

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Türk vatandaşlarının ne şekilde Türkiye'ye girip çıkacakları 15.07.1950 tarih ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda belirtilmiştir. Bu kanun hükümlerine uyan her Türk vatandaşının yurt dışına çıkma hakkı bulunmaktadır. Aynı Kanunun 23 üncü maddesinde, Türk vatandaşlarının seyahatlerinin sınırlandırılması veya yasaklanmasının ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir. Asker personele, Pasaport Kanununda belirtilen şartları taşımalarının yanı sıra, yurt dışına çıkmak için Genelkurmay veya Kuvvet Komutanlıklarından izin alınması zorunluluğu getirilmiştir. 926 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 127 nci maddesinde yurt dışı izinlerinin ne şekilde verileceği düzenlenmiş, buna göre general amirallere Genelkurmay Başkanlığınca, diğer personele ise Kuvvet Komutanlıkları aracılığıyla izin verilebileceği düzenlenmiştir. 28.01.1999 tarih ve 20769 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türk Silahlı Kuvvetler İzin Yönetmeliğinin 15 inci madde 3 üncü fıkra (2) numaralı bendinde yurt dışı izin talebinde bulunanların izin evrakını en az üç ay önce, personele yurt dışı izin vermeye yetkili komutanlıkta hazır bulundurulması gerektiğine dair düzenleme, Yönetmeliğin mezkur maddesinde 17.09.2002 tarih ve 24879 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklik ile bir aya indirilmiştir.

Dünyada ve ülkemizde son yıllarda yaşanan gelişmeler, özellikle ulaşım ve bilişim alanındaki yeni buluş ve ilerlemeler dünyada mesafe ve uzak kavramının yeniden değerlendirilmesi zorunluluğunu getirmiştir. Bu gelişmelerle, insanlar dünyanın en uzak bölgesindeki olayları anında canlı olarak izleyebilmekte, elindeki küçücük bir telefonla nerede bulunursa bulunsun görüntülü mesaj alıp göndermekte, kamera olarak kullanmakta, görüştüğü kişiye canlı olarak görüntü aktarabilmekte, internette her işlemi yapabilmektedir. Daha fazlası sayılabilecek bu gelişmeler insanlar arası ilişkileri doğrudan etkilemektedir. Bu sayede insanlar yurtdışındaki etkinliklere daha fazla katılabilmekte, değişik ülkelerdeki insanlar arasında etkileşim ile bilgi akışı hızlanmaktadır. Bu değişim ve ekonomik gelişmeler Türk vatandaşlarının daha fazla ve daha sık yurtdışına çıkması imkanını arttırmıştır. Bunlar dışında, halen yurt dışında özellikle Almanya başta olmak üzere çeşitli Avrupa ülkelerinde yaklaşık üç milyon Türk vatandaşının yaşadığı bilinen bir husustur. Birçok insanın yakınları Avrupa ülkelerinde ikamet etmektedirler. Yurtdışında yaşayan insanlarımızın çoğu imkanı varken çifte vatandaşlığı seçmeyip çocuğunu askerliğini yapması için ülkesine göndermektedir. Asker kişilerin de diğer insanlar gibi yakın akrabasının ağır hastalığı, ölümü veya başka makûl nedenlerle ani olarak yurtdışına çıkmaları gereği zaman zaman ortaya çıkabilir. Eğitim, seminer veya araştırma için yurt dışına çıkmak artık sıradan bir olay haline gelmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, bilfarz; bir askeri şahıs ani bir mazereti nedeniyle mazeret veya yıllık iznini alarak birliğinden ayrılrsa, ancak yurt dışı izni almadan yabancı memlekete çıksa,

izin bitiminden önce yurda dönüp görevine katılsa, daha sonra ihbar veya başka bir şekilde bu kişinin izinli iken yabancı memlekete çıktığı saptanıldığında, izin bitiminde görevine başladığı için firar kastı ile hareket etmediği açıkça belli olmasına rağmen bu kişinin eylemi yabancı memlekete firar olarak sayılmaktadır. Bu durum, açıkça, Anayasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırıdır. Zira, As. CK. nun 67/1-A maddesinde yapılan bu değişiklik ile sivil bir vatandaşla aynı şartlarda (kanuni yükümlülüklerini yerine getirerek ve yasal yollardan) yurt dışına çıkan bir askeri şahıs firar kastı ile davranmasa dahi, sırf yetkili komutanlıktan yurt dışına çıkış izni almadığı için üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası, dahası As. CK. nun 30/A maddesi uyarınca "Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma" fer'i cezası ile cezalandırılmaktadır. Suçun sırf askeri suç olması ve verilen cezanın miktarı bakımından hapis cezası herhangi bir tedbire de çevrilememektedir. Aynı maddenin 2 nci fıkra C bendinde ise "Fail mükerrir ise" verilecek cezanın beş seneden on seneye kadar hapis cezası olacağı belirtilmiştir. (Çarpıcı olması bakımından bu durumu bir örnekle belirtmek gerekirse; ağır tahrik altında adam öldürmenin cezasının 8 yıla kadar -takdiri indirim uygulanmadan- indirilebileceği nazara alındığında, As. CK. nun 67 nci maddesinin öngördüğü cezanın seyahat hürriyetinin kullanımına getirdiği tahdit ve tehdidin boyutu daha iyi anlaşılmaktadır.) Getirilen ceza nedeniyle temel haklardan olan seyahat hürriyeti kullanılamaz duruma getirilmektedir. Sivil vatandaşlarla aynı şartları yerine getiren, ancak sırf yetkili komutanlıktan izin almayan asker kişinin eylemi kastına bakılmaksızın "yabancı memlekete firar" olarak vasıflandırılmakta, bu durumda asker vatandaşlar ile sivil vatandaşlar arasında, asker vatandaşların ağır derecede aleyhine bir eşitsizlik yaratılmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin kullanımı açısından bir kişinin sırf asker kişi olması nedeniyle bu derece farklı bir sınırlamaya tabi tutulması hukuka ve hakkaniyete aykırıdır. Bu husus, açıkça Anayasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 03.10.2001 tarihinde 4709 sayılı Kanunun 2 maddesi ile değiştirilen "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması" başlıklı 13 üncü maddesi şu şekildedir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Anayasanın 13 üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği belirtilmiştir. Anayasanın "Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti" başlıklı 23 üncü maddesi;

"Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli bir kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti; suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir." şeklindedir.

Yurtdışına çıkış seyahat hürriyetinin bir parçası olup, ancak Anayasanın 23 ncü maddesinde öngörülen "Suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek" amacıyla kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ile ilgili 13 üncü maddede temel hak ve hürriyetlerin "Özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" belirtilmiştir.

As. CK. nun 67 nci maddesinde yapılan değişiklikle, asker vatandaşların seyahat hürriyeti ağır bir ceza tehdidi ile ve hakkın özüne dokunularak, içi boşaltılmış, bu hak kullanılamaz duruma getirilmiş, hakkın özü zedelenmiştir. Seyahat hürriyetine getirilen bu sınırlama, gerek Anayasanın 13 ve gerekse 23 üncü maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Getirilen sınırlamanın 23 üncü maddede sayılan sınırlama sebepleri ile her hangi bir ilgisi de bulunmamaktadır.

926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 127 nci maddesinde; asker kişilerin kurumlarından izin alarak yurtdışına çıkabilecekleri belirtilmiş, TSK İzin Yönetmeliğinin 15 inci maddesinde ise izin evraklarının en az üç ay önceden izin verecek makamda hazır bulundurulması öngörülmüştür. İzin evrakları asgari tugay ve eşiti birlik komutanlıklarınca gönderileceğinden ve personelden istenen belgelerin temini için de en az iki ay gerekeceğinden yurtdışına çıkış için asgari beş aylık süre gerekmektedir. (Üç aylık süre, suç tarihinde geçerli süre olup, yukarda belirtilen düzenleme ile bir aya indirilmiştir. Bu değişiklik dahi idarenin yeni koşulları dikkâte aldığını göstermektedir.)

Üç aylık süre, iznini plânlı olarak yurtdışında geçirmek isteyen bir personel için makul bir süre olabilir. Ancak yurtdışına çıkma gereği her zaman önceden öngörülemez ve plânlanamaz. Asker bir kişinin acil olarak yurtdışına çıkması gerektiği bir durumda, yıllık veya mazeret iznini alarak, izin süresi içerisinde yasal yollardan yurtdışına çıkması imkanı As. CK. nun 67/1-A maddesindeki düzenleme ile ağır bir cezayı tehditle sınırlandırmaktadır.

Asker kişilerin yurtdışına çıkmalarından idarenin haberdar olması hakkı elbette vardır. Ancak buna aykırı davranma karşılığında getirilen önlem ağır, taşkın ve ölçüsüzdür. İdare başka idari tedbirler alarak personelin yurtdışına çıkışını rahatlıkla takip edebilir. Günümüz haberleşme ve ulaşım olanakları sayesinde dünyanın neresinde olursa olsun anında irtibat kurulmakta ve haberleşme tesis edilmektedir. En uzak ülkelerden dahi yurda dönüş için gereken

süre 24 saati aşmamaktadır. İzne çıkan asker personele ihtiyaç duyulduğunda en kısa sürede birliğine katılabilir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, temel hak ve hürriyetlerden olan seyahat hürriyeti Anayasanın sözü ve ruhuna, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak kısıtlanmaktadır.

Anayasanın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138 inci maddesinin 1 inci fıkrası; "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." şeklindedir.

Maddede mahkemelerin bağımsızlığı düzenlenmekte olup, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri öngörülmüştür.

Ceza Hukukunda suçun oluşması için maddi ve manevi unsurların birlikte oluşması gerekir. Maddi ve manevi unsurun değerlendirmesini yapacak olan hakimdir. Hakim, topladığı deliller ve duruşmada edildiği vicdani kanaati nazara alarak, suçun maddi ve manevi yönden oluşup oluşmadığını tespit eder. Esasen ceza yargılamasının amacı maddi hakikatin tespiti ile manevi unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesidir.

As. CK. nun 67 nci maddesinin 1 inci fıkra A bendinde 4551 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle hakimlerin bağımsız olarak karar vermesi imkânı elinden alınmıştır. Şöyle ki; 67 nci maddenin 1 inci fıkra A bendinde yapılan değişiklikten sonra yargılama faaliyeti suçun maddi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinden ibarettir. Hakim, failin yurtdışına çıktığını ve yurtdışında 3 gün geçirdiğini tespit etmesi halinde mezkûr suç oluşmaktadır. Zira "her hangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı memlekete gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında 3 günü geçirenlerin eylemlerinin yabancı memlekete firar suçunu oluşturduğu belirtildiğinden, hakim, failin kastını tespit etmesine gerek kalmamaktadır. Bu duruma nazaran, hakim, sadece maddi unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecek, maddi unsur gerçekleşmiş ise öngörülen cezayı şahsileştirerek hüküm verecektir.

Askeri Ceza Kanunu'nun 67/1-A maddesinde 4551 S.K.nun 14 üncü maddesi ile yapılan değişiklikle yabancı memlekete gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenlerin eylemi yabancı memlekete firar olarak sayılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kanun koyucunun, herhangi bir nedenle, izinli olsa dahi bu eylemi yabancı memlekete firar olarak nitelemiş olmasıdır. Aslında yapılan değişiklik ile suçun kapsamı genişletilerek, firar kastı ile yurtdışına çıkanların yanında, firar kastı bulunmayan, ancak yetkili makamdan izin almadan yurtdışına çıkanların eylemleri de yabancı memlekete firar olarak kabul edilmiştir. Oysa, bir personelin firar kastı ile davranıp davranmadığı rahatlıkla anlaşılabilecek bir husustur. İzinli iken yurtdışına çıkan asker kişi, izin bitiminde birliğine katılıyorsa artık bu kişinin firar kastı ile davrandığını kabul etmek, gerçeğe tamamen aykırı bir kabule dayanıldığını gösterir.

Esas Sayısı : 2002/166

Karar Sayısı : 2004/3

Aslında böylece adı konmasa da yabancı memlekete firar suçunun içinde "izinsiz yurtdışına çıkma" suçu yaratılmıştır.

Aykırılık kararının verildiği yargılamada, sanık tabip subay olup, mesleki gelişimini sağlamak için yurtdışına çıktığını savunmalarında belirtmektedir. Sanık, rahatsızlığını beyan ederek 18.01.2001 tarihinde GATA H. Paşa Eğitim Hastanesi Fizik Tedavi bölümüne sevk edilmiş, aynı gün muayenesi sonunda 15 gün istirahati uygun görülmüş, sanık istirahatlı olduğu sırada 21.01.2001-31.01.2001 tarihleri arasında yurtdışına çıkmış, istirahatinin sonunda birliğine katılmıştır. Sonraki bir tarihte tarihsiz ve imzasız, muhtemelen sahte bir isimle sanık hakkında ihbarda bulunulması üzerine hakkında takibata başlanılmıştır. As. CK. nun 67 nci maddesinin 4551 sayılı Kanunla değişik 1 inci fıkrası (A) bendine göre sanığın firar kastıyla hareket edip etmediği artık önem taşımamaktadır. Zira getirilen değişiklikle "her hangi bir nedenle izinli olsa dahi" suçun oluşacağı belirtilmiştir. Böylece, hakimın suçun manevi unsurunu takdir imkanı ortadan kaldırılmıştır. Bu düzenleme Anayasanın 138 inci maddesine açıkça aykırı olup, hakim bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.

Netice ve Karar : Sanık Dz. Tbp. Yzb. Firuz ÇAPRAZ hakkında 1. Or. K.lığı As. Savcılığının 15.1.2002 tarih ve 2002/68-21 sayılı iddianamesiyle sanığın 21.1.2001-31.1.2001 tarihleri arasında yabancı memlekete firar suçunu işlediği öne sürülerek eylemine uyan As. C. K.nun 67 ve 73 üncü maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de;

4551 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle değişik As. C. K.nun 67/A maddesinin, Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı 10 uncu maddesine, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13 üncü maddesine, "Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti" başlıklı 23 üncü maddesine ve "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138 inci maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmakla, Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca bu konuda bir karar vermek üzere dosyanın tasdikli suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

Anayasaya aykırılık iddiası ile ilgili karar verilinceye kadar veya dosyanın Anayasa Mahkemesine varış tarihinden itibaren 5 ay süreyle davanın geri bırakılmasına,

Dosya suretinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmek üzere As. Savcılığa tevdiine ...karar verildi""