**"...**

**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.'"