**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas, 2008/69 Karar sayılı kararın Resmi Gazetenin 16.04.2008 tarih ve 26849 sayısında yayınlandığı, bu karara göre İİK.m.337/1 maddesinin iptaline, yasal boşluk dolduruluncaya kadar iptal kararının Resmi Gazetede yayınlandığı tarihten itibaren 1 yıl sonra yürürlüğe gireceğine karar verilmiştir.

Mahkememizce bu dosyada gerçeğe aykırı mal beyanında bulunduğu iddiasıyla  
yargılanan ... aleyhine suçun sübutu halinde uygulanacak İİK.m.338/1  
gereğince '... 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası' ile eylem yaptırıma bağlanmıştır.

Borçlu vekili İİK.m. 337/1 hükmünün iptal edilmesi nedeniyle ve mahkemelerce  
önceden bu konuda verilen kararların infazının bir yıl sonraya ertelendiğine dair  
uygulamaya dayanarak İİK.m. 338/1 hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu iddia  
etmiştir.

Anayasa Mahkemesince iptal edilen İİK.m. 337/1 hükmü dışında İİK madde 76  
gereğince mal beyanında bulunmayan borçlu alacaklının talebi üzerine mal beyanında  
bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere  
hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis 3 ayı geçemez. İİK madde 337/1 hükmü disiplin  
hapsini öngördüğü İİK madde 76. hükmü ise 3 aya kadar hapsen tazyik yaptırımını  
içerdiği halde, İİK madde 338. tazyik ve disiplin hapsi dışında hapis cezası ile yaptırıma  
bağlanması eşitlik ilkesine aykırı gibi görünse de, Anayasa yargısını gerektirecek  
ağırlıkta değildir. Bu itibarla borçlu vekili Av. .... 'nın '' artık mal  
beyanında bulunma suçu kalmadığından, şu an kimse kasıtlı olarak yanlış mal  
beyanında bulunamaz. İnsanlar kasıtlı olarak yanlış beyanda bulunup cezalandırılma  
riski altında olacağından hiç mal beyanında bulunmayarak bunu ortadan  
kaldırmaktadır' yönündeki görüşü, İİK.m. 76 karşısında etkisiz kalmaktadır.

Hukuk devleti eylem ve işlevleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren bu hak ve özgürlükleri güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu  
geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı, tutum ve durumlardan kaçınan hukuku tüm  
devlet organlarına egemen kılan Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı  
sayan yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve Yasa koyucunun da  
bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir (Anayasa  
Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas 2008/69 karar sayılı gerekçeli  
kararı, 16.04.2008 tarih ve S:26849 RG).

Cezanın ertelenmesi, seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi ön ödeme  
uygulanabilmesi, şartla salıverme hükümlerinin uygulanması, cezanın tekerrüre esas  
olup olmayacağı, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu Anayasa Mahkemesinin çoğu kararlarında belirtilmektedir. Ancak yasa koyucunun, bu takdir hakkını Anayasaya  
uygun kullanması gerekir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesiyle ilgili olarak birçok kararında belirttiği üzere, aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması halinde eşitlik  
ilkesine aykırılıktan söz edilemez. İcra ve İflâs Kanununda belirtilen suçları işleyenler ile  
başka yasalarda belirtilen suçları işleyenler, eylemlerinin farklılığı nedeniyle aynı  
durumda değildirler (Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas 2008/69  
karar sayılı gerekçeli kararı, 16.04.2008 tarih ve S:26849 RG).

Öyleyse gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlu, IİK.m.338/1 hükmüyle,  
neden Türk Ceza Kanununda öngörülen 'hapis cezası' ile cezalandırılmaktadır. Bu  
düzenlemenin Anayasanın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı açıkça ortadadır. Örneğin  
gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlu 5237 sayılı TCK.m. 120'de hukuka aykırı  
olarak arama yapan kamu görevlisiyle veya TCK 341/1 gereğince resmen çekilmiş olan  
yabancı devlet bayrağını veya diğer egemenlik alametlerini alenen tahkir eden kimseyle  
aynı şekilde üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmektedir. 5237 sayılı TCK.'nun  
89, 153, 185 197, 199, 209, 230, 233, 234, 260, 290, 341 maddelerinde suçu  
işleyenlerle aynı şekilde cezalandırılma tehdidi altında bulunan borçlunun karşı karşıya  
kaldığı yaptırım, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Gerçeğe aykırı mal beyanında  
bulunan borçlu İcra ve İflâs Kanunundaki yaptırımlarla cezalandırılmalıdır. Elbette ki  
konu, yasa koyucunun alanına girmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi  
hakkındaki yorumu dikkate alındığında eşitlik ilkesinin yanı sıra, vicdanına göre karar  
vermekle yükümlü olan hakimin vicdanını da örselemektedir.

Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlunun bu eyleminin İİK madde 338/1  
gereğince 'hapis cezası' ile cezalandırılması belirtilen gerekçelerle, Anayasanın 2, 10, 19  
ve 138/1 maddelerine aykırı olduğundan;

Borçlu vekili Av. ... 'nın Anayasaya aykırılık iddiası, yukarıdaki değişik gerekçeyle mahkememizce ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir. İİK madde 338/1 hükmünün Anayasanın yukarıda belirtilen maddelerine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi talep olunur.'"