

*“Etkin Pişmanlık” başlıklı 5237 Sayılı TCK'nın 168. Maddesinin bütünü aşağıdaki gibidir.*

*MADDE 168. - (8.7.2005 T. 5377 Sayılı Kanun'la değişik)*

*“(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs 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 hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.*

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

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

*(4) Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde 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 hâlinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi hâlinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.”*

*TCK'nın 168/5 madde fıkrasına göre;*

*(TCK'nın 163. Maddesinde düzenlenen) “karşılıksız yararlanma” suçunda, fail, azmettiren veya yardım eden tarafından; pişmanlık gösterilerek, mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zarar;*

*a-) Soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin edilmesi hâlinde kamu davası açılmamakta;*

*b-) (Kamu davası açıldıktan sonra) hüküm verilinceye kadar geçen zaman içinde tazmin edildiği takdirde ise, verilecek “ceza üçte birine kadar” indirilmekte, diğer bir ifadeyle “cezanın üçte ikisine kadarı” eksiltilmektedir.*

*TCK'nın 168/1 ve 168/2 madde fıkraları ile TCK'nın 168/3-1. cümle ve 168/3-2. cümle madde fıkralarında; “hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli zararın soruşturma aşamasında giderilmesi hâli ile kovuşturma aşamasında giderilmesi hâli için, suçların niteliğine göre (yağma suçu daha nitelikli kabul edildiğinden) değişen kademeli ceza indirimi kuralları benimsenmiştir.*

*Örneğin;*

**Esas Sayısı : 2016/128**

**Karar Sayısı : 2016/154**

*-Hırsızlık suçunda, zararın soruşturma aşamasında giderilmesi hâlinde cezada üçte ikisine kadar indirim yapılacağı, kovuşturma aşamasında giderilmesi halinde ise cezada yarısına kadar indirim yapılacağı, öngörülmüş,*

*-Yağma suçunda, zararın soruşturma aşamasında giderilmesi halinde cezada yarısına kadar indirim yapılacağı, kovuşturma aşamasında giderilmesi hâlinde ise cezada üçte birine kadar indirim yapılacağı öngörülmüştür.*

*Etkin pişmanlığa ilişkin aynı TCK'nın 168. maddesi içinde; TCK'nın 168/1 ve 168/2 madde fıkraları ile TCK'nın 168/3-1. cümle ve 168/3-2. cümle madde fıkralarında, soruşturma ve kovuşturma evrelerine ilişkin etkin pişmanlık ceza indirimi kuralları yukarıda açıklanan yaklaşımla belirlenmişken, TCK'nın 168/5 madde fıkrasında soruşturma ve kovuşturma evrelerine ilişkin etkin pişmanlık ceza indirimi kuralı ise yine yukarıda açıklanan kendi içinde farklılık gösteren bir yaklaşımla belirlenmiştir.*

*Diğer bir ifadeyle; TCK'nın 168/5 madde fıkrasına göre, karşılıksız yararlanma suçunda, zararın soruşturma aşamasında giderilmesi hâlinde kamu davası açılmayacağı öngörülmüşken, kovuşturma aşamasında giderilmesi hâlinde ise üçte birine kadar indirim yapılacağı öngörülmüştür.*

*Sözü edilen TCK'nın 168/5 madde fıkrasında, karşılıksız yararlanma suçuyla ilgili olarak;*

*Kamu davasının açılmasından önce zararın giderilmesi hâlinde “kamu davasının açılmayacağı” kuralı benimsenmesine karşın, kamu davasının açılması ile hüküm verilmeye*

*kadar geçen süre içinde zararın giderilmesi hâlinde cezanın üçte birine kadar indirileceği kuralının benimsenmesi;*

*-Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine,*

*-Anayasanın 10/1. madde fıkrasında düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine,*

*-Anayasa'nın 36/1. madde fıkrasında düzenlenen yargı mercileri önünde adil yargılanma ilkesine aykırı düştüğü kanaatine varılmıştır.*

*Şöyle ki;*

*TCK'nın 168. maddesinde, etkin pişmanlık hâllerine ilişkin hükümler, suçlar üç kategoriye ayrılarak düzenlenmiştir.*

*TCK'nın 168/1-2 madde fıkralarında, “hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas” suçları ayrı bir kategoride,*

*TCK'nın 168/3-1 ve 2. cümle fıkralarında, “yağma” suçları ayrı bir kategoride,*

*TCK'nın 168/5 madde fıkrasında da “karşılıksız yararlanma” suçları ayrı bir kategoride kabul edilip etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir.*

*TCK'nın 168/1-2 madde fıkralarında ve TCK'nın 168/3-1 ve 2. cümle madde fıkralarında, etkin pişmanlığın soruşturma aşamasında gerçekleşmesi ile kovuşturma aşamasında gerçekleşmesi hâlleri için kademeli ceza indirimi yapılması kuralı benimsenmiştir.*

*Diğer bir ifadeyle, zararın soruşturma aşamasında giderilmesi suretiyle etkin pişmanlık gösterilmesi hâlinde daha fazla ceza indirimi yapılırken, zararın kovuşturma aşamasında giderilmesi suretiyle etkin pişmanlık gösterilmesi hâlinde daha az ceza indirimi yapılmaktadır.*

*Niteliği ve vehameti gözetilerek yağma suçlarında zararın giderilmesi suretiyle etkin pişmanlık gösterilmesi hâlleri için, diğer “hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas” suçlarına kıyasla, (yine soruşturma ve kovuşturma aşamasında kademeli olmak üzere) daha az oranlarda ceza indirimi yapılması benimsenmiştir.*

*TCK'nın 168/1-2 madde fıkralarında ve TCK'nın 168/3-1 ve 2. cümle madde fıkralarında, sözü edilen suçlara ilişkin etkin pişmanlık gösterilmesi hâllerinde, soruşturmaya soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kademeli artan oranlarda ceza indirimi yapılması kuralı benimsenmişken, TCK'nın 168/5 madde fıkrasında bu kural değişikliğe uğramıştır.*

*TCK'nın 168/5 madde fıkrasında; “zararın soruşturma aşamasında giderilmesi suretiyle etkin pişmanlık” gösterilmesinin karşılığı, (TCK'nın 168/1-2 ve 168/3 madde fıkralarında olduğu gibi) belli oranda ceza indirimi yapılması yerine, “ceza verilmesine yer olmaması” hâlinde daha lehe hukuki sonuçlar doğuran “kamu davasının açılmaması” olarak benimsenmişken, “zararın kovuşturma aşamasında giderilmesi suretiyle etkin pişmanlık” gösterilmesinin karşılığı, bu sefer yine “belirli oranda ceza indirimi yapılması” olarak benimsenmiştir.*

*Karşılıksız yararlanma suçunun faili, azmettireni veya yardım edeni, suçtan doğan zararı, soruşturma tamamlanmadan önce (kamu davası açılmadan önce) tamamen gidermesi hâlinde kamu davasına uğramazken, kamu davası açıldıktan sonra ancak hüküm verinceye kadar geçen zaman içinde tamamen gidermeleri hâlinde ise her koşulda ceza yaptırımına muhatap olmakta, sadece cezasında üçte birine kadar indirim yapılması yoluna gidilmektedir.*

*Bu hâliyle, TCK'nın 168/5. madde fıkrasında yer alan, zararın hüküm verinceye kadar tamamen tazmin edilmesi hâlinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir.” kuralı;*

*-TCK'nın 168/5 madde fıkrasının muhatabı olanlar yönünden “(hukuken) eşitler arasındaki eşitlik” ilkesini,*

*-“Hukuk devletine güven” ilkesini,*

*-“Yargı mercileri önünde adil yargılanma” ilkesini ihlal ettiği kanaatine varılmıştır.*

**1) ANAYASANIN 2. MADDESİNE AYKIRILIKLA İLGİLİ DEĞERLENDİRME :**

*“Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı Anayasanın 2. maddesi;*

*“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.” hükmünü içermektedir.*

*Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında hukuk devleti özetle;*

*Temel insan hak ve özgürlüklerine saygılı, bunları güvence altına alan, koruyan, tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranan ve hukukla bağlı olan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk devleti kurma ve sürdürmede kendini yükümlü sayan, kendi içinde çelişkiler barındırmayan, bireyin hak ve özgürlüklerini korumak için pozitif/aktif yükümlülüklerini yerine getiren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan, suçların niteliğine uygun orantılı ve insancıl cezaları kanunla düzenleyen, keyfilikten uzak, yasaların herkese eşit uygulandığı bir sistem olarak tanımlanmaktadır.*

**2) ANAYASA'NIN 10/1. MADDESİNE AYKIRILIKLA İLGİLİ DEĞERLENDİRME:**

*“Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrası;*

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

*Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında kanun önünde eşitlik özetle;*

*Aynı durumda bulunan kişiler arasında haklı nedene dayanmayan ayırımların önlemesidir. Diğer bir ifadeyle, aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulmasıdır, yasakoyucunun benzer durumlara benzer çözümler getirilmesi, yaklaşım göstermesi asıl olandır.*

**3) ANAYASA'NIN 36/1 MADDESİNE AYKIRILIKLA İLGİLİ DEĞERLENDİRME:**

*“Hak Arama Hürriyeti” başlıklı Anayasanın 36. maddesinin 1. fıkrası;*

*“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkında sahiptir.” hükmünü içermektedir.*

*Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında hak arama özgürlüğü özetle;*

*“.... Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir.”*

**Esas Sayısı : 2016/128**  
**Karar Sayısı : 2016/154**

*Adil yargılanma hakkının kullanılması için öncelikle benzer durum ve konularda, benzer ve orantılı yasa hükümleri getirilmesi ile mümkündür.*

*Özetle;*

Karşılıksız yararlanma suçlarında kovuşturma aşamasında gerçekleşen etkin pişmanlık hâllerinde uygulanan, TCK'nın 168/5 madde fıkrasındaki, “(...) zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi hâlinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir.” hükmünün;

“Hukuk devleti” gereklerinin yerine getirilmesiyle sağlanacak ceza adaletine olan inancı, eşitlik duygusunu sarsacak; benzer (etkin pişmanlıkta eşit) konumdaki şüpheli ve sanıkların adil yargılanma haklarını ihlal edecek içerik ve orantısızlıkta olduğu kanaatine varılmıştır.

**TALEP:**

*Yukarıda açıklanan gerekçelerle Mahkememizde görülmekte olan davada uygulama yeri bulunan ve Anayasaya aykırı olduğu düşünülen, TCK'nın 168/5 madde fıkrasındaki, zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi hâlinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir.” hükmünün, Anayasanın 2, 10/1, 36/1. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği yönündeki görüş ve talebimizi,*

*Yüksek Mahkemenize saygılarımızla, arz ederiz.”*