

" ...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ:

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin gerekçesi aynen şöyledir:

"1- Arapkir C. Başsavcılığı'nın 1990/171 Hz. ve 26.4.1990 günlü talepleri ile sanıkların 3167 SY.' nin 22. maddesine uyan eylemlerinden TCK. nün 36. maddesi uyarı suçta kullanılan av tüfekleri ve teferruatının müsadere talebi edilmiştir.

Sözkonusu suçtan sanıklar adına TCK. nün 119. maddesi uyarı ön ödeme tebligatı çıkarılmıştır. Müsadere yargılaması sırasında Mahkememizde TCK. nün 119/7 son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaati uyanmıştır.

2- Ön ödeme iki aşamalıdır.

a) İlk aşamada C. Başsavcılığınca çıkarılan ön ödeme üzerine sanık adına keşide edilen para cezasını ödemekte ve kamu davası açılmamaktadır. Bu durumda sanık sabıkalı olmamakta, suçu sübuta ermeden, yargılanmadan ceza ödemekte ayrıca 119/7. c. son uyarı hakkında müsadere hükümleri uygulanmaktadır ki: Bu Anayasa'nın 38. maddesindeki Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" hükmüne ve 38. maddenin genel esprisine aykırıdır.

Çünkü TCK. nün 36. maddesi Anayasa'nın 38. maddesinden mülhem olup cürüm veya kabahatte kullanılan eşyanın ancak MAHKUMİYET halinde müsadereye amirdir. Oysa ön ödeme usul ekonomisi amacıyla getirilmiş ve en önemlisi sanığın suçluluğu sabit olmadan Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olarak müsadere yolu açmıştır ki ... bu yönüyle aykırılık aşikardır.

b) Ön ödemenin ikinci aşamasında suçlu adına keşide edilen cezayı ödememekte, C. Başsavcılığınca açılan kamu davası sonucu suçluluğu sabit görüldükte cezalandırılmakta, varsa suçta kullandığı eşya MAHKUMİYET koşulu gerçekleştiğinden müsadere edilmektedir ki burada problem yoktur.

3- Nitelik olarak ön ödeme davanın düşmesini neticelendirir. Ölüm, genel af, şikayetten vazgeçme hallerinde müsadere caiz olmadığı halde ön ödeme halinde caiz oluşu da başka bir çelişkidir.

4- Konuya bir de müsadere açısından bakmak gerekir. TCK. nün 36/1 maddesindeki müsadere inzibati mahiyette olmayıp cezai mahiyettedir.

Cezai mahiyette müsadere için bir ceza mahkûmiyeti şarttır. Oysa ön ödeme halinde bu kurumun niteliği ve kuruluş amacından bir ceza mahkûmiyeti sözkonusu olmadığından aynı zamanda müsadereye hükmedilmesi ki, bunu vazedenden TCK. nün 119/7 son cümlesi Anayasa'nın suç ve cezaları belirleyen hükmüne aykırıdır.

Diğer bir deyimle ceza davasının düşmesini gerektiren sebeplerden olan ön ödeme halinde "Mahkûmiyet" şartı tahakkuk etmeyeceğinden müsadereye karar vermemek gerekir. Fakat TCK. nün 119/7. c. son hâkimi buna zorlamaktadır ki, bu Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin hükmüne aykırıdır.""