

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

I. İDDİA, MÜTALAA VE YARGILAMA AŞAMALARI:

Hv.K.K.lığı Askeri Savcılığının 02.11.2011 tarih ve 2011/261-115 Esas Karar sayılı iddianamesi ile sanık Hv.P.Er '.'nin 04.06.2011-18.06.2011 tarihleri arasında İzin Tecavüzü suçunu işlediği iddiası ile sanık hakkında Askeri Mahkememizde dava açılmıştır. Yapılan yargılama sırasında Askeri Savcı sanık hakkında verilecek cezanın paraya çevrilememesinin, ertelenememesinin ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla, 1632 sayılı As.C.K'nın 47 nci maddesinin Ek-8 inci maddesinin ve Ek-10 uncu maddesinin T.C. Anayasası'na aykırı olması sebebiyle bu maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep etmiştir.

II. SORGU VE SAVUNMA:

Sanık ..., 'Ben 27.05.2011 tarihinde yol dâhil 8 (sekiz) gün süreyle izne gönderildim, 04.06.2011 tarihinde birliğime katılış yapmam gerektiğini biliyordum, ancak katılamadım, çünkü ben izne nişanlımı görmeye gitmişim, daha önce nişanlımın ilişkisi olduğu birisi vardı, ben izine gittiğimde ikisini beraber gördüm, sonra nişanlımdan ayrıldım, ayrıldıktan sonra psikolojim yerinde değildi, eve gidecek halde bile değildim, bir gün Taksim de gezerken eniştem beni buldu, seni askerlik yaptığın birliğe göndereceğiz dedi, biletimi almıştı, eniştemle beraber Harem'e gittik, otogardayken daha otobüse binmeden polisler GBT sorgusu yaptı, benim aramam olduğu görüldü ve beni alıp önce karakola sonra Alemdağdaki inzibata teslim ettiler, oradan da birliğime gönderdiler' şeklinde savunma yapmıştır.

III. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME:

Sanık Hv.P.Er '.' hakkında İzin Tecavüzü suçunu işlediği iddiasıyla askeri Mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Askeri Savcı, sanığın ceza aldığı takdirde As.C.K'nın 47 nci maddesi gereğince cezasının ertelenemeyeceğini, Ek-8 inci maddesi gereğince cezasının paraya çevrilemeyeceğini ve Ek-10 uncu maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğini ve bu durumun Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2 nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olup, 10 uncu maddesine göre ise herkes kanun önünde eşittir.

Hukuk devleti ilkesi ve eşitlik kavramı Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında ayrıntılı olarak incelenmiş ve ifade edilmiştir.

01.06.2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlarla beraber Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ceza ve infaz siyaseti değişmiş, 05.06.2005 tarihinden sonra hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilebilmeye veya ertelenebilmeye başlanmıştır.

Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesine göre 1 yıl ve daha az süreli hapis cezaları paraya çevrilebilmekte ve 51 inci maddesine göre de; 2 yıl veya daha az süreli hapis cezaları ertelenebilmektedir. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunun 231 inci maddesine göre de 2 yıla kadar olan hapis cezalarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir. Türk Ceza Kanununda ve Ceza Muhakemesi Kanununda bu şekilde değişiklikler yapılmasına rağmen As.C.K'nunda gerekli değişiklikler yapılmamıştır. 5329 sayılı Kanunla Askeri Ceza Kanununa eklenen Ek-8 inci maddenin 2 nci fıkrası gereği sırf askeri suçlar ile kanunun 3 üncü babının 4 üncü faslında yazılan suçlar hakkında kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümlerinin uygulanamayacağına hükmedilmiş, ayrıca 5739 sayılı kanunla Askeri Ceza Kanununa eklenen Ek-10 uncu maddesinin 2 nci fıkrası gereği bu kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin 5 ile 14 üncü fıkralarının uygulanamayacağı hükmüne bağlanmıştır.

Görülmekte olan davadaki İzin Tecavüzü suçu da sırf askeri suç olarak tanımlanmıştır, ancak bu tanımın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Askeri Yargıtay içtihatlarıyla kanunda yazılı bazı suçlar sırf askeri suç olarak değerlendirilmekte, bazı suçlar ise sırf askeri suç olarak değerlendirilmemektedir. Bu hususta mevzuatta ve içtihatlarda belirli tanım ve birlik mevcut değildir. Bunun yanı sıra kanundaki suç ve cezaların uygulanmasında belirsizlik ve adil olmayan ve hakkaniyete aykırı olan durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeplerle mahkeme tarafından verilecek cezanın ertelenememesinin, paraya çevrilememesinin ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesinin öncelikle uluslar arası hukuk kaidelerine ve daha sonra Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Günümüzde Silahlı Kuvvetlerin profesyonel hale getirilmesi tartışılmaya başlanmış ve nispeten uygulanmaya konulmuştur. Bunun yanı sıra zorunlu askerliğin kaldırılması, vicdani ret sisteminin getirilmesi ve bedelli askerlik uygulanmasının yapılması gibi hususlar tartışılmaktadır. Hatta son olarak 6252 sayılı kanun 30.11.2011 tarihinde kabul edilmiş ve bu kanunun geçici 46 ncı maddesi ile bedelli askerlik kabul edilmiş ve uygulanmaktadır. Tüm bu gelişmeler karşısında askerliğe kendi isteği ve rızasıyla gelip de daha sonra genellikle Firar ve İzin Tecavüzü suçlarından mahkûm olanlara verilecek cezaların ceza genel hükümlerinden farklı olarak hapis cezası uygulanmasının ve bu cezasının seçenek yaptırımlara çevrilememesinin hakkaniyetle bağdaşmadığı değerlendirilmektedir.

Dava konusu olayda sanığın cezalandırılması talep edilen Askeri Ceza Kanunun 66 ncı maddesi uyarınca ceza alması durumunda cezasının ertelenemeyeceği, paraya çevrilemeyeceği ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Askeri Ceza Kanununa 5739 sayılı Kanunla eklenen Ek-10 uncu maddesinin 2 nci fıkrası, 'Bu kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 04.12.2004 tarihle ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231 inci maddesinin 5 ile 14 üncü fıkraları uygulanmaz.' hükmünü içermektedir.

5739 sayılı Kanunun gerekçesinde ise 'Askeri Ceza ve Disiplin yargılanmasında askerlik hizmetinin özelliklerinden kaynaklanan bir takım istisnaların kabulü zorunludur... Maddenin 2 nci fıkrası ile Askeri Ceza Kanununda yazılı suçlar bakımından Askeri Yargı siteminde uygulanan Askeri Disiplin ve bu yargının kendine mahsus özellikleri dikkate alınarak Askeri Ceza Kanununda yazılı suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin 5 ile 14 üncü fıkralarında düzenlenen denetimli serbestlik ve hükmün

açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin müessesenin Askeri Yargıda yer almaması amacıyla değişiklik yapılmıştır.' denilmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması Türk Ceza Hukukuna 01.06.2005 tarihinden itibaren girmiş ve günümüzde Ceza Genel Hukukunda halen uygulanmaktadır. Ceza yargılamasına cezalar faile ve fiile bağlı olarak belirlenmektedir. Hâkim gerçekleştirildiğine vicdanan kanaat getirdiği suç sebebiyle cezaya hükmederken failin ve fiilin özelliklerini dikkate alarak cezayı şahsileştirmek durumundadır. Cezanın öncelikli amacı önlemek diğer amacı ise ödetmektir. Başka bir amaç ise infaz sırasında ve infazdan sonra suç işleyen kişiyi topluma kazandırmaktır. Askeri Mahkemelerde ise bazı cezalar paraya çevrilebilmekte ve ertelenebilmekte, bazıları ise paraya çevrilememekte ve ertelenememektedir. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilememektedir.

Yukarıda yazılı olan kanun maddesinin gerekçesinde 'askerlik hizmetinin özellikleri', 'askeri disiplin' ve 'bu yargının kendine mahsus özellikleri' şeklinde soyut kavramlar bulunmaktadır. Ancak askeri hizmetin özellikleri, askeri disiplinin ne olduğu ve bu yargının kendine mahsus özellikleri objektif ve somut olarak belirtilmemiştir. Zira maddeden ve gerekçeden askeri disiplinin sadece hapis cezası ile sağlanabileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak buna iştirak etmek mümkün değildir. Silahlı Kuvvetlerde disiplin, öncelikle mutlak itaat ve sevgi kavramları ile sağlanmaktadır. Ayrıca Askeri Mahkemelerde yapılan yargılamalarda adil yargılanma ilkesi hassasiyetle uygulanmakta ve bu konu Askeri Yargıtay tarafından da aynı şekilde denetlenmektedir. Yani yargılama usulü açısından sivil ve asker şahıslar arasında hemen hemen hiçbir fark bulunmamaktadır. Adil yargılanma açısından sivil şahıslara tanınan hakların tamamı askeri şahıslara da tanınmıştır. Ancak mevcut kanun hükümleri uyarınca askeri yargıda yargılama sonucunda verilen cezanın ertelenmesi, paraya çevrilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması konularında tam tersi bir uygulama mevcuttur. Bu durum Anayasa'nın eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası gereği askerlik hem haktır hem de görevdir. Muvazzaf askeri personel ile askerlik hizmetini yapmaya gelen yükümlüler arasında askerlik hizmeti boyunca bir kere suç işleyen olabileceği gibi suç işlemeyi alışkanlık haline getiren kişiler de bulunabilmektedir. Bu durum ise Askeri Mahkeme Hâkiminin cezayı şahsileştirirken takdir yetkisini kısıtlamaktadır. Hâkim sanığın şahsi haline bakmaksızın hapis cezası vermek zorunda kalmaktadır.

Günümüze kadar toplumdaki gelişmelere ve ihtiyaçlara göre Askeri Ceza Kanununda değişiklikler yapılmıştır. Örneğin 'yeni baştan askerlik cezası, katıksız hapis ve cezasının rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi cezaları' kaldırılmıştır. Son olarak bakaya suçuyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

23.04.1999 tarihine kadar işlenen suçlarla ilgili olarak çıkartılan 4616 sayılı Kanunda Askeri Ceza Kanunu ile ilgili bazı istisnalar bulunmasına rağmen daha sonra bu istisnalar kaldırılmıştır. Aynı şekilde CMK'nun 231 inci maddesi 5 ile 14 üncü fıkralarının Askeri Ceza Kanununda yazan suçlarda uygulanmasını engelleyen As.C.K'nın Ek-10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasının kaldırılması hukukla uygun olacağı değerlendirilmektedir."