

" ...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ :

21. Seyyar Jandarma Tugay Komutanlığı Askerî Mahkemesi'nin başvurma gerekçesi özetle şöyledir:

1632 sayılı Askeri Ceza Yasası'nın "Beşinci Fasıl - Askeri itaat ve inkıyadı bozan suçlar" kapsamındaki "Âmire ve mafevke fiilen taarruz edenlerin cezaları" başlıklı 91. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Taarruz, âmirin veya mafevkin vücudunda tahribatı mucip olmuşsa, suçluya onbeş seneden az olmamak üzere ağır hapis, eğer ölümü mucip olmuşsa, az vahim hallerde müebbeden ağır hapis cezası verilir" hükmü, saldırı sırasında sanığın kastının ne olduğunu ya da olması gerekeceğini açıkça belirtmediğinden, anılan yasanın 1. Ve Türk Ceza Yasasının 10. maddeleri yoluyla Türk Ceza Yasasının genel ilkelerinin uygulanması gerekmektedir. Oysa, dayanılan 91. maddenin 4. fıkrasının biçim, ruh ve anlamından, saldırıya uğrayanın ya da üstün ölümüne neden olmuşsa sanığın hangi kasıtle davrandığını araştırmaya gerek olmadığı ve maddede öngörülen cezanın verileceği anlaşılmaktadır. Nitekim Askerî Yargıtay 2. Dairesinin 5/12/1974 gün, Esas : 1974/797, Karar : 1974/788 ; 3. Dairesi'nin 24/2/1970 gün, Esas : 45, Karar: 157; yine Askeri Yargıtay 4. Dairesi'nin 25/3/1969 gün Esas : 49, Karar: 132; 2/7/1970 gün, Esas : 235, Karar : 378 sayılı kararları, kastın aranmasına girilmeden maddede belirlenen cezanın uygulanacağını göstermektedir.

Bunlar, öldürme kastı taşımayan sanığın etkili eylem (müessirfiil)'i sonucu ölüm olmasında, kastı aşan eyleme uygun maddenin Askerî Ceza Yasasında bulunmadığını, Türk Ceza Yasasındaki "cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır" ilkesinin daha az ceza verilmesi olanağına karşın, sanık lehine bir uygulamanın gözetilmediğini ortaya koymaktadır. Suçun manevi ögesi olan kusurluluk, yasaya aykırı eylemde bulunmaya yönelik iradedir. Kusur derecesine göre kasıt anlatılır. Sanığın sorumlu tutulabilmesi için, hem eylemi, hem de sonucu istemiş olması asıldır. İncelenen olayda ise, neden olunan zararlı sonuç, istenilen kötü sonucu aşmakla, sanık istemediği, kastını aşan bir sonuçtan sorumlu tutulmaktadır. Değişik kasıtle davrananlara değişik ceza uygulamak zorunluluğu kendini göstermektedir. Askerî Ceza Yasasının tümüyle askeri cürme ilişkin olan 91. maddesi, Türk Ceza Yasasının 45. maddesinin gözetilmesini gerektirmekte, maddenin yapısı karşısında ise buna olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, Askerî Ceza Yasasının 91. maddesinin 4.fıkrasının Anayasa'nın 2., 8. ve 12. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından, Anayasa'nın 151. ve 44 sayılı Yasanın 27. Maddeleri gereğince Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması kararlaştırılmıştır."