

" ...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

" ...

Sanığın hakkında Askeri Savcılıkça erteleme kararı verilen bir suç ile ilgili olarak 23 Mayıs 1998 tarihinde birliğine teslim edildiği (dizi 35) ve kaçmasının engellenmesi maksadıyla Disiplin Cezaevine konulduğu, muvakkaten tutuklandığı (dizi 68), 4 Haziran 1998 tarihinde Disiplin Ceza ve Tutukevinden götürüldüğü ecza deposundan kaçtığı (dizi 5), 19 Mart 2002 tarihinde Jandarmaya teslim olduğu (dizi 7) anlaşılmış maddi olay bu şekilde kabul edilmiştir.

T.C. Anayasa'nın 152 nci maddesi; "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "İtiraz yoluyla mahkemelerce gönderilen işler " başlıklı 28 inci maddesi de; "bir davaya bakmakta olan mahkeme:

...

Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı;

Dosya muhtevasını mahkemeye bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir." Hükümlerini içermektedir.

İnceleme konusu olayda mahkememizce 4616 sayılı Kanun'un As.C.K'nun 76 ncı maddesi ile ilgili olarak Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılmıştır.

Yukarıda yargılama aşamaları ve savcılık iddia ve görüşleri özetlenen olayda başlangıçta incelenmesi gereken ön sorun Anayasa'ya aykırılığa konu olan As.C.K'nun 4551 sayılı Kanun ile değiştirilmeden öncesindeki 76 ncı maddesinde vücut bulan mahpus ve mevkuf iken kaçmak suçunun ani suç mu yoksa mütemadi bir suç mu olduğudur.

Mahkememiz bu suçun ani suç olduğu kanaatindedir. Esasen suçun mütemadi suç olduğunun kabul edilmesi durumunda sanığın 23 Nisan 1999 tarihinden sonra 19 Mart 2002 tarihinde teslim olduğu gözetildiğinde, bir Anayasa'ya aykırılık sonucunun da oluşmayacağı bir gerçektir.

4551 sayılı Kanun ile As. C. K.nun 76 ncı maddesinde köklü değişiklikler yapılmıştır. Cezanın alt ve üst sınırında değişiklik yapılmış; alt sınır 7 günden TCK.nun 298 inci maddesine atıf suretiyle 2 aya, üst sınır ise 8 yıla (280/3) çıkarılmıştır. Yine kaçma eyleminin 6 günden fazla olması durumunda cezanın alt sınırının 1 yıldan aşağı olmayacağı öngörülmüştür. (Bu bağlamda sanığın lehine olan düzenlemenin eski düzenleme olduğu da kabul edilmiştir.)

İnceleme konusu As. C. K.nun 76 ncı maddesinin yeni halinin As. C. K.nun 66 ncı maddesinde belirlenen firar suçları ile paralellik kapsamında, ceza adaletinin de sağlanması gerekçesi ile mütemadi suç olan firar suçuna yaklaştırıldığı, benzer düzenleme getirildiği, mütemadi bir suç gibi düzenleme yapıldığı da ilk bakışta göze çarpmaktadır.

Uygulamada Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında firar suçunun mütemadi bir suç olduğu, suçun bitiş tarihinin firarın sona erdiği tarih olarak kabul edildiği kesinlik kazanmıştır. Ancak Yargıtay'ın uygulamasında firar suçunun özellikle infaz hükümlerinin uygulaması bağlamında mütemadi bir suç olmadığı, suçun tamamlandığı kanunda belirtilen 7 günlük sürenin geçtiği tarih olarak kabul edildiği kararlarda mevcuttur (4. C.D. 2.4.92 92/2117 E, 2475 K)

Firar suçu kanımızca mütemadi bir suç olmakla beraber, mevkuf iken kaçmak suçu tutukevinden kaçmak ile tüm neticeleri ile gerçekleştiğinden ani bir suçtur. Tutukevinden kaçıldığı anda suç tamamlanmıştır. Bu bağlamda sanık Murat AKTAŞ'ın eylemi 4 Haziran 1988 tarihinde tamamlanmıştır. Sanık hakkında uygulanacak kanun hükümleri, lehine olan As. C. K.nun 76 ncı maddesinin 4551 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halidir.

Anayasa'ya aykırılık sorununa dönüldüğünde; 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" ile; As. C. K.nun 76 ncı ve benzer bir düzenleme olan TCK.nun 298 inci maddesinde belirtilen suçlar bu Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak; 27 Ekim 2001 tarihli ve Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile TCK.nun 298 inci maddesinin 4616 sayılı Kanun kapsamında tutulması gerektiği belirtilmiş TCK.nun 298 inci maddesi 4616 sayılı Kanun kapsamı içine girmiştir. As. C. K.nun 4551 sayılı Kanun ile değişik yeni ve eski düzenlemeleri konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış, Anayasa Mahkemesi'nce karar verilmemiştir.

Firar suçunun 4616 sayılı Kanun'un kapsamında olması, As. C. K.nun 76 ncı maddesinde belirtilen suçun sırf askeri suçlardan olmaması, 4551 sayılı Kanun ile değişik yeni düzenlemesinde TCK.nun 298 inci maddesine atıfta bulunması ve TCK.nun 298 inci maddesi yönünden Anayasa Mahkemesi'nce 4616 sayılı Kanun'un iptaline karar verilmiş olması topluca değerlendirildiğinde, benzer durumda bulunan şahısların birbirine tamamen zıt sonuçlarla karşı karşıya gelme ihtimalleri söz konusudur. Örneğin birliğinden kaçan bir şahısla, birliğinde birlik komutanınca disiplinin tesisi amacıyla As. C. K.nun 169 uncu maddesi uyarınca tutuklanan bir şahsın kaçması durumunda; ikinci şahıs hakkında 4616 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacak, Askeri Mahkemece tutuklanan ve kaçan bir şahıs 4616 sayılı Kanun hükümlerinden faydalanamayacağı halde sivil bir mahkemece tutuklanan ve kaçan bir şahıs 4616 sayılı Kanun hükümlerinden faydalanacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun"un 1 inci maddesi 5 inci bendinin (b) alt bendinde yer alan As. C. K.nun 76 ncı maddesinin TCK.nun 298 inci maddesi yönünden eşit uygulamaya engel oluşturduğu ve bununda Anayasa'nın 10 uncu maddesindeki eşitlik ve 2 ncı maddesindeki hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varılmış, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerekmiştir.

... ""