

"...

## II. İTİRAZIN GEREKÇESİ:

İtirazın gerekçesi şöyledir:

"Sanıklardan... hakkında Askerî Savcılığın 7/6/1976 gün ve 1976/634 Esas, 1976/253 Karar sayılı iddianamesi ile üste fiilen taarruza teşebbüs suçundan kamu davası açıldığı ve bu sanık hakkında Askerî Ceza Kanununun 91/1. maddesinin uygulanmasının istenildiği,

Yine Askerî Savcı tarafından esas hakkındaki mütalâanın bildirilmesinden Önce bu sanık hakkında uygulanması muhtemel bulunan Askeri Ceza Kanununun 91. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkralarında yer alan fiilen taarruza teşebbüs hallerinin tamamlanmış fiil gibi cezaya müstehak sayılmasının Anayasa'nın 12. maddesinde belirtilen kanun önünde eşlik esasına aykırı olduğunun ileri sürüldüğü ve bu konunun Anayasa Mahkemesine götürülmesinin istenildiği anlaşılmalı, talep ciddi kabul edilmiş, Mahkememizce de bu konu için Anayasa Mahkemesine başvurulmasında görüş birliğine varılmıştır.

Türk Ceza Kanununun 61. ve 62. maddeleri cürme teşebbüs halinde kanunda o suç için yazılı cezadan teşebbüsün derecesine göre indirim yapılacağını âmirdir. Askerî Ceza Kanununun 40. maddesinde de Askeri cürümlerde müteşebbisler hakkında Türk Ceza Kanununun bu maddelerinin tatbik olunacağına işaret olunmuştur. Gerçekten tamamlanmış bir cürümle teşebbüs derecesinde kalmış bir cürüme aynı cezanın tayini hukuka ve cezanın genel prensiplerine aykırı bir durum yaratacaktır. Doktrinde de bu husus böylece benimsenmiş, aksi görüş kuvvet kazanmadığından tartışması bile yapılmamıştır. Prof. Faruk Erem : (Teşebbüse tam fiilden az ceza verilmesi ceza siyaseti mülâhazalarına dayanır. Eğer teşebbüse tam suçun cezası verilecek olursa fail bîr kere icraya başladıktan sonra vazgeçmeyi düşünmeyecektir. Çünkü vazgeçmekte hiç bir menfaati yoktur. Halbuki teşebbüsün cezası tam suçtan az olduğundan fiile devam etmemekte hiç olmazsa ceza görmek bakımından failin menfaati vardır.) demektedir.

Askerî Ceza Kanununun 40. maddesi sarahatine rağmen aynı kanunun 91. maddesi metnine "fiilen taarruza teşebbüs edenler" deyiminin ilâvesi askerî disiplin mülâhazasına dayandırılmış olabilir. Fakat derine inildiğinde bu durumun aksine disiplini bozucu neticeler hasıl ettiği görülür, iki asker şahıstan birinin üstünü dövdüğü diğerinin, ise fiilinin teşebbüs derecesinde kaldığını düşünelim, bu şahıslara aynı miktarda ceza tayin edilmesi hem adeletsizliğe hem de disiplinsizliğe sebebiyet verilmiş olacaktır, ikinci şahıs bir daha aynı suçu işlemek durumunda kaldığı zaman fiilini sonuna kadar götürmek için elinden geleni yapacak, (nasıl olsa aynı cezayı alacağını) düşüncesiyle bir başka üst veya âmirin ikaz ve uyarılarına itaatten kaçınarak disiplinsiz davranışını sürdürmekte fayda umacaktır.

Disiplin 211 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 13. maddesinde (kanunlara, nizamla ve âmirlere mutlak bir itaat, astının ve üstünün hukukuna mutlak bir riayet demektir.) şeklinde tarif edilmiştir. Görülüyor ki disiplinin tarifinde bile hukukun üstünlüğü esastır. Hal böyle iken disiplin mülâhazası ile cezanın genel prensiplerinden uzaklaşarak, suçu işleyenlerle işlemeye teşebbüs edenlere aynı cezayı reva görmek Anayasa'nın 12. maddesinde yazılı (Herkes kanun önünde eşittir) ilkesine tamamen aykırı düşmektedir. Herkes, kanun önünde eşittir ilkesi, aynı suçu işleyen herkesin aynı şekilde cezalandırılacağı anlamını taşır. Suçu işleyenlerle işlemeye teşebbüs edenlere aynı cezanın

**Esas Sayısı:1977/19**

**Karar Sayısı:1977/82**

verilmesi ise kanun önünde eşitliği eşitsizliğe dönüştürür. Kaldı ki Türk Ceza Kanununun 157. maddesinde Cumhurbaşkanına karşı vaki olabilecek fiilî tecavüzlerde dahi teşebbüs hali tam fiil sayılmamış, bu itibarla eylemi teşebbüs derecesinde kalacak suçluların Türk Ceza Kanununun 61, ve 62. maddelerinden istifade etmeleri hakkı mahfuz tutulmuştur". "