**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas sayısı:1987/24**

**Karar sayısı:1987/32**

**Karar günü:24/11/1987**

**R.G. Tarih-Sayı :R.G.'de yayımlanmamıştır. (Red)**

İtiraz Yoluna Başvuran : Danıştay Beşinci Dairesi

İtirazın Konusu: 2/7/1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanununun, 4/12/1985 günlü, 3239 sayılı Yasanın 90. maddesiyle değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali istemidir.

I. Olay:

Samsun Devlet Su İşleri 7. Bölge Müdürlüğünde avukat olarak görev yapan davacının, 492 sayılı Harçlar Kanununun 3239 sayılı Yasayla değişik 34. maddesinin birinci fıkrası hükmünden yararlandırılması is-emiyle 6/2/1986 tarihinde yazılı olarak yaptığı başvuruya Devlet Su İşeri Genel Müdürlüğünce cevap verilmemiştir.

İdarenin devam eden suskunluğu karşısında, başvurunun reddi anlamındaki söz konusu olumsuz idari işlemin iptali için davacı vekili tarafından yenilenerek açılan dava Samsun İdare Mahkemesince esastan reddedilmiştir.

Davanın reddine ilişkin 30/1/1987 günlü, E. 1986/710 ve K. 1987/143 "ayılı karar, süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiş bulunmaktadır.

Dava dilekçesindeki gerekçelerin temyiz sebepleri olarak yinelendiği, duruşmalı inceleme istemimde içeren 17/2/1987 günlü temyiz dilekçesinde, "...Özdeş nitelik ve özdeş koşullarda aynı işi yapan kişiler arasında yasanın farklı uygulanması Anayasa'nın eşitlik ilkesine ters düşmektedir. T. C. Devleti bir hukuk devleti olduğuna göre, yasalar farklı uygulanamaz..." biçimindeki görüşlere de yer verilmiş; belirtilen doğrultudaki açıklamalar, duruşma sırasında, 492 sayılı Yasanın 34. maddesinin 3239 sayılı Yasayla değişik birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddialarına dayanak yapılmıştır.

Temyiz incelemesini yapan Danıştay Beşinci Dairesi, Danıştay Başsavcılığının, Anayasa'ya aykırılık iddialarının ciddi olduğuna, konunun bu nedenle Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi gerektiğine ilişkin düşüncesini de saptadıktan sonra, "...farklı uygulamaya yol açan ve haklı bir nedene dayanmayan, 492 sayılı Harçlar Kanununun 3239 sayılı Kanunla değişik 34. maddesi birinci fıkrası hükmünün Anayasanın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu" yolundaki iddiaları ciddi bularak, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasanın 28 maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını oybirliğiyle kararlaştırmıştır.

III. Yasa Metinleri:

A) İptali İstenen Yasa Kuralı:

2/7/1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanununun 34. maddesinin birinci fıkrasını değiştiren 4/12/1985 günlü, 3239 sayılı Yasanın 90. maddesi şöyledir:

"Madde 90. - 492 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Tebliğden başka bir işlem yapmak için makamından uzaklaşma durumunda olan hâkimler, Cumhuriyet Savcıları, askeri mahkemelerdeki subay üyeler ve icra iflas memurları ile yardımcılarına, adli tabiplere, yazı işleri müdürü ile yazı işleri müdür yardımcılarına, kâtiplere, mübaşirlere, hizmetlilere ve bu işlemlere katılan Hazine avukatlarına yol giderlerinden başka aşağıdaki miktarda yol tazminatı verilir. Hazine avukatlarına yol tazminatı bütçenin ilgili tertibinden tediye olunur ve ayrıca gündelik ödenmez."

B) Dayanılan Anayasa Kuralı:

"Madde 10. - Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

IV. Ýlk İnceleme:

Başvuru kararının ekini oluşturan 'belge fotokopilerinin onaylanmadan gönderilmiş olması eksiklik sayılarak, başvuru dosyasının geri çevrilmesine ilişkin 2/9/1987 günlü, E. 1987/20 ve K. 1987/17 sayılı karar gereği yerine getirildikten, böylece eksiklik giderildikten sonra; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Orhan ONAR, Necdet DA-RICIOĞLU, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Yekta Güngör ÖZDEN, Muammer TURAN, Mehmet ÇINARLI, Selâhattin METİN, Servet TÜZÜN, Mustafa GÖNÜL, Mustafa ŞAHİN ve Ahmet Oğuz AKDOĞANLI'nın katılmalarıyla 29/9/1987 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında aşağıdaki sorunlar üzerinde durulmuştur:

A) Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasanın 28. maddelerine göre, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurabilmesi için; elinde, usulüne uygun olarak açılmış, kendi görev alanına giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın, o davada uygulanacak kural niteliğinde olması gerekmektedir. Belirtilen koşullardan birinin gerçekleşmemesi, itiraz yolunun işlemesini ve somut denetiminin yapılmasını engelleyen bir eksikliktir.

Konuya bu açıdan bakıldığında, Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için gerekli tüm koşulların oluştuğu açıkça görülmektedir. Şöyleki:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46. maddesinin 2. bendi, "İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen altmış gün içinde" Danıştayda temyiz yoluna başvurulabileceğini öngörmüş bulunmaktadır.

Samsun İdare Mahkemesinin 30/1/1987 günlü, E. 1986/710 ve K. 1987/143 sayılı kararının davacıya tebliğ edildiğine ilişkin herhangi bir belgeye dosya içinde rastlanılmamış olmakla birlikte, 17/2/1987 günlü temyiz dilekçesinde tebliğ tarihi 16/2/1987 olarak gösterilmiştir. Davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün dosyada mevcut 27/3/1987 günlü cevap lâyihası ise 1/4/1987 tarihli Hâkim havalesini taşımaktadır. Cevap lâyihası bile, temyiz incelemesine konu teşkil eden kararın verildiği 30/1/1987 tarihinden itibaren 61 gün sonra, 1/4/1987 tarihinde işleme konduğuna göre davacının, yasal süre içinde, usulüne uygun olarak temyiz yoluna başvurduğu kabul edilmelidir.

B) 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1. maddesinde ifade edildiği üzere, T. C. Anayasası ile "yüksek idare mahkemesi" olarak görevlendirilmiş olan Danıştay, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46. maddesine göre idare ve vergi mahkemelerinden verilen nihai kararların temyiz merciidir.

2575 sayılı Yasanın 29. maddesinde, "...kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklara ilişkin" davaların Danıştay Beşinci Dairesi'nde çözümleneceğinden söz edilmektedir. Her ne kadar aynı Yasanın 33. maddesi, Harçlar Kanunu ile ilgili davaları Dokuzuncu Daire'nin çözümleyeceğine dair bir hüküm içermekte ise de; davacının, kamu görevlisi olması ve Devlet Su işleri Genel Müdürlüğü avukatı olarak Harçlar Kanunu'nun 34. maddesinin değişik birinci fıkrası hükmünden yararlandırılmasını sağlamak için temyiz yoluna başvurmuş bulunması, davanın da, aslında Harçlar Kanunu'nun, kimi kamu görevlilerinin yol tazminatını düzenleyen 34. maddesi hükmünden kaynaklanması karşısında Beşinci Daire'nin kendisini görevli ve yetkili kabul etmesinde yasalara aykırılık görülmemiştir.

C) Anayasa'ya uygunluk denetiminde dava; çözüme bağlanmak üzere, görevli bir mahkeme önüne kanuna uygun biçimde getirilen özel veya kamu hukukuna ilişkin anlaşmazlıklar ve işler olarak nitelendirilmektedir.

Bu bakımdan, davacının, yukarıda belirlenen isteklerini gerçekleştirmek amacıyla yasal süre içinde ve usulüne uygun olarak temyiz isteminde bulunması üzerine Danıştay Beşinci Dairesi'nin temyizen incelediği işin, 2949 sayılı Yasanın 28. maddesinin öngördüğü anlamda "bakılmakta olan" bir dava olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

D) Davada uygulanacak yasa kuralı kavramının; bir davanın çeşitli evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönden etki yapacak nitelikte bulunan yahut tarafların iddia (istek) ve savunmaları çerçevesinde bir karar vermek için gözönünde tutulması gereken kuralları kapsadığında kuşku yoktur.

İtiraz yoluna başvurulmasına yol açan dava ile ilgili olayda, Devlet Su işleri Genel Müdürlüğü avukatı olan davacı, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 3239 sayılı Yasayla değişik 34. maddesinin birinci fıkrasına dayanarak kendisine yol tazminatı verilmesini istediğine, davalı Devlet Su işleri Genel Müdürlüğü ise anılan fıkra hükmünün sadece Hazine avukatlarını kapsadığını belirterek davacı isteğinin reddini savunduğuna ve Samsun idare Mahkemesi'nce, işin esasına girilerek davanın reddi kararlaştırıldığına göre; temyiz incelemesinde, Danıştay Beşinci Dairesi'nin de, ortaya çıkan uyuşmazlığı aynı fıkra hükmünün anlam ve kapsamını belirleyerek çözmesi zorunludur. Samsun idare Mahkemesi kararının onanması ya da bozulması bu belirlemeye bağlı olarak, itiraz konusu kuralın olumlu yada olumsuz biçimde uygulanması sonucunda gerçekleşmiş olacaktır.

Açıklanan nedenlerle 492 sayılı Yasanın, 3239 sayılı Yasayla değişik 34. maddesinin birinci fıkrası bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliğindedir.

E) İtiraz konusu fıkra hükmünün bakılmakta olan davada uygulanacak hüküm olduğu saptandıktan sonra, bu fıkranın bütünüyle mi yoksa içerdiği kimi kurallar açısından mı Anayasa'ya uygunluk denetimine tâbi tutulacağı, başka bir anlatımla sınırlamaya gerek bulunup bulunmadığı ancak, işin esasının incelenmesi sırasında yapılacak değerlendirme sonucunda sağlıklı olarak belirlenebilecektir. Bakılmakta olan davanın konusunu oluşturan somut olayın özellik ve niteliği bunu gerektirmektedir.

Böylece yapılan ilk inceleme sonunda, "Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine Muammer TURAN'ın karşıoyu ve oyçokluğuyla;

Sınırlandırma sorununun esasın incelenmesi sırasında ele alınmasına oybirliğiyle..." karar verilmiştir.

V. Esasın incelenmesi:

İşin esasına ilişkin rapor, başvuru kararı ve ekleri, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen yasa hükmü ile itirazın dayanağını oluşturan Anayasa kuralı, bunlarla ilgili gerekçeler ve tüm yasama belgeleri ve konuya ilişkin öteki metinler okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

A) incelemenin Sınırlandırılması:

29/9/1987 günlü ilk inceleme kararına uyularak bu evrede öncelikle sınırlandırma sorunu üzerinde durulmuştur:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasanın 28. maddelerine göre, mahkemelerin bir yasa kuralı hakkında itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkileri o kuralın davada uygulanması koşuluna bağlıdır.

İtiraz konusu kural, "Tebliğden başka bir işlem yapmak için makamından uzaklaşma durumunda olan" hâkimlerle Cumhuriyet Savcılarına ve kimi adalet görevlilerine yol giderlerinden başka yol tazminatı serilmesini hükme bağlamakta, bu işlemlere katılan Hazine avukatlarının da aynı haktan yararlandırılmalarını öngörmektedir.

Bakılmakta olan davada, 2/7/1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 34. maddesinin iptali istenen birinci fıkrasının, Hâkimlerle Cumhuriyet Savcılarına ve öteki adalet görevlilerine yol tazminatı ödenmeline ilişkin hükümlerinin değil; bunların işlemlerine katılan Hazine avurtlarına yol tazminatı verilmesini öngören hükmünün uygulanması söz konusu olduğundan, incelemenin, anılan fıkrada yer alan ve içeriği bakımından, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde oluşturulacak kararı doğrudan doğruya etkileyecek olan "...ve bu işlemlere katılan Hazine avukatlarına..." biçimindeki ibare ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

B) Anayasaya Uygunluk Denetimi:

l - Genel Açıklama:

Tebliğden başka bir işlem yapmak için makamından uzaklaşmaya mecbur olan Hâkimler, Cumhuriyet Savcıları ve icra iflas memurları ile adli tabiplere, adliye başkâtiplerine, kâtiplere, mübaşir ve müstahdemlere yol giderlerinden başka "yol tazminatı" adı altında, üst sınırı belli ödemeler yapılmasını öngören 2/7/1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 34. maddesinde, 7/6/1979 günlü, 2244 sayılı ve 4/12/1985 günlü, 3239 sayılı Yasalarla yapılan değişiklikler sonucunda yol tazminatının miktarı ve bundan yararlanacak görevlilerin sayısı, beliren ihtiyaca ve ülkenin ekonomik koşullarına uygun olarak artırılmıştır.

Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptaline karar verilmesi istenen 3239 sayılı Yasanın öngördüğü değişiklik, esas itibariyle "askeri mahkemelerdeki subay üyeler"e ve tebliğden başka bir işlem yapmak için makamından uzaklaşma durumunda olan Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları ile öteki adalet görevlilerinin bu işlemlerine katılan "Hazine avukatlarına" da yol tazminatı verilmesini hükme bağlamaktadır.

4/12/1985 günlü, 3239 sayılı Yasa değişikliği ile son şeklini alan 492 sayılı Harçlar Kanunu'nün "Yol giderleri ve tazminatı" başlıklı 34. maddesi uyarınca ilgililere ödenen yol tazminatı; bu maddeye ilişkin yasama belgelerinden de anlaşılacağı üzere, Daire dışında, yorucu ve yıpratıcı koşullar altında yapılan çalışmaların katlanılan zorlukların, uğranılan zararların ve yol giderleri dışındaki giderlerin karşılığını oluşturmaktadır. İnceleme konusu 34. maddenin anlam ve amacı ve uygulamada "keşif ücreti" olarak nitelendirilen "yol tazminatı"nın hukuki mahiyeti böylece özetlenebilir.

4353 ve 657 sayılı Yasalarla 178 ve 207 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelere göre Hazine avukatları, Genel bütçeye dahil Devlet kuruluşlarının her konuda hukuk danışmanlığını ve avukatlığını yapan "memur avukatlık" türünde bir meslek sınıfını oluşturmaktadır.

657 ve 6200 sayılı Yasaların, her türlü özlük haklan ve yaptıkları iş bakımından Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü avukatları ile Hazine avukatları arasında önemli farklar gözetmemiş olmasına rağmen, Hazine avukatlarının Genel Bütçeye dahil tüm kamu kuruluşlarını, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü avukatlarının ise yalnızca anılan kamu kuruluşunu temsil yetkisine sahip bulunmaları karşısında, faaliyet alanları yönünden farklı durumda bulundukları ortadadır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin iptal istemi; aynı işlemlere kurumlarını temsilen katılan, bu suretle aynı yargı sorumluluğunu paylaşan ve işlevleri bakımından aralarında esasta herhangi bir fark bulunmayan söz konusu kamu avukatları arasında, yol tazminatıyla ilgili uygulama yönünden fark gözetilerek Devlet Su işleri Genel Müdürlüğü avukatlarının, Harçlar Kanunu'nun 34. maddesinin değişik birinci fıkrasıyla gerçekleştirilen düzenlemenin dışında bırakılmasından kaynaklanmaktadır.

2 - Anayasa Kuralları Karşısında Değerlendirme:

492 sayılı Harçlar Kanunu'nün 4/12/1985 günlü, 3239 sayılı Yasanın 90. maddesiyle değiştirilen 34. maddesinin birinci fıkrasında, gerçekten, tebliğden başka bir işlem yapmak için makamından uzaklaşma durumunda olan Hâkimler, Cumhuriyet Savcıları ve diğer adalet görevlilerinin bu işlemlerine katılan Hazine avukatlarına da yol giderlerinden başka, bu maddede öngörülen miktarda yol tazminatı verileceği hükme bağlanmakta, aynı işlemlere katılan öteki kamu kuruluşlarının avukatları belirtilen hükmün uygulama alanı dışında bırakılmaktadır.

Sorunun salt bu açıdan ele alınması, kamusal çıkarların korunması sorumluluğunu üstlenen tüm kamu avukatlarının benzer durumlarda farklı uygulamalara tâbi tutulduktan, özellikle inceleme konusu düzenlemede, Hazine avukatları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, bu arada Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü avukatları arasında, Hazine avukatları yararına bir ayrıcalık tanındığı kuşkusunu uyandırmakta ise de, ilk bakışta duyulan bu kuşkunun Anayasa'ya aykırılık iddialarını ve iptal istemini haklı gösteren bir nitelik taşımadığı açıkça gözlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da açıklandığı gibi, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, bu hükmün, metin olarak Anayasa'nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi lâzımdır.

Anayasa'da, Hazine avukatlarına yol tazminatı verilmesini engelleyen herhangi bir kural yer almadığına göre, 492 sayılı Yasanın 34. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasının, Hazine avukatlarına da yol tazminatı ödenmesini öngören hükmünün Anayasa ile uyum içinde bulunmayan, Anayasal ilke ve kurallara açıkça ters düşen bir yönü yoktur. Anılan fıkrada diğer kamu avukatlarının da yol tazminatından yararlanmalarına ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması ise, bu evrede yalnız Hazine avukatlarına hak tanıyan ve özü bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez. Söz konusu hüküm, sorunun, öteki kamu avukatları yönünden de, sosyal, ekonomik ve hukuksal gereksinmeleri bütünüyle karşılayacak biçimde yasal çözümlere kavuşturulmasını, bu amaca yönelik düzenlemeler yapılmasını engelleyen bir ifade ve içerik taşımamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal isteminde bulunulamayacağına göre; sonucu bakımından, aynı işi ve işlemi yapan, aynı görev sorumluluğunu paylaşan kamu avukatları arasında farklı uygulamaya neden olduğu öne sürülen itiraz konusu hükmün, kamu avukatlarının önemli bir kesimine tanınan hakkı iptal kararıyla kaldırarak değil, öteki kesimlerine de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa'ya daha uygun ve daha tutarlı bir tasarruf olacaktır. Nitekim, Anayasa'nın mutlaka verilmesini öngörmediği bir çeşit ekonomik hak niteliğindeki yol tazminatının, 2/7/1964 günlü ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca, sınırları bu maddede belirlenen miktarları aşmayacak düzeyde, kimi adalet görevlilerine ödenmesine başlandıktan sonra, gelişen ekonomik koşullar ve beliren ihtiyaçlarda gözönünde tutularak, 7/6/1979 günlü, 2244 sayılı Yasa ile bu tazminattan yararlanacakların sayısı ve tazminat miktarı artırılmış, daha sonra 4/2/1985 günlü, 3239 sayılı Yasanın öngördüğü değişiklikle yol tazminatından yararlanacaklara askeri mahkemelerdeki subay üyeler ile Hazine avukatları da eklenmiştir.

Devletin sosyal niteliğinin gereği, kamu giderlerinin her yıl sürekli artması, buna karşılık bütçe gelirlerinin aynı oranda artış göstermemesi, sosyal ve ekonomik alanlara ilişkin görevlerin gereğince yerine getirilmesini kuşkusuz olumsuz doğrultuda etkilemektedir. Buna rağmen zaman içinde gerçekleştirilen kimi düzenlemeler, Yasa Koyucunun da, ülkedeki sosyal, ekonomik ve akçalı gelişmelere paralel olarak, adalet hizmetlerinde çalışan ve bu çalışmalara katılan kamu görevlilerinin durumlarını, olanakların elverdiği ölçüde iyileştirme, ilgilileri sosyal ve ekonomik güvencelere kavuşturma çabası içinde bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Yol tazminatının, bu tazminattan yararlananlar açısından ekonomik bir hak olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Soruna bu açıdan bakıldığında ve Anayasa'nın sosyal ve ekonomik hakların sınırını belirleyen 65. maddesi gözönünde tutularak değerlendirme yapıldığında; sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini bile ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecek olan Devletin, Hazine avukatlarına verilmesi öngörülen yol tazminatı ile ilgili düzenlemede Anayasa'ya aykırı bir tutum ve davranış içine girdiği söylenemez.

Yukarıda ayrıntılı olarak yapılan açıklamalar, işlevlerindeki benzerliğe rağmen, Hazine avukatlarının öteki kamu avukatlarına nazaran daha geniş bir alan içinde kamu hizmeti görmekte olmaları, başka bir deyişle yürütülen görevin ve üstlenilen sorumluluğun özellik ve nitelikleri gözönünde tutulduğu takdirde iptali istenen hükmün, Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesindeki esaslarla çelişen ve çatışan, konu ve amaç bakımından kamu yararına ters düşen, Anayasa'nın sözü ve ruhu ile bağdaşmayan bir yanı da görülmemektedir.

Kaldıki, düzenlemenin özelliğinden kaynaklanan nedenler, inceleme konusu hükmün iptal edilmesi halinde bile, iptal isteminin hukuksal dayanağını oluşturan adaletsizliği gidermiş olmayacaktır. Bu durumda, Hazine avukatları dışındaki kamu avukatları yol tazminatından yine yararlanamayacaklar, üstelik Hazine avukatları yasayla kendilerine tanınan ve ileride öteki kamu avukatlarının da yararlandırılmalarına kesinlikle engel teşkil etmeyen ekonomik bir haktan yoksun kılınmış olacaklardır. Böylece, olumsuz doğrultuda gerçekleştirilecek eşitliğin, aslında büyük ölçüde çözüme bağlanmış olan soruna olumlu ve köklü çözümler getireceği düşünülemez.

Açıklanan nedenlerle 2/7/1964 günlü ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 4/12/1985 günlü ve 3239 sayılı Yasanın 90. maddesiyle değiştirilen 34. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasının sınırlama karan uyarınca incelenen "...ve bu işlemlere katılan Hazine avukatlarına..." biçimindeki ibaresi Anayasa'ya aykırı olmadığından iptal isteminin reddine karar verilmelidir.

Yılmaz ALİEFENDIOĞLU ile Servet TÜZÜN bu görüşe katılmamışlardır.

VI. Sonuç:

1 - İncelemenin, iptali istenilen fıkrada yer alan "ve bu işlemlere katılan Hazine avukatlarına" biçimindeki ibare ile sınırlı olarak yapılmasına oybirliğiyle;

2 - 2/7/1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 4/12/1985 günlü, 3239 sayılı Kanun'un 90. maddesi ile değişik 34. maddesinin birinci fıkrasındaki "ve bu işlemlere katılan Hazine avukatlarına" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine,

4/11/1987 gününde karar verildi.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Başkan  Orhan ONAR | Başkanvekili  Mahmut C. CUHRUK | | Üye  Necdet DARICIOĞLU |
| Üye  Yılmaz ALİEFENDİOĞLU | Üye  Yekta Güngör ÖZDEN | | Üye  Muammer TURAN |
| Üye  Mehmet ÇINARLI | Üye  Selahaddin METİN | | Üye  Servet TÜZÜN |
| Üye  Mustafa ŞAHİN | | Üye  Adnan KÜKNER | |

KARŞIOY YAZISI

Esas sayısı: 1987/24

Karar sayısı: 1987/32

Genel bütçeye dahil devlet kuruluşlarının her konuda hukuk danışmanlığını ve avukatlığını yapmakla görevli hazine avukatları ile, mülhak bütçeli kamu kuruluşu durumunda bulunan Devlet Su İşlerinin, avukatları arasında yaptıkları ve yürüttükleri işler açısından temelde ayrılık bulunmamaktadır. Her iki grup kamu kuruluşu avukatı olup, Devlet Memurları Yasasında Avukatlık hizmetleri sınıfında yer almışlardır.

2/7/1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Yasası'nın 4/12/1985 günlü, 3239 sayılı Yasayla değişik 34. maddesinin birinci fıkrasına göre, tebliğden başka bir işlem yapmak için makamlarından uzaklaşan hâkimler, Cumhuriyet Savcıları, askeri mahkemelerdeki subay üyeler ve icra iflas memurları ve yardımcılarına adli tabiplere, yazı işleri müdürü ile yardımcılarına, kâtiplere, mübaşirlere, hizmetlilere ve bu işlemlere katılan hazine avukatlarına yol tazminatı verilmektedir. Ancak, maddede sayılmaması nedeniyle, aynı işlemlere aynı biçimde taraf avukatı olarak katılan öteki kamu kuruluş avukatları (bu arada Devlet Su işleri avukatları) yol tazminatı alamamaktadır. Başka bir deyişle itiraz konusu kural, bir adli işlemin yapılışında kendi kuruluşunu avukat olarak temsil eden ve bu işlemlere katılma yönünden aralarında bir fark bulunmayan kamu kuruluşu avukatlarından yalnız hazine avukatlarına yol tazminatı ödenmesini öngörmekte, böylece Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine açıkça aykırı düşmektedir. Bu ayrımın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.

Anayasa'ya aykırılık Yasadaki eksik düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Söz konusu kural, hazine avukatlarına parasal bir hak sağlayan hükmüyle Anayasa'ya aykırı sayılmasa da, aynı adli işlemlere aynı biçimde taraf avukatı olarak katılan öteki kamu avukatlarını bu haktan yoksun bırakması ve onları kapsamaması yönüyle Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğünün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (mad. 148). Bir yasa kuralı getirdiği düzenlemeyle, Anayasa'nın temel kurallarından birinin Örneğin eşitlik ilkesinin ihlâline neden oluyorsa Anayasa'ya aykırı düşer. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi gerekli görürse, Anayasa'ya aykırı kuralı iptal ederken, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca belirleyerek yasa yapımcıya bu kuralın Anayasa'ya uygun kapsamla yeniden düzenlenmesine olanak tanır. Anayasa Mahkemesi iptal kararını, bir hükmün uygulama alanının yada kapsamının genişletilmesi amacıyla değil, kuralın kendisini Ana-yasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulduğu için iptal etmektedir. Bu kuralı Anayasa'ya uygun bir kapsamla yeniden yürürlüğe sokmak ya da sokmamak yasama organının takdirine bağlıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, Kıyı Yasası'yla ilgili kararında, "kıyı kenar çizgisi" tanımı içerisinde "kayalık alanların" yer almamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. (AYMK. E. 1985/1, K. 1986/4, RG. 10/7/1986); Türk Ceza Kanununun 475., 176., 177. ve 178. maddelerini değiştiren 9/1/1986 günlü, 3255 sayılı Yasayla ilgili kararında, "Dinlerden birini Devlet olarak tercih fikri ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer."...."3255 sayılı Yasayla getirilen yeni düzenlemenin semavi dinler ve bunların mensuplarıyla semavi olmayan dinler ve bunların mensupları arasında ayırım gözettiği açık ve seçiktir." (AYMK. E. 1986/11, K. 1986/26, RG. 22/2/1987) demek suretiyle vatandaşlar arasında semavi dinlere inananlar ile semavi olmayan dinlere inananlar biçiminde ayırım yapılarak, semavi dinlere inananlara yapılacak saldırıları suç sayıp faillerinin cezalandırılmasını Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Başka bir deyişle, Yasaların koruyucusu şemsiyesinin sadece semavi dinlere inananları korumasını, Yasadaki bir eksiklik kabul etmiş, bu eksikliği Anayasa'daki eşitlik ilkesini ihlâl eder nitelikte bularak, iptal nedeni saymıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle eşitlik ilkesine aykırı düşen itiraz konusu kuralın iptali ve iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca kararlaştırılması gerektiği yolu ile verilen karara karşıyız.

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Yılmaz ALİEFENDİOĞLU | Üye  Servet TÜZÜN |