

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- E.2014/127 Sayılı Başvuru Kararının Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Anılan iddianamede sanığın üzerine atılı eyleme uyan ve cezalandırılması talep edilen 5607 sayılı Yasanın 3. maddesinin 18. fıkrasında atılı suç üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasını gerektirecek şekilde yaptırıma bağlanmıştır.

5607 sayılı Yasanın etkin pişmanlığı düzenleyen 5. maddesinin 2. fıkrası "Yedinci fıkrası hariç, 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olan kişi, etkin pişmanlık göstererek, soruşturma evresi sona erinceye kadar suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine ödediği takdirde, hakkında, bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza yarı oranında indirilir. Bu fıkra hükmü, mükerrerler hakkında veya suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde uygulanmaz." hükmünü içermektedir.

Yasanın yukarıda belirtilen düzenlemesine bakıldığında kaçakçılık fiillerinde etkin pişmanlığın uygulanması için etkin pişmanlığın soruşturma aşamasında gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ayrıca etkin pişmanlığın gerçekleşmesi için soruşturma aşamasında ödenmesi gereken değer, kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katıdır.

Yasa koyucu soruşturma aşamasında etkin pişmanlığı kabul etmesine karşın, kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık müessesesini kabul etmemiştir. Ayrıca etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için kaçakçılık suçlarında suçtan doğan zarar olan "gümrük vergilerinin ödemesini yeterli görmemiş, suçtan doğan zararın iki katından fazla (CİF değeri ve gümrük vergilerinden oluşan gümrüklenmiş değerin iki katı) bir ödeme yapılması koşulunu aramıştır.

Etkin pişmanlık, suç işleyen kişinin bu fiilden pişmanlık duyması, topluma kazandırılması ve böylece yeni bir suç işlemesinin önlenmesini sağlayan fonksiyonu ile cezanın bireyselleştirilerek sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan önemli bir maddi ceza hukuku müessesesi olmasının yanı sıra, mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesi sayesinde de onarıcı adalet ilkesinin gerçekleştirilmesinin de önemli bir aracı olmakta, böylece hukukun "toplumsal barışın sağlanması" amacına da hizmet etmektedir.

Yukarıda belirtilen amaçlara ulaşılabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nda özellikle mala karşı işlenen suçlarla ilgili olarak etkin pişmanlık müessesesi kabul edilmiş, Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinde soruşturma ve kovuşturma aşamalarını kapsayacak şekilde ve sanığın bizzat pişmanlık göstererek suçtan doğan zararın tamamen veya kısmen giderilmesi halinde sanığın cezasının belli oranlarda azaltılacağı düzenlenmiştir.

Dava konusu olayda ise, sanığın gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında suçtan doğan zararı giderme iradesi mevcut olduğu halde, 5607 sayılı Yasanın 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için gümrüklenmiş değerin iki katı kadar parayı ödemekle yükümlü kılınması ve maddi durumu itibarıyla bu miktarda parayı ödeme imkanının bulunmaması nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanma imkanının kalmadığı görülmektedir. Oysa onarıcı adaletin gerçekleştirilmesinin bir aracı olan

etkin pişmanlıkta amaç mağdurun uğradığı zarardan fazlasının değil, suçtan doğan zararının giderilmesidir.

1- Sanığın ödemekle yükümlü olduğu miktarın Anayasa'ya aykırılığı konusu

1982 Anayasası'nın 2. maddesi uyarınca "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

Kişilere karşı işlenen suçlarda etkin pişmanlıktan faydalanılabilmesi için suçtan doğan zararın kısmen veya tamamen giderilmesi yeterli görülür iken, devlete karşı işlenen kaçakçılık suçunda etkin pişmanlıktan faydalanılabilmesi için sanığa suçtan doğan zararın iki katından fazla bir miktarı ödeme yükümlülüğü getirilmesi adalet anlayışı içerisinde olan bir hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

1982 Anayasası'nın 5. maddesi uyarınca devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak yükümlülüğü altındadır. Kaçakçılık suçlarında etkin pişmanlığa ilişkin düzenleme de adalet ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Yasal düzenleme Anayasa'nın 11. maddesi hilafına Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı şekilde düzenlenmiştir.

Ayrıca etkin pişmanlığa ilişkin 5607 sayılı Yasanın 5/2. maddesi Anayasa'nın 12. maddesine de aykırıdır. Zira sanığın eylemi 5607 sayılı Yasanın 3.maddesinin 18. fıkrasında atılı suç "üç" yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasını gerektirmektedir. Dolayısıyla sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi halinde verilebilecek cezanın 2 yılın üzerinde olması nedeniyle cezanın ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi imkânı bulunmamaktadır ve bu durumda sanık belli bir süre cezasını infaz kurumunda infaz edecek ve kişi hürriyetinden yoksun bırakılması durumu ile karşı karşıya kalacaktır. Oysa ki etkin pişmanlık müessesesi Anayasa'nın 2. ve 5. maddesindeki hukuk devleti ve adalet ilkelerine uygun bir şekilde mağdurun suçtan doğan zararı ile sınırlı şekilde düzenlenmiş olsaydı, etkin pişmanlık iradesi gösteren sanık etkin pişmanlıktan faydalanabilecek ve bu ihtimalde, hakkında cezaya hükmedilmesi halinde ceza ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olabilecek ve neticede hürriyetin sınırlanmaması imkânı doğabilecekti. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmüne göre yapılacak ceza yargılaması neticesinde sanığın kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerinden olan kişi hürriyetini de ihlal edilebilecektir.

2- Etkin pişmanlığın soruşturma evresi ile sınırlı tutulmasının Anayasa'ya aykırılığı konusu

Kaçakçılık ile Mücadele Kanunu'nun etkin pişmanlığı düzenleyen 5. maddesinin 2. fıkrasında Anayasa'ya aykırı olan bir diğer husus, etkin pişmanlığın soruşturma aşaması ile sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi Başkanlığının 30.6.2011 tarih, 2010/38 esas ve 2011/112 karar sayılı kararında değinildiği üzere yasa koyucu takip edilen suç ve ceza siyasetine bağlı olarak bir hakkın daha etkin korunması amacıyla alınacak önlemler bağlamında etkin pişmanlığın kapsamını belirleyebilir. Dolayısıyla bu takdir hakkı "bir hakkın daha etkin korunması amacını" gerçekleştirmeye elverişli şekilde kullanılmalıdır. Kaçakçılık

suçları ile korunan devletin ithalat işlemlerinden aldığı vergi gelirleridir. Etkin pişmanlığın soruşturma aşaması ile sınırlaması halinde suçtan doğan zararı kovuşturma aşamasında gidermek sanık için herhangi bir anlam ifade etmeyecektir. Zira yukarıda belirtildiği şekilde verilecek cezanın 2 yıldan daha fazla olması nedeniyle sanığın cezasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması imkanı da bulunmamaktadır. Kovuşturma aşamasında gümrük vergilerinin ödenmesini anlamsızlaştıran yasal düzenleme etkin pişmanlıktan yararlanamayan sanık için olduğu kadar, suçtan doğan zararı tazmin edilmeyen maliye hazinesinin de aleyhine sonuç doğurmakta, zira suçtan doğan zararın giderilmesi yasa eliyle engellenerek onarıcı adalet ilkesinin sağlanamaması sonucu doğmaktadır. Zira yargılamadan sonra gümrük vergilerinin tahsili imkanı kalmamaktadır. Gümrük Kanunu'nun 208/1-d maddesi uyarınca kaçak eşya hakkında müsadere kararı verilmesi halinde gümrük yükümlülüğü (sanığın ödemekle yükümlü olduğu gümrük vergileri) de ortadan kalkmaktadır.

Sonuç olarak etkin pişmanlığın soruşturma aşaması ile sınırlı olarak düzenlenmesi şeklindeki düzenleme kaçakçılıkla mücadele ile korunan değer olan maliye hazinesinin de sanık haklarının da etkin bir şekilde korunmasına hizmet etmemektedir ve yukarıda belirtilen gerekçeler ile 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen, hukuk devleti, 5. maddesinde düzenlenen adalet ilkelerine aykırı siyasal engellerin kaldırılması, 11. maddesinde düzenlenen Anayasa'nın üstünlüğü ve 12. maddesinde düzenlenen kişi hürriyetlerine ayrılık teşkil etmektedir."

B- E.2014/137 Sayılı Başvuru Kararının Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Sanıklar hakkında 5607 sayılı Yasa'nın 3/18. maddesi gereğince yapılan yargılama sırasında, sanık... müdafii Av. ... 11/02/2014 havale tarihli dilekçesi ile, 5237 sayılı TCK'nun etkin pişmanlık hükümlerini düzenleyen 168, 192, 201 ve 221. maddelerinde sanıklara kovuşturma evresinin sonuna kadar etkin pişmanlıktan yararlanma hakkı tanındığı halde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda, lafzi yorumu ile eski metinlerde yer alan tahkikat kelimesi dar yorumlanarak bu hakkın sadece soruşturma evresi ile sınırlı tutulmasının Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik prensibine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmuş, bu iddiasını 02/04/2014 tarihli celse de yinelemiştir.

Katılan Gümrük Müdürlüğü vekili, uygulanacak hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olmadığından ve iddianın soyut nitelikte olduğundan bahisle sanık müdafinin bu yöndeki talebinin reddini talep etmiştir.

Duruşmada hazır bulunan iddia makamı, sanık müdafinin talebi doğrultusunda somut norm denetimine başvurulması yönünde olumlu mütalaa vermiştir.

Her ne kadar sanıklar savunmalarında üzerlerine atılı suçlamayı kabul etmemiş ise de; 12/02/2014 tarihli 2. celsede suçu kabul anlamına gelmemekle birlikte kamu zararını karşılamak istediklerini beyan etmişlerdir. İtiraza konu 5607 sayılı Yasa'nın 5/2. maddesinde etkin pişmanlık halinde indirim yapılması hali sadece soruşturma evresi sona erinceye kadar tanınmış bir imkan olduğundan kovuşturma aşamasında sanıkların etkin pişmanlık göstererek suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine ödemeleri halinde bu maddeden faydalanmaları yasal olarak mümkün olamamaktadır. İtirazımız yerinde görülerek söz konusu maddenin "soruşturma evresi sona erinceye kadar" kısmının iptaline karar verilmesi halinde, sanıkların eylemleri sabit görülür ve cezalandırılmalarına karar

verilirse haklarında bu madde gereğince etkin pişmanlık indirimi yapılması söz konusu olacağından itiraza konu madde somut olayda uygulanması ihtimali olan bir maddedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda birtakım suçlar yönünden düzenlenen etkin pişmanlığa ilişkin maddeleri şu şekildedir.

Etkin pişmanlık

Madde 168- "(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...) (1) suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilirdi. (1)

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.

(5) (Ek: 2/7/2012 - 6352/84 md.) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz."

Etkin pişmanlık

Madde 248- "(1) Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

(2) Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Aynı Kanun'un 269. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlığa ilişkin madde şu şekildedir."

Etkin pişmanlık

Madde 269- "(1) İftira edenin, mağdur hakkında adli veya idari soruşturma başlamadan önce, iftirasından dönmesi halinde, hakkında iftira suçundan dolayı verilecek cezanın beşte dördü indirilir.

(2) Mağdur hakkında kovuşturma başlamadan önce iftiradan dönme halinde, iftira suçundan dolayı verilecek cezanın dörtte üçü indirilir.

(3) Etkin pişmanlığın;

a) Mağdur hakkında hükümden önce gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi,

b) Mağdurun mahkumiyetinden sonra gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın yarısı,

c) Hükmolunan cezanın infazına başlanması halinde, verilecek cezanın üçte biri,

İndirilebilir.

(4) İftiranın konusunu oluşturan münhasıran idari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiil dolayısıyla;

a) İdari yaptırıma karar verilmeden önce etkin pişmanlıkta bulunulması halinde, verilecek cezanın yarısı,

b) İdari yaptırım uygulandıktan sonra etkin pişmanlıkta bulunması halinde, verilecek cezanın üçte biri, indirilebilir.

(5) (Değişik: 29/6/2005-5377/31 md.) Basın ve yayın yoluyla yapılan iftiradan dolayı etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilmesi için, bunun aynı yöntemle yayınlaması gerekir.

Görüldüğü gibi Türk Ceza Kanunu'nda yukarıda yer verilen, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, zimmet gibi yüz kızartıcı suçlarda dahi sanığın etkin pişmanlıktan kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar yararlanması imkanı sağlanmış, sanığın etkin pişmanlık gösterdiği aşamaya göre uygulanacak indirim miktarının oranı değişik şekillerde düzenlenmişken, kaçakçılık suçlarında sadece soruşturma evresi sona erinceye kadar bu imkanın tanınması Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen "Kanun Önünde Eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Sanık müdafinin bu yöndeki iddiası Mahkememizce de ciddi bulunmuştur.

Mahkememizce T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığına yazılan müzekkeremize verilen 14/03/2014 tarihli cevapta; Mahkememizce itiraz yoluna başvurulması düşünülen Kanun maddesi ile ilgili daha önce iptal istemiyle açılmış ya da karara bağlanmış bir dava bulunmadığı da bildirildiğinden, somut norm denetimine başvuru koşullarının oluştuğu kanaatine varılmıştır.""