

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

T- İDDİA:

Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Savcılığı'nın 11.10.2011 tarih ve 2011/563-198 Esas-Karar sayılı iddianamesi ile sanığın 03.07.2011-08.09.2011 tarihleri arasında 'fırar' suçunu işlediğinden bahisle Askeri Ceza Kanunu'nun 66/1-a madde ve fıkrası gereğince cezalandırılmasına ve tutukluluk ile gözetimde geçen sürelerin TCK'nın 63. maddesi uyarınca mahsubuna karar verilmesi talebiyle kamu davası açılmıştır.

Askeri Savcı mütalaasında ; suçun sübut bulması halinde sanık hakkında TCK.nun 63 ncü maddesi bağlamında mahsup işlemi yapılabilmesi için As.C.K.nun 169'ncü maddesinde düzenlenen 'muvakkat tevkifin hukuki mahiyeti irdelendiğinde şahsi hürriyeti kısıtlama sonucu doğurduğu ancak bu durumun Anayasanın 2 ve 19 ncu maddelerine aykırı olduğu; diğer yandan sanığın beraat etmesi halinde CMK.nun 141/2 nci madde ve fıkrası uyarınca sanığa tazminat hakkı olduğunun bildirilmesinin gerekeceği, dolayısıyla her iki halde de bu Yasa maddesinin uygulanmasının gerekeceği, yukarıda açıklandığı üzere As.C.K.nun 169 ncu maddesinin Anayasanın 2 ve 19 ncu maddelerine aykırılık teşkil ettiği, iptal istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep ve mütalaa etmiştir.

II- OLAY

Balıkesir Bkm. Okl. Ve Eğt. Mrk. K.lığı emrinde vatani hizmetini ifa eden sanığın, 03.07.2011-08.09.2011 tarihleri arasında 'fırar' suçunu işlediği iddiasıyla Hava Eğitim K.lığı Askeri Savcılığında hazır edilmek üzere üç gün süreyle (17/09/2011-20.09.2011) kaçma ihtimaline binaen 'muvakkat tevkif' edildiği (Dz. 7) ve bu karar doğrultusunda sanığın aynı birliğin 'Disiplin Ceza ve Tutukevi'nde tutulduğu (Dz. 8) anlaşılmıştır.

III- SAVUNMA

Sanık Savunmasında: 'Balıkesir Bkm.Okl.ve Eğt.Mrk.Loş.Des.Bkm.Bl.K.lığı emrinde askerlik hizmetini ifa ederken, 03.07.2011 tarihinde çarşı izninden dönmeyerek ailemin yanına, İstanbul'a gitmek için Balıkesir otogarına gittim, oradan da İstanbul'a geçtim, ağabeyim '..ile annem arasında geçimsizlik olduğundan ağabeyim ' annemi sürekli olarak yaraladığından ben de annemi korumak düşüncesi ile birliğimden fırar ettim, babam yaşlı ve işsizdir, evin geçimine bu süre zarfında katkıda bulundum, 08.09.2011 tarihinde polis ekiplerince Bağcılar'daki evimizde yakalandım, polisin eve neden geldiğini bilmiyorum, daha önce uyuşturucu kullanmıştım ancak o gün polisler bunun için gelmemişlerdi, zaten bende uyuşturucu kullanmayı bırakmıştım, akabinde Merkez K.lığına teslim edildim, 17.09.2011 tarihinde Birlik K.lığına teslim edildim, on yedi gün boyunca daha önce kısa süreli kaçma eyleminden dolayı verilen cezanın infazını tamamladım, Askeri Savcılığa gönderilinceye kadar üç gün gözetimde tutuldum, sivilde ara sıra uyuşturucu kullanıyordum, askerde iken bıraktım, belli bir süre tedavi gördüm, ilaç kullandım, ilaçlarım bittikten sonra kontrole gitmedim, şu anda kullanmıyorum, herhangi bir psikolojik rahatsızlığım yoktur, pişmanım, tutuksuz yargılanmayı talep ederim' şeklinde beyanlarda bulunmuştur.

IV- İNCELEME ve DEĞERLENDİRME

A- Anayasaya Aykırı Olduğu Değerlendirilen Hüküm

Askeri Ceza Kanunu'nun 169. maddesi şöyledir:

Disiplinin temini için tevkif salahiyeti:

Madde 169- 168 inci madde hükümlerini bozmamak şartıyla, her mafevk emir altında olmayanları da disiplinin temini için muvakkat olarak tevkif etmeğe veya ettirmeğe salahiyetlidir. Ancak bu tevkif keyfiyeti gün ve saatiyle derhal mevkufun disiplin amirine bildirilmelidir.

B- Mahkememizce Dayanılan Anayasa Hükümleri

Anayasa'nın, 2'nci maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu hüküm altına alınmıştır. 'Kişi Hürriyeti Ve Güvenliği' başlıklı 19. maddesi ise şöyledir:

'Madde 19- Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir.

Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.'

C- Anayasaya Aykırı Olduğu Değerlendirilen As. Ceza Kanunu'nun 169. Maddesinin Bu Davada Uygulanacak Bir Kanun Maddesi Olup Olmadığı Sorunu

Bilindiği üzere, itiraz yolunda Anayasa'nın 152 ve 6216 Sayılı Yasanın 40/1 maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

Anayasa Mahkemesi itiraz yoluna başvuran mahkemenin, bakmakta olduğu davada uygulayacağı kanun maddeleri, 'davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz etki yapabilecek nitelikte bulunan, tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde karara varmakla göz önünde tutulması gereken kurallardır' (KANADOĞLU, Korkut: Anayasa Mahkemesi, İstanbul, 2004).

Anayasa aykırı olduğu değerlendirilen As. Ceza Kanunu'nun 169. maddesinin bu davada uygulanacak bir kanun hükmü olup olmadığının anlaşılması için, daha önce aynı madde ile ilgili olarak verilmiş Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1966 tarihli ve E. 1965/42, K. 1966/30 sayılı kararının bu hususta ölçü alınması yerinde olacaktır. Saniğin, dosyadaki belgelerden (Dz.7-8-10) Askeri Ceza Kanununun 169. maddesi gereğince verildiği anlaşılan 'muvakkat tevkif' kararına istinaden 17/09/2011-20.09.2011 tarihleri arasında gözetimde geçirdiği sürelerin TCK'nin 63. maddesi uyarınca mahsubuna karar verilebilmesi için, 'muvakkat tevkif' kararının şahsî hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bir hal olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu bağlamda, Askeri Savcılıkça uygulanması talep edilen TCK'nin 63. maddesi ile Askeri Ceza Kanununun 169. maddesini birlikte ele alınmasında zorunluluk vardır. Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen kararında ayrıntıları belirtildiği üzere, Askeri Ceza Kanunu'nun 169. maddesinin tek başına uygulanma yeri yoktur. Hal böyle olunca da, bu maddeyi mahkememizce uygulanacak hükümler arasında saymak gerekir. Bu yorum tarzı ise, temel hak ve hürriyetler aleyhindeki Anayasaya aykırı durumların Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla daha fazla denetlenir hale getirecek ve hak ihlallerinin önüne bir miktar geçilmiş olacaktır. Karşıtının kabulü, 'uygulama' kavramını son derece daraltmak ve Anayasanın 152. maddesinin uygulama alanını güç işler duruma getirmek olur. Diğer taraftan,

5271 Sayılı CMK'nın 141/1-2 maddelerine göre, '(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.'

Somut olayda, sanığın beraat etmesi ipotezinde de, Askeri Ceza Kanununun 169. maddesi gereğince alınan 'muvakkat tevkif' kararına istinaden, sanığın 08/09/2011-17.09.2011 tarihleri arasında gözetimde geçirdiği sürelerin, kanuna uygun 'yakalama' veya 'tutuklama' olup olmadığı, sanığa tazminat hakkı bulunduğunun bildirilip bildirilmemesi, hakkı var ise bu hususun verilen karara geçirilip geçirilmeyeceği hususlarında Askeri Ceza Kanununun 169. maddesinin hukuki mahiyetinin irdelenmesi ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, bu maddenin CMK'nın 141. maddesiyle birlikte ele alınmasında zorunluluk bulunduğu; hal böyle olunca da, bu ihtimal yönünden de, As.C.K'nın 169'uncu maddesinin mahkememizce uygulanacak hükümler arasında olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

D- Anayasaya Aykırılık Durumunun Değerlendirilmesi

Yasaların ceza hukukunun evrensel temel ilkelerine dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır.

Hukuk Devleti ilkesi; Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararıyla kabul edildiği üzere, '... insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet...' olarak tanımlanmakta; hukuk devletinde yasa koyucunun, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca;

Ayrıntıları Anayasa Mahkemesi'nin 28.01.2004 tarihli ve E.2003/86, K.2004/6 sayılı kararında belirtildiği üzere; hukuk devleti, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Burada çözümlenecek mesele, maddede söz konusu edilen 'muvakkat tevkif' kararının Anayasanın 19'uncu maddesinde belirtilen 'tutuklama' veya 'yakalama' kararları niteliğinde olup olmadığının tespitinde yatmaktadır.

As.C.K.'nın 169'uncu maddesi ile her mafevke (üste) verilen yetki, kişiyi hürriyetinden yoksun kılacak şekilde, bir yere veya çoğunlukla da, dosyamız kapsamından da anlaşılacağı üzere (Dz. 10), Askeri Disiplin Cezaevine kapatılması sonucunu doğuran şahsî hürriyeti sınırlama neticesini doğuran bir durumdur. Bu yetkinin kullanılması, tutuklamanın doğuracağı netice ile aynı sonucu meydana getirmektedir. Hal böyle olunca, bu yetkinin de 'kişi hürriyeti ve güvenliği' ile ilgili Anayasamızdaki 'tutuklama' veya 'yakalama' hukuki işlemleri ile birlikte ve aynı nitelikte mütalaa edilmesinde zorunluluk vardır. Anayasamızın 19'uncu maddesi ile hangi hallerde kişi güvenliği ve dokunulmazlığının sınırlanacağı belirtilmiştir. Buna göre, usulüne uygun verilmiş hakim kararı olmadıkça kişinin hürriyetinin kısıtlanamayacağı kuralı

konulmuştur. Halbuki As.C.K.'nın 169'uncu maddesi ile Askeri Savcı veya Cumhuriyet Savcısına dahi verilmemiş bir yetki, her üste (mafevke) verilmiştir. 'Muvakkat tevkif' ile kişi hürriyeti hakim kararı olmadan kısıtlanabilmektedir. Bu durumda söz konusu hükmün; insan haklarına dayanan, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılmak anlamına gelen 'hukuk devleti' ilkesini düzenleyen Anayasamızın 2'nci maddesi ile 'kişi hürriyeti ve güvenliği'ni düzenleyen hakim kararı olmadan yakalamayı dahi, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde indirgeyen 19'uncu maddesine aykırılık teşkil ettiğinde hiçbir şüphe yoktur.

Her mafevkin emir altında olmayanları da 'disiplinin temini için' muvakkat olarak tevkif etmeye veya ettirmeye salahi yetli olması; suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabileceğini; hakim kararı olmadan yakalamanın dahi, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceğini öngören Anayasanın 19'uncu maddesine açıkça aykırıdır. 'Hakim' niteliğinde olmayan her üste tanınan, As.C.K.'nın 169'uncu maddesinde geçen 'tevkif' keyfiyetinin, Askeri Yargıtay Kararlarında da (06/06/2006 tarih ve E: 2006/918, K: 2006/917 sayılı; 03/06/2003 tarih ve E: 2003/684, K: 2003/681 sayılı) sıkça vurgulandığı üzere, tutuklama ile bir ilgisinin bulunmadığını, bu işlemin disiplin hukukunu ilgilendiren geçici bir yakalamadan ibaret olduğunu, askerlik hizmetinin özünü oluşturan 'disiplinin' sağlanmasında her üstün olaya elkoyması, eylemi durdurması ve disiplini yeniden tesisi anlamında olduğunu ve son olarak 'hükmün ereğini aşmış bir deyim' olduğunu iddia etmek Yasanın açık hükmü ve somut uygulamalar karşısında mümkün görülmemektedir. Dizi 7-8-10'daki belgelerden anlaşılacağı üzere, Loj. Des. Nöb. Amiri tarafından verilen karar doğrultusunda üç gün süreyle (17/09/2011- 20.09.2011) kaçma ihtimaline binaen 'muvakkat tevkif' edildiği (Dz. 7) ve bu karar doğrultusunda sanığın aynı birliğin 'Disiplin Ceza ve Tutukevi'nde tutulduğu (Dz. 8) anlaşılmıştır.

As.C.K.'nın 169'ncu maddesi üste tanınan yetkiyi 'muvakkat tevkif' olarak nitelendirmiştir. Aynı maddenin üç yerinde 'muvakkat tevkif', 'bu tevkif keyfiyeti', 'mevkuf' terimlerinin tekrar edilerek kullanıldığı, bu itibarla kanun koyucunun bu işlemi 'tevkif' olarak kabul ettiğini açıkça göstermektedir. Yasakoyucu aynı terimi 765 sayılı TCK'nun 104, 170, 184, 285, 289 ve 296'ncı maddelerinde de kullanmıştır. Bu maddeler incelendiğinde 'tevkif'ten, 'tutuklama'nın kastedildiği açıkça anlaşılmaktadır. Yasakoyucu aynı terimi farklı yasalarda farklı anlamlarda kullanıp abesle iştigal edemeyeceğinden ve As.C.K.'nın 169'ncu maddesindeki 'muvakkat tevkif' tabirinin 'tutuklama' anlamında kullanmadığına dair herhangi bir hukuki dayanak da bulunmadığından, 'tevkif'ten, 'tutuklama'nın kastedildiği aşıkardır. Bu itibarla, Anayasa'nın 19'ncu maddesinde öngörülmüş olan şartları taşımayan As.C.K.'nın 169'ncu maddesindeki disiplinin temini için asker kişiyi geçici de olsa hürriyetinden yoksun bırakmaya karar verme yetkisini hakim olmayan üste tanınmış olması ve üst kararı ile tutuklanması Anayasamıza aykırıdır.

Ve nihayet, bu hükmün Anayasa'da belirtilen 'tutuklama' veya 'yakalama' ile ilgisinin olmadığını söylemek ve usule ilişkin bu maddenin Askeri Ceza Kanununda düzenlendiğini, usul kanunlarında düzenlenmediğini bu görüşe delil olarak göstermek, pozitif hukukumuzda uygun düşmez. Nasıl ki, gülün adı değiştirilirse değişik kokmayacağından, maddenin Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olması ve maddedeki tevkif terimini, 'hükmün ereğini aşmış bir deyim' olarak görüp yorumlamak, hükmün niteliğini değiştirmez.

Esas Sayısı : 2012/1
Karar Sayısı : 2012/147

Mahkememizde oluşan kanaate göre, As.C.K.nın 169'ncu maddesinde üste tanınan yetki, 'tevkif', diğeri bir deyişle 'tutuklama' yetkisidir ve Anayasa'nın 2 ve 19'ncu maddelerine aykırıdır. Tüm bu nedenlerle, Askeri Ceza Kanunun 169'ncu maddesinin Anayasa'nın 2 ve 19'ncu maddelerine aykırı olduğu değerlendirilerek, bu maddenin iptali için Anayasa'nın 152'nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.'"