

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Oluşa göre sanıkların; 15 Şubat 2007 tarihinde TCG Gelibolu K.lığının UNIFIL deniz harekatı görevi kapsamında Doğu Akdeniz de Türkiye Cumhuriyeti karasuları dışında bulunduğu sırada 35cc.lik bir adet Rakı içtiklerini beyan ettikleri, sanıkların birlik-gemilere alkollü içki getirilmeyeceğine, birlik-gemilerde alkollü içki içilmeyeceğine dair Donanma K.lığı emrinin 28.04.2006 tarihinde tebliğ edildiği maddi vakıa olarak sabittir.

T.C.Anayasasının 152 nci maddesi; 'bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak birkanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veyata raflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.' 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 'itiraz yolu ile mahkemelerce gönderilen işler' başlıklı 28 nci maddesi de; 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme;

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

Dosya muhtevasının, mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.' hükmünü içermektedir.

Askeri Ceza Kanunun 87 nci maddesinde de; '1. Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan askerkişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiilî ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

2. Yukarıki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.' hükmü düzenlenmiş,

Seferberlik kavramı da, yine Askeri Ceza Kanunun 8 nci maddesinde;

'1. Sefer tabiri harb halini ihtiva eden seferberliktir.

2. Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı vemuayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir.

3. Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanun tatbikatında seferber sayılır.' şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu olayda ise; As.C.K.nun 8/3 üncü maddesinde yazılı 'hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve karasuları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harp tayyare ve harp gemisi üssülhareketlerinden birine varıncaya kadar bu kanun tatbikatında seferber sayılır.' hükmü Anayasanın 2, 10, 122 nci maddelerine aykırı olduğu kanısına varılmıştır.

Her ne kadar Askeri Ceza Kanununun tanımlar bölümde seferberlik hali tanımlanmış ise de; Seferberlik ile ilgili asıl düzenleme 1211 sayılı Seferberlik Kanununu değiştiren 04.11.1983 tarih ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunun da yapılmıştır. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 8 nci maddesinde ise seferberlikten neyin kast edildiği ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Maddenin 3 ncü bendinde ise 'Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve karasuları dışında yalnız dahi seyrühareket eden her harp tayyare ve harp gemisi üssulhareketlerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır denilmek suretiyle vatan hudutları ve karasuları dışındabulunan savaş uçakları ve savaş gemileri yönünden özelliklerine binaen (Seferberlik ve Savaş Hali Kanunundan ayrı olarak) itibari seferberliğe yer vermiştir. As.C.K.nun muhtelif maddelerinde (örneğin 63/2, 64/2, 65/2, 66/3, 67/son, 70/5, 75/2, 87/2, 91/1 vs.) suçun 'seferberlikte işlenmesi' hâli, cezayı veya suçun unsurlarını ağırlaştıran sebep olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca, 4.11.1983 gün ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hâli Kanununun 21 ncimaddesinde, 'Diğer kanunlardaki seferberlik ve savaş haliyle ilgili bu kanuna aykırı olmayan hükümler saklıdır' hükmü yer almaktadır

Tüm bu bilgiler dikkate alındığında 1930 yılında yürürlüğe giren ve 8/3 üncü maddesinde yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hiçbir değişiklik yapılmayan Askeri Ceza Kanuna göre, barışta vatan sınırları ve karasuları dışında bulunan savaş uçakları ve savaş gemilerinin seferber sayılacağı belirtilmiştir. Bugün 2674 sayılı Karasuları Kanununun ve buna istinaden çıkartılan Bakanlar Kurulu kararına göre, Ege Denizinde Türkiye Cumhuriyetinin karasuları genişliği 6 mil, Akdeniz ve Karadeniz'de ise 12 mil olarak belirlenmiş, günümüzde, gelişen teknolojik imkanlarda gözönüne alındığında, Türk savaş gemilerinin, başta Ege denizi olmak üzere karasuları dışında, yılıçinde birçok defa seyir yaptığı, ayrıca birçok savaş gemisinin NATO bünyesinde tatbikatarak atılmak üzere ülke karasuları dışına çıktığı bilinmektedir.

Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında da açıklandığı üzere kanun önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kanunların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak birbirinin ayırdurumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir.

Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak kanunlarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda, Anayasanın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmakta ise ya da kamu yararı amacı ile yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

Ancak, 'haklı neden' veya 'kamu yararı'nın anlaşılabilir, amaçla ilgili, ölçülü ve adaletli olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyor ise, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denilebilir. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacı ile yürürlüğe konulmamış olmaktadır.

Ancak Askeri Ceza Kanunu kapsamında, kara birliğinde vatan hudutları dışında aylarcahatta yıllarca görev yapan bir personelin Seferberlik ve Savaş Hali Kanununa göre bir seferberlikveya savaş hali ya da fiili çatışma bulunmadığı sürece emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlemesihalinde hakkında 'seferberlik hali' hükümleri uygulanamazken, günümüzün teknolojik gelişmeleride dikkate alındığında bir yıl içerisinde onlarca seyir yapan ve birçok seyir esnasında barıştaTürkiye Cumhuriyeti karasularını terk etmek durumunda kalan bir savaş gemisinin personelinin busuçu işlemesi halinde seferberlik halinin uygulanması, her ikisi de Silahlı Kuvvetler personeli olan kişiler arasındaki eşitlik ilkesini zedeleyecek, bu durum da Anayasanın 10 uncu maddesine göre eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

Yasa koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz,Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suçsayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletirici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya teciledilebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçunaskeri olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğinsağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağıryaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir. Ancak, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilenhukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alandaadil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığından, askericeza hukuku alanında da suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu birorantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir.

Anayasa Mahkemesi 21.01.2004 tarih ve 2002/166 - 2004/3 E. K. sayılı kararında, AskeriCeza Kanunun 67/1-A maddesinde düzenlenen yurt dışına firar suçuna ilişkin; 'Askeri hizmetinözellikleri ve eylemleri ceza yaptırımına bağlanan kişilerin askerliği meslek olarak kabul ettiklerigöz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralla suç kabul edilen eylemle cezası arasındademokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.' şeklinde Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı vermiştir.

Emre itaatsizlikte ısrar suçunun basit halinin düzenlendiği As. C. K.nun 87/1 inci maddesine göre cezanın alt sınırı bir ay olarak düzenlenmiş iken bu suçun nitelikli halini oluşturan 'seferberlik halini' düzenleyen As. C. K.nun 87/2 nci maddesine göre cezanın alt sınırı bir yıl olmaktadır. Somut olayda sanıkların yasak olmasına rağmen gemi içinde içki içtikleri, böylelikle emre itaatsizlikte ısrarsuçunu işledikleri iddia edilmiştir. Sanıkların bu eylemlerini savaş gemisi Türkiye Cumhuriyetikarasuları içinde örneğin, karadan 3 mil uzaklıkta işlemeleri halinde haklarında As. C. K.nın 87/1inci maddesi hükmü uygulanırken, sanıkların aynı eylemi örneğin, karadan 13 mil uzaklıkta, yaniTürkiye Cumhuriyet karasuları dışında işlemeleri halinde As. C. K.nun 87/2 nci maddesininseferberlik hükümleri gereğince haklarında alt sınırdan uygulama yapılması halinde dahi bir yılhapis cezası vermek zorunluluğu doğacaktır. Yani suç teşkil eden eylemle öngörülen cezaarasında ciddi bir orantısızlık ortaya çıkacaktır.

Dava konusu olayda da, suç olarak kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı açıktır. Hatta benzer bir olayda yineseferberlik halinin nitelikli bir durum olarak düzenlendiği, As. C. K.nun 67 nci maddesine ilişkin Askeri Yargıtay 3 üncü Dairesinin 24.07.2003 tarih ve 2003/878-868 E. K. sayılı, (As.C.K'nun 67nci maddede düzenlenen ülke sınırları dışında gemiden firar suçuna ilişkin

seferberlik hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına ilişkin) kararında; 'As.C.K.'nın 67 nci maddesindeki değişiklik sırasında, bu maddenin son fıkrasına diğer maddelerden farklı bir şekilde özenle yazılan 'seferberlik ve savaş halinde' deyimiyile, kanun koyucunun bu maddenin son fıkrasının uygulanması sırasında As.C.K.'nın 8 nci maddesinin değil, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini istediği, asıl amacının böyle olduğuna ilişkin olarak. Bu kabule göre suç tarihinde, Seferberlik ve Savaş Hali Kanununa göre ilan edilmiş bir seferberlik veya savaş hali ya da fiili çatışma bulunmadığından, sanık hakkındaki seferberlik hali hükümlerini uygulamayan Askeri Mahkemenin kararı yerinde görülüp, ... temyiz talebinin reddine' şeklinde bir yorum yapılarak, bir ölçüde suç olarak kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik ve çağdaş bir toplumda uygun görülebilecek bir dengesizliğin önüne geçmek istemiştir. Bu nedenle Askeri Ceza Kanunun 8/3'üncü maddesinin, Anayasanın 2 nci maddesinde aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

Son olarak, Anayasanın 122 nci maddesinde, 'sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali hükümleri düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında; "Anayasanın tanıdığı hür demokrasinin düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle', sıkıyönetim halinin ne şekilde belirleneceği ayrıntılarıyla ele alınmış, maddenin 5 inci fıkrasında da; 'Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, idare ile olan ilişkileri, hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ve savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek yükümlülükler kanunla düzenlenir.' hükmüne yer verilmiştir.

As.C.K.'nın 8/3 üncü maddesinde düzenlenen 'barışta seferberlik' hali hem Anayasanın 122 nci maddesiyle hem de 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu ile çelişmektedir. Çünkü ne Anayasa'da ne de 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununda barış halinde seferberlik hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 21 inci maddesine göre 'Diğer kanunlardaki seferberlik ve savaş haliyle ilgili bu kanuna aykırı olmayan hükümler saklıdır' hükmü açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle As.C.K.'nın 8/3 üncü maddesinin Anayasanın 122 nci maddesine de aykırı olduğu değerlendirilerek aşağıda yazılı olan karar verilmiştir.

KARAR

Görülmekte olan davada, iddianamede sanıklar hakkında As.C.K.'nın 8/3 üncü maddesi gereğince seferberlik hükümleri uygulanması talep edildiğinden, As.C.K.'nın 8/3 üncü maddesinde yazılı 'hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve karasuları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harp tayyare ve harp gemisi üssül hareketlerinden birine varıncaya kadar bu kanun tatbikatında seferber sayılır.' hükmü Anayasanın 2, 10, 122 nci maddelerine aykırı olduğu kanısın varıldığından, Anayasanın 152 inci maddesi gereğince bu konuda bir karar vermek üzere Anayasaya aykırılık gerekçesinin yazılmasının ardından dosyanın onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE, Anayasaya aykırılık iddiasıyla ilgili karar verilinceye kadar veya dosyanın Anayasa Mahkemesine varış tarihinden itibaren 5 ay süreyle davanın GERİ BIRAKILMASINA karar verildi."