

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"a) Hukuk Devleti İlkesi Yönünden:

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunun geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. (Anayasa Mahkemesinin 20.5.2010 tarih ve E.2009/34, K.2010/72 sayılı kararı) Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Bankacılık Kanunu ile korunan hukuksal değer "finansal piyasalara ve finansal kurumlara güven"dir. Türk Ceza Kanununun 247'nci maddesi ile korunan hukuksal değer ise "kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi"dir. Finans kuruluşları ekonomik niteliklidir. Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ise kamu düzeni ve güvenliği ile ilgilidir. Hukuksal değerler hiyerarşisi bakımından kamu düzeni ve güvenliği, finansal kuruluşların güvenliğinden önce gelir. Daha yüksek bir değer alanının, kendisinden daha altta olan bir alana göre daha az korunuyor olması "Hukuk Devleti İlkesi" ile de bağdaşmamaktadır.

Yasa koyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur.

Hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Yasa koyucunun Bankacılık Kanununda ceza kanununa göre farklı düzenlemeler getirilmesi hukuken kabul edilebilirse de bu düzenlemelerin hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaması, hukuk devleti gereklerine aykırı olmaması zorunludur.

Yasa koyucu, Bankacılık Kanunda zimmet suçunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvuru önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. (Anayasa Mahkemesinin 10/04/2013 ve 2013/14 esas, 2013/56 karar sayılı kararı ve yine Anayasa Mahkemesinin 28/03/2013 ve 2013/143 esas, 2013/48 karar sayılı kararı)

b) Eşitlik İlkesi Yönünden:

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasanın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Nitelikli zimmet suçunun yaptırımı 5237 sayılı T.C.K.'nin 247/1, 2 maddelerinde 7,5 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişken, aynı suç için Bankacılık Kanununun 160/1, 2 maddelerinde banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları yönünden cezanın alt sınırının 12 yıl hapis cezasından az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bankacılık Kanununun 160/1 ve 2 maddelerinde zimmet suçu için daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin kanun koyucu tarafından o zamandaki şartlara göre nedenleri olabilir. Bahsi geçen madde ile daha ağır bir yaptırım uygulanması yanında bankanın uğradığı zararın tazminine ve ayrıca aynı kriterle (bankanın uğradığı zarar) bankanın uğradığı zararın üç katından az olamayacak adli para cezasının verilmesinin gerekmesi yani hukuksal deyimiyle "tipe uygun" aynı fiili icra eden diğer faillerden (zimmetine para geçiren herhangi bir kamu görevlisinden) daha ağır yaptırıma muhatap edilmesi negatif bir hak ihlalidir ve Anayasa'nın 10'uncu maddesinde ifadesinin bulan "Eşitlik İlkesi"ne aykırıdır.

c) Hak Arama Hürriyeti Yönünden:

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkında sahiptir." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesi ve davada ileri sürülen iddiaların ve delillerin, karşı tarafın iddia ve delilleriyle eşit imkanlarda araştırılması ve eşit değerlemeye tabi tutulmasıdır. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması hak arama özgürlüğünün bir gereğidir. (Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih ve E.2012/107, K.2013/90 sayılı kararı)

Hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesinde "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkında sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir.

AİHM kararlarında da belirtildiği üzere yargılama sürecinde taraflar iddialarını 'silahların eşitliği' ilkesi çerçevesinde yargı mercilerine sunabilmelidirler.

Ayrıca, getirilen düzenlemelerle kişilerin yargı önünde hukuken geçerli araç ve yollardan kendilerini savunabilme hakları ellerinden alınmamalıdır. Bu hak Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınmıştır.

Hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan, sav ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyecek ve adil yargılanmayı engel olacak yasa kurallarının Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı tartışmasızdır.

d) Kanuni Hâkim Güvencesi Yönünden:

Anayasanın "Kanuni Hâkim Güvencesi" başlığını taşıyan 37 nci maddesinde ise "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" denilmektedir. Anayasanın bu kurallarına uygun yapılmayan yasal düzenlemelerin Anayasaya aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur.

İptali istenen düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının ortaya konulabilmesi için mahkememizde ve hukuk mahkemelerinde tazminata karar verilmesi süreci üzerinde durulmasına gerek görülmüştür.

Hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında hukuk mahkemesi Hâkimi tarafından öncelikle açılan davanın dava dilekçesini karşı tarafa tebliğ ederek bu dilekçeye karşı cevaplarını ve delillerini bildirmesi için süre verecek ve dilekçeler teatisi ve delillerin toplanmasından sonra dosya hesap yönünden bilirkişiye gönderilecek ve kabul edilen kısım oranında davacı/şikayetçi banka lehine vekalet ücreti verilecek kısmen veya tamamen reddedilen rakam üzerinden de davalı/sanık lehine vekalet ücretine hükmedilecektir. Hukuk mahkemesi Hâkimi davalının/sanığın tazminat sorumluluğuna karar verirken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun aşağıda yazılı maddelerini göz önünde bulundurularak karar verecektir.

Madde 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiile başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Madde 50- Zarar gören (olayımızda davacı/şikayetçi banka), zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa Hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin (olayımızda davacı/şikayetçi banka) aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

Madde 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Madde 52- Zarar gören (olayımızda davacı/şikayetçi banka), zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise Hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse Hâkim, tazminatı indirebilir.

Madde 61- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

Madde 62- Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Yukarıda açıklandığı üzere hukuk mahkemesinde görülecek olan tazminat davasında tarafların (olayımızda davacı/şikayetçi banka ile davalı/sanık) kusur durumları tazminatın belirlenmesinde temel kriterdir. Diğer taraftan davalı/sanık kendisini bu mahkemede tazminat yönünden daha kapsamlı savunabilmektedir. Ayrıca tarafların davayı kazandığı ve kaybettiği rakam üzerinden nispi vekalet ücretine mahkum edilmesi de söz konusudur.

Mahkememizde ise sanığın yargılanması neticesinde suçlu olduğu yönünde kanaat hasıl olduğunda sanığın yüklenen suçtan hapis cezası ile cezalandırılması yanında bankanın uğradığı zararın üç katından az olamayacak şekilde Adli Para Ceza ile cezalandırılmasına ve ayrıca da meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunacaktır. Sanığın tazminata mahkumiyetinde hukuk mahkemesinde olduğu gibi sanığa tazminat yönünden delillerini ve savunmalarını sunma imkanı tanınmayacağı gibi tarafların kusur durumlarına bakılmaksızın sanık hakkında tazminat yönünden de karar verilecektir.

Ayrıca mahkememizce hukuk mahkemesinde olduğu gibi sanık lehine haklı çıktığı tazminat miktarı yönünden nispi vekalet ücreti değil sadece beraat etmesi durumunda maktu vekalet ücreti (şuan 3.000,00 TL) hükmedilme yoluna gidilecektir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yüksek mahkemece zimmet suçunun oluşup oluşmadığı noktasında inceleme yapılmasına rağmen ceza ile birlikte verilen zararın ödettirilmesine kararı hiç irdelenmeyerek iki dereceli yargılamada fiilen mümkün olmayacağı gibi hukuk ve ceza mahkemeleri ayrımı da fiilen olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 36., 37., maddelerine aykırı olduğuna, bu maddelerin iptalleri için 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'ne iptal talebi ile itiraz yoluna başvurulmasına ilişkin aşağıdaki karar oluşturulmuştur.

HÜKÜM: *Gerekçesi Yukarıda Açıklandığı Üzere:*

1) 5411 sayılı Bankacılık Kanununun; 160. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler." ile aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan "...ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunur." sözcüklerinin, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğuna, bu maddelerin iptalleri için 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesi gereğince ANAYASA MAHKEMESİNE İPTAL TALEBİ İLE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2) Kararın ve dosyanın konu ile ilgili belgelerinin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, 3) Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğince dosyamızın kaleme havale edildiğinin bildirildiği tarihten itibaren, görülmekte olan davanın

Esas Sayısı : 2014/103

Karar Sayısı : 2014/199

incelenmesinin 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40/5 maddesi gereğince beş ay sonraya bırakılmasına oy birliği ile karar verildi. ""