilgilidir.. Tersine bir söyleyişle, kimi zaman aynı, benzer ya da özdeş olmayan 'farklı' durum ya da koşullarda bulunan kişilere, aynı kuralların uygulanamaması, uygulanmasının da eşitliği sağlama yerine daha da bozma, eşitsizliği artırma sonucu doğurmasıdır. Yani ayrımcılık yasaklı eşitlik, farklı durumlarda bulunan kişiler için farklı kurallar konulmasına ve uygulanmasına engel olmaz. Var olan eşitsizlikler bunu gerektirmektedir. Ancak, biçimsel düzenlemelerle üstesinden gelinemeyen eşitsizliklerin hafifletilmesi ve giderek kaldırılması amacıyla olumlu önlemler alınması da, ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin kapsamındadır.*

*Üçüncü öge, ikincisiyle bağlantılıdır. Birbirinin aynı olmayan durumlarda farklı kuralların uygulanabilmesinin 'haklı' sayılabilecek gerekçeleri, ölçütleri olmalı; böyle bir uygulama, 'keyfi' nitelik taşımamalıdır. Kimi hak özneleri için öngörülen farklı işlemler, nesnel, makul, inandırıcı, kısacası 'haklı' nedenlere dayanıyorsa ayrımcı sayılmaz.*

*Dördüncü ve sonuncu öge, eşitlikle bağdaşmayan ayrımcı eylemlere ilişkindir. Haklı nedenlere dayanmayan ayrımcı bir eylem ya da farklı işlem, hak ve özgürlüklerin eşitlik koşullarına uygun biçimde kullanılmasını doğrudan yasaklama ve/veya kısıtlama biçiminde gerçekleştirilebileceği gibi, hak öznelerinin dışlanması ya da yeğlenmesi biçiminde de kendini gösterebilir.*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağı öngören 14. maddesinde, gerekse de 12 sayılı protokolün 1. maddesinde eşitlik ilkesine doğrudan ve açık bir gönderme yapılmamış olmasına karşın, 'işlem eşitliği' ve 'cinsiyetlerin eşitliği' ilkelerine göndermelerde bulunmuş, sözleşme ve protokolün anılan maddelerinin bu ilkeleri içerdiğine karar vermiştir.*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayrımcılık kavramını tanımladığı gibi, sözleşmenin sağladığı korumanın doğrudan ayrımcılıkların yanı sıra dolaylı ayrımcılıkları da kapsadığını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayrımcılık kavramını, 'bir birey ya da gruba, uygun haklı gösterme olmaksızın, sözleşme daha elverişli bir işlem gerektirmese bile, bir başkasına oranla daha az iyi davranıldığı durumları kapsar.' (Affaire Abdulaziz) şeklinde tanımlamış ve bir çok kararında bu tanımlamayı uygulamıştır.*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları ile, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde tanımlanan kanun önünde eşitlik ilkesinin yanı sıra, Anayasa'nın Başlangıç bölümü ve sistematiği de hep birlikte göz önüne alındığında, 1982 Anayasası'nın, genel olarak 'eşitlik' ilkesini ve aynı zamanda 'sosyal adalet' ilkesini, 'kanun önünde eşitlik' ile sınırlı olmaksızın Cumhuriyetin 'değiştirilemez' niteliklerinden biri (m.4) düzeyine yükselttiği sonucuna varılmaktadır.*

*Şöyle ki; 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası da, 'Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil' olduğunu (m. 176) ve 2. maddesinde de, 'Türkiye Cumhuriyeti'nin ... başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan ... sosyal bir hukuk devleti' niteliği taşıdığını öngörmüştür. Başlangıç'taki ilkeler arasında ise, 'Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak (...) onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu' da bulunmaktadır.*

*1982 Anayasası'nın, 1961 Anayasası'ndan ayrılarak, yasa önünde eşitlik ilkesine 'Genel Esaslar' içinde yer vermiş olmasının, bu ilkeye 'Anayasa'nın tümüne ve Devlet'e egemen bir ilke' niteliği kazandırdığı; bu düzenleme biçiminin, yani ilkenin Anayasa'daki yerinin, 'eşitliğin temel bir Devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşüne güç kattığı belirtilmiştir. Yasa önünde eşitlik ilkesinin demokrasinin vazgeçilmez üç ilkesinden birini oluşturduğunu vurgulayan 10. maddenin gerekçesi göz önüne alındığında, 'eşitlik ilkesinin Genel Esaslar kısmındaki Devlet'in kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek gereklidir, tıpkı 2. ve 5. maddelerde belirtilen Demokrasi, Hukuk Devleti ve İnsan Hakları gibi.'*

*Mevcut açıklamalar ışığında, somut olayda, sanık ' ile sanıklar ' ve ''ın eylemlerine farklı yasal düzenlemelerin tatbikinin, 'haklı sayılabilecek gerekçelere ve ölçütlere' dayanmadığı, sanıkların aynı hukuki statüde bulundukları ve aralarında statüler eşitliğin de bulunduğu, mevcut yasal mevzuat ile hak özneleri arasında ayrımcılık oluşturulduğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu arasında, özel yasa - genel yasa ilişkisinin bulunduğu, bu itibarla, sonradan yürürlüğe giren ve Kooperatifler Kanunu'ndaki yasal düzenlemeyi açıkça yürürlükten kaldırdığını ifade etmeyen genel yasa hükmü ile, özel yasa hükmünün çelişmesi durumunda, bu çelişkinin Hukukun genel ilkeleri ile giderilemeyeceği, özel yasanın genel yasaya karşı üstünlüğünü koruyacağı ve somut olayda sorumluluğun konusu aynı olan (hatta yönetim kurulu üyelerinin eylemine nazaran, denetim kurulu üyelerinin eylemi, kusuru, sorumluluğu ikincil nitelikte kalmaktadır, eylemi ve sorumluluğu doğuran asıl davranış yönetim kurulu üyelerinin davranışıdır.) sanıklar hakkında, eylemi daha ağır olan sanık ''nın eyleminin suç olmaktan çıkartılıp, hakkında yargılama yapmayı dahi gerektirmeyen ve idari mülki amir tarafından uygulanacak idari para cezasına çeviren 6102 sayılı Yasanın 562. maddesi karşısında, 1162 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun Ek 2/3 maddesinin Anayasa'nın 10. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde tanımlanan kanun önünde eşitlik ilkesine, Anayasa Mahkemesi'nin 'aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağı' ve 'Anayasa'nın 10. maddesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin arasında haklı nedene dayanmayan ayrımları önleyerek eşitliği sağlamaktır' şeklindeki yorum ve uygulamaları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını öngören 14. maddesine, 12 sayılı protokolün işlem eşitliğine yer veren ilgili hükmüne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar ve uygulamalarına konu ve kaynak olan, Hukukun evrensel ilkesi, 'eşitlik ilkesi'ne aykırılık teşkil ettiği anlaşılmakla, somut norm denetimi açısından Anayasa Mahkemesine müracaat edilmesi gerektiği kanaatine varılmakla, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi uyarınca dosyanın ilgili belgeleri dizi pusulasına bağlanarak ekli gönderilmiş olup, Mahkemeniz kararının bekletici mesele yapılmasına karar verilmiştir.'"*