

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A) E.2011/111 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

Sanığın eylemine uyan müsnet firar suçunun unsur ve cezasını düzenleyen ASCK'nın 66/1-a maddesinde öngörülen cezanın üst sınırı üç yıl hapis cezasıdır. 765 sayılı TCK'nın 102/4'üncü maddesi gereğince, beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda, beş yıl geçmesiyle kamu davası ortadan kalkmaktadır.

765 sayılı TCK'nın 104/1'inci maddesine göre; dava zamanaşımı, mahkûmiyet hükmü, yakalama, tutuklama, celp veya ihzar müzekkereleri, adlî makamlar huzurunda sanığın sorguya çekilmesi veya Cumhuriyet Savcısı tarafından mahkemeye yazılan iddianame ile kesilmekte ve bu hâlde zamanaşımı, kesilme gününden itibaren yeniden işlemeğe başlamakta, ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, ilave edilecek süre öngörülen dava zamanaşımı süresinin yarısından fazla olamamaktadır.

765 sayılı TCK'nın 103'üncü maddesi uyarınca dava zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda fiilin yapıldığı tarihten, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son fiilin yapıldığı tarihten, mütemadi ve müteselsil suçlarda temadi ve teselsülün bittiği tarihten başlamaktadır. Kanun koyucu, ASCK'nın 49/1-A maddesinde, bazı askerî suçlar (yoklama kaçağı, saklı ve firar) bakımından dava zamanaşımının başlangıcı konusunda 'bütün askerî mükellefiyetlerin bitmesini' esas almak suretiyle, söz konusu askerî suçlar bakımından dava zamanaşımının hangi tarihte başlayacağı konusunda TCK'da belirlenen genel ilkelerden ayrılıp özel bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. ASCK'nın Ek 8'inci maddesinde, TCK'nın genel hükümlerinin ASCK'da düzenlenen suçlarda uygulanacağı belirtildikten sonra, ASCK'nın 49/1-A maddesindeki düzenleme istisna tutulmuştur. Dolayısıyla ASCK'nın 49/1-A'da belirtilen suçlar bakımından dava zamanaşımının başlangıcı suçun temadisinin bittiği tarihten değil, ilgili 'bütün askerî mükellefiyetlerinin veya bizzat girmiş olduğu taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe' başlayacaktır.

Somut olayda sanık, on beş aylık askerlik yükümlülüğü kapsamında er statüsünde askerlik hizmeti yapmış olduğundan, dava zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağını tespit edebilmek için, öncelikle ASCK'nın 49'uncu maddesinde geçen 'bütün askerî mükellefiyetler' teriminin ne anlama geldiğinin 21.6.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, bütün askerlik işlemleri ile erbaş ve erlerin mükellefiyetlerinin bitmesi olgusu, ancak bu Kanun hükümlerine göre belirlenebilmektedir.

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun, 'askerlik çağına' ve 'askerlik hizmetine' ilişkin, 2/1'inci maddesinde; 'Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer' hükmünün; 3 üncü maddesinde, 'Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık devri ve yedeklik olmak üzere üç devre ayrılır.' hükmünün; 5/4'üncü maddesinde, 'Bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz.' hükmünün; 7/1'inci maddesinde, 'Muvazzaflık devrinin hitamından askerlik çağının nihayetine kadar olan kısım yedek devridir.' hükmünün yer aldığı görülmektedir.

Askerî Yargıtay içtihatlarında (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun, 28.9.1989 tarihli, 1989/198-199; 2'nci Dairesinin 19.1.2011 tarihli, 2011/43-42; 2'nci Dairesinin 26.11.2008 tarihli, 2008/2549-2571; 1'inci Dairesinin 21.7.2010 tarihli, 2010/1981-1971; 3'üncü Dairesinin 27.11.2007 tarihli, 2007/2539-2539; 4'üncü Dairesinin 24.7.2007 tarihli, 2007/1285-1284), 'bütün askerî mükellefiyetler terimi 'askerlik çağı' ile birlikte değerlendirilmekte ve askerlik çağının (muvazzaflık ve yedeklik dönemlerinin) bitiminde dava zamanaşımı süresinin başlayacağı kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir Hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk Devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, kanunların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda Hukuk Devletinde, kanun koyucu yalnız kanunların Anayasaya değil, Anayasanın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasanın 10'uncu maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile, eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Kanun koyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Dava ve ceza zamanaşımı ile ilgili kurallar dahi cezayı ağırlaştıran yahut suç koyan hükümler niteliğindedir. Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde kanun koyucunun takdiri, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, sanığın 15.5.1979 doğumlu olması nedeniyle, üzerine atılı firar suçu yönünden dava zamanaşımı süresinin; ASCK'nın 49/1-A maddesi uyarınca, bütün askerî yükümlülüklerinin sona ereceği (askerlik çağı dışına çıkacağı) tarih olan 1.1.2020 tarihinden itibaren işlemeye başlaması ve 1.1.2025 tarihinde son ermesi gerekecektir. Ancak, Sağlık Kurulu kararıyla 2.12.2010 tarihi itibarıyla barışta ve seferde askerliğe elverişli olmadığına karar verildiği için, bu tarih itibarıyla askeri yükümlülüklerinin son erdiği, dolayısıyla dava zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren başladığı ve 2.12.2015 tarihinde sona ereceği görülmektedir.

Halbuki, ASCK'nın 49/1-A maddesindeki istisnai düzenleme olmasaydı, genel hükümler uyarınca, sanığa isnat olunan firar suçunda, Askerî Yargıtay bozma kararına karşı diyeceklerinin tespiti ve bilirkişi incelemesi yaptırılabilmesi maksadıyla hakkında sevk için tutuklama kararı verilmesi zamanaşımını kesen neden olarak kabul edilemeyeceğinden, en son zamanaşımını kesen sebebin 27.3.2003 tarihinde mahkumiyet kararı olduğu göz önüne alındığında, dava zamanaşımı 27.3.2008 tarihinde sona ermiş olacaktır.

Firar suçu, sadece asker kişiler tarafından işlenebilen mütemadi bir suç niteliğindedir ve ilgilinin yetkili amirlerinden izin almaksızın görevi gereği bulunması gereken yerden ayrıldığı andan itibaren suçun işlenme süreci başlar ve dehalet (katılma) veya yakalanma ile de sona erer. Kanun koyucu tarafından, askerlik hizmetinin özellikleri nedeniyle ASCK'nın 49/1-A maddesinde, firar suçunda dava zamanaşımı süresinin bütün askerî mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeye başlayacağı hükmünün konulduğu anlaşılmaktadır.

Bir askerî birimde disiplinsizlik teşkil eden bir eylem yapıldığında, faili olan asker kişinin eylemiyle orantılı bir şekilde ve en kısa sürede cezalandırılmamasının, askerî disiplinin tesisinde zafiyete neden olacağı açıktır. Zorunlu askerlik hizmetinin bulunduğu ülkemizde, bir asker kişinin yetkili amirlerinden izin almaksızın görevi gereği bulunması gereken yerden ayrılıp yedi günden fazla bir süre sonra yakalanması veya kendiliğinden katılması suretiyle oluşan firar suçunun failinin eylemiyle orantılı bir şekilde cezalandırılmaması askerî disiplinin tesisinde büyük bir zafiyete neden olacağından, firar suçunun cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmemesi, ertelenememesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılamaması ile askerî disiplinin tesisi maksadıyla failinin tutuklanabilmesi gibi sivil kişiler tarafından işlenen suçlarda uygulanamayacak bazı istisnai düzenlemeler yapılmasının bir gereklilik olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu istisnai düzenlemelerin, Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

Kanun koyucu, dava zamanaşımı kurumunu düzenlerken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik' başvuru olan önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvuru olan önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvuru olan önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesiyle Devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcıyla ilgili kanuni düzenlemenin, 15 aylık askerlik yükümlülüğünü yerine getirmeyenler yönünden askerî disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacına uygun olduğu söylenebilir ise de, somut olayda olduğu gibi, 15 aylık askerlik yükümlülüğünü bitirmiş bir kişinin askerlik hizmetini yaptığı dönemde işlediği firar suçu nedeniyle çok uzun bir süre cezalandırılma tehdidi altında yaşamasının askerî disiplinin tesisine herhangi bir katkısının bulunmadığı ve dolayısıyla belirtilen amaca ulaşmada elverişli olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Firar suçunun düzenlendiği maddede unsurları düzenlenen, firar suçuyla aynı miktarda ceza öngörülen ve firar suçuyla benzer nitelikte askerî disiplinin tesisinde zafiyetine sebep olan izin tecavüzü suçunda (ASCK'nın 66/1-b), dava zamanaşımının genel hükümler çerçevesinde temadının bittiği tarihten başlaması, yine sadece asker kişiler tarafından işlenebilen ve askerî disiplinin zafiyetine sebep olabilecek nitelikte emre itaatsizlikte ısrar (ASCK'nın 87, 88, 89), üste veya amire fiilen taarruz (ASCK'nın 91), kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek (ASCK'nın 79) gibi suçlarda da dava zamanaşımının genel hükümler çerçevesinde temadının bittiği tarihten başlaması hususları birlikte göz önüne alındığında, mütemadi bir suç olan firar suçunda zamanaşımı süresinin, failin yakalanmak veya kendiliğinden katılmak suretiyle askerî hiyerarşi ve disiplin altına girdiği tarihten değil de, onun bütün askerî mükellefiyetlerinin bitmesinden (41 yaşından) itibaren başlatılmasının, askerî disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olduğu da söylenemez.

Aynı zamanda failin lehine olan 765 sayılı TCK'da en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile zamanaşımı süresinin 20 yıl olması karşısında, öngörülen cezasının üst sınırı 3 yıl olan firar

suçunda, dava zamanaşımının, suçun temadisinin sona erdiği tarihe bakılmaksızın en erken bütün askerî mükellefiyetlerinin bitmesinden (41 yaşından) itibaren başlatılması suretiyle dava zamanaşımı süresinin 20 yıldan fazla olmasının orantılı olmadığı da açıktır.

Genel hükümlere göre, suçun işlenip tamamlanmasından sonra işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresi, firar suçu işlenip tamamlanmış olsa bile işlemeye başlamamakta, dava zamanaşımı süresinin başlangıcının tüm askerî mükellefiyetlerin bitmesi şartına tabi tutulması nedeniyle, zamanaşımı süresi belirsizlik içermektedir. Çünkü, dava zamanaşımı süresinin başlangıcında esas alınan 1111 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde öngörülen askerlik çağına ilişkin belirlenen süre, yürütme organınca (Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Milli Savunma Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararıyla) 5 yıla kadar uzatılabileceği veya kısaltılabileceği gibi, 1111 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca, muvazzaflık hizmetini yapmadıkça askerlik çağından çıkılamayacağından, askerlik hizmetini tamamlamayan firar suçunun failleri hakkında, dava zamanaşımı askerliğini yapmaya veya yapmış sayılınca kadar işlememekte ve dolayısıyla da 41 yaşından sonra askerlik hizmetini tamamlayanlar için, dava zamanaşımının başlangıcı askerlik çağı olan 41 yaşın üstüne de çıkabilmektedir. Bu nedenlerle, firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcı ile süresi konusunda belirsizlik olduğu ve bu belirsizliğin de Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır.

Firar suçunu işleyen kişinin, askerlik yükümlülüğünün bitmesinden itibaren dava zamanaşımının başlatılmasının, askerî disiplinin tesisinde zafiyeti önleme amacına ulaşmaya elverişli, askerî disiplinin sağlanmasında gerekli ve orantılı bir düzenleme olacağı göz önüne alındığında, dava zamanaşımının başlangıcının en erken yedeklik döneminin bittiği 41 yaşında başlatılmasına ilişkin ASCK'nın 49/1-A maddesindeki düzenlemenin ölçülülük ilkesiyle çeliştiği anlaşılabacaktır.

Söz konusu kanuni düzenleme, firar suçunun ağırlığını, ona verilen cezanın süresini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması ve failin yargılanmanın başında terhis olmuş olmasına ve askerî disiplini bozma durumunda olmamasına rağmen böyle bir gerekçeye dayanması sebepleriyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığı yönüyle de ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

ASCK'nın 49/1-A maddesindeki söz konusu düzenleme, kişileri işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle yaşamak durumunda bırakmaktadır. Nitekim somut olayda, kamu davasının 2002 yılında açıldığı dikkate alındığında, 2.12.2010 tarihi itibarıyla askerliğe elverişsiz olduğuna karar verilmiş olduğu için 13 yıl (askerliğe elverişsiz olduğuna karar verilmemiş olsaydı 23 yıl) boyunca, sanığın hakkındaki isnatlar için ceza davası tehdidi altında kalması söz konusudur. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen makul sürede adil yargılanma hakkını da ihlal etmektedir.

Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Bu yönüyle, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da belirtildiği üzere, askerî hizmetin niteliği gereği, askerî disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla, farklı konumda bulunan asker kişiler ile sivil kişilerin farklı kurallara tabi tutulması Anayasal eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren

kimi eylemlerin askerî suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir. Bu kapsamda firar suçunun vasıf ve mahiyeti itibarıyla aynı ceza öngörülen başka suçlardan farklı dava zamanaşımı süresinin öngörülmesi mümkündür.

Ancak, kanun koyucunun, sadece asker kişiler tarafından işlenebilen izin tecavüzü gibi, benzeri unsurlar ve cezalar içeren suçlar bakımından dava zamanaşımı süresi ve başlangıcı için genel hükümleri yeterli gördüğü halde, firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcı konusunda farklı bir düzenleme getirmesi, Anayasal eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 152/1'inci maddesinde 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır' hükmüne yer verilmektedir. Bu düzenleme uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kanun hükmünün de o davada uygulanacak kural olması gerekmektedir. Uygulanacak kanun hükümleri, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır. Somut olayda, Anayasaya aykırı olduğu değerlendirilen ASCK'nın 49/1-A maddesinin sanık hakkındaki davayı sonuçlandırmada uygulanma niteliğinin bulunduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, ASCK'nın 49/1-A maddesinde yer alan 'firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askerî mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar' ibaresinin Anayasa'nın 2'nci ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

Başkan Hâk.Alb. B.AK, askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı göz önüne alındığında, firar suçunun askerî disiplinin tesisinde çok önemli zafiyete neden olan bir fiil olması nedeniyle, kanun koyucu tarafından dava zamanaşımının başlangıcı konusunda istisnai bir düzenleme yapılmasının, Anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle çoğunluğun kararına katılmamıştır.'

B) E.2012/5 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

A. Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık

Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda hukuk devletinde yasa koyucu yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasanın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür (Anayasa Mahkemesinin 15/10/2003 tarihli ve E.2003/84, K.2003/89 sayılı kararı).

Yasakoyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde yasakoyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır. Yasakoyucu, zamanaşımı kurumunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise 'elverişlilik' 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik', başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvuru önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir (Anayasa Mahkemesinin 30/03/2011 tarihli ve E.2007/95, K.2011/61 sayılı kararı).

Askeri Yargıtay'ın firar suçu nedeniyle dava zamanaşımının başlangıcına ilişkin yerleşmiş ve istikrar kazanmış içtihadına göre 41 yaşına girildiği Ocak ayının birinci günü zamanaşımı süresi başlamaktadır.

Görölmekte olan davada; 22 Haziran 1968 doğumlu olan sanığın hakkındaki firar suçları için öngörülen dava zamanaşımı süresi sanığın 41 yaşına girdiği Ocak ayının birinci günü olan 1 Ocak 2009 tarihinde işlemeye başlamıştır. Suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan ve sanığın lehine olan asli dava zamanaşımı, 765 sayılı T.C.K.'nın 102/4'üncü maddesine göre beş yıldır. En fazla ise 7 yıl 6 ay olmaktadır. 20 yaşında askere alınan bir şahsın işlediği herhangi bir suçtan dolayı dava zamanaşımı süresinin -genel zamanaşımı kuralının aksine- suç işlendikten sonra başlamaması ve belki de suç işlendikten sonra 20 yıl geçtikten sonra başlaması şeklindeki kuralın, kamu yararı veya herhangi bir amaç bakımından gerekliliği ileri sürülemeyecektir.

İtiraz konusu kural, suçun ağırlığını, ona verilen cezanın süresini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması ve failin sivil kişi olmasına ve askeri disiplini bozma durumunda olmamasına rağmen böyle bir gerekçeyle dayanması sebepleriyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırılık içermektedir.

Ayrıca, sözkonusu kural, genel zamanaşımı kuralları ile birlikte değerlendirildiğinde, benzer suçlardan en ağırında dahi suç tarihinde yürürlükte olan TCK'nun 102'inci maddesinde 20 yıl olarak öngörüldüğünden, düzenleme bu haliyle de orantılılık ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

B. Eşitlik İlkesine Aykırılık

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi, Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Askeri Ceza Kanununa göre firar suçu sadece asker kişiler tarafından işlenebilen bir suçtur (As.C.K. m.66). Firar ve aynı maddedeki izin tecavüzü suçları, mütemadi bir suç

niteliğindedir ve kendiliğinden birliğine katılma veya yakalanma ile sona erer. Hatta firardan dönmeyen ve askerlik yükümlülüğünü tamamlamayan şahıslar için zamanaşımı süresi hiç başlamamaktadır ve ölene kadar devam etmektedir. Kanun, zorunlu askerlik hizmetinden kaçmayı tamamen engellemek istemiştir. Ancak, zaten suçun mütemadi suç olarak kabul edilmesiyle bu engelleme sağlanmış olup; işlenen suça ayrıca aşırı derecede uzun bir zamanaşımı süresi belirlenmesi ile orantısız bir düzenleme yapılmıştır. Suçun tamamlanma anı, katılma veya yakalanmakla gerçekleştiğinden, bu tarihten itibaren başlaması gereken zamanaşımının, ölçü gözetilmeden bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden sonra başlayacak şekilde düzenlenmesi eşitlik ilkesine aykırıdır.

As.CK.nun 49/A maddesindeki dava zamanaşımı düzenlemesi, uygulamada Askeri Yargıtay tarafından, Askeri Ceza Kanununun aynı maddesinde düzenlenen (66/1-b) ve firara benzer şartlar taşıyan izin tecavüzü suçlarında; -kanunda açıkça 'firar' fiilinin belirtilmesi gerekçesiyle- uygulanmamaktadır. Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre; firara çok benzeyen izin tecavüzü suçunda Türk Ceza Kanunundaki genel zamanaşımı hükümleri uygulanmaktadır. Bu durumda; benzer fiilleri işleyen ve aynı statüde olan asker kişilere eşitlik ilkesine aykırı olarak ölçülü olmayan oranda farklı zamanaşımı süresi ve dolayısıyla farklı ceza yaptırımlarının uygulanması sözkonusu olmaktadır.

İzin tecavüzü suçu, sadece belli bir izin, istirahat ve hava değişimi almak suretiyle birlikten ayrılan askeri şahıslarca işlenmektedir. Ancak, her iki suç failinin amacı; askerlikten ve kıtadan uzak kalmak olup bu suçların düzenlenmesiyle amaçlanan yarar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplindir ve suç aynı statüdeki şahıslarca, benzer şekilde işlenmekte olup, sadece yargı içtihatlarıyla farklı bir suç tipi yaratılmıştır.

Firar ve uygulamada yerleşik adıyla izin tecavüzü suçu aynı kanun maddesinde düzenlenmiş olup; Askeri Yargıtay içtihatlarıyla maddenin 1'inci fıkrası (b) bendi -haklı olarak- zamanaşımı yönünden genel hükümlere tabi tutulmuş, ancak kanunun diğer hükümleri zamanaşımı yönünden 49/A maddesi hükümlerine tabi olduğundan aynı durumda bulunan kişilere farklı kuralların uygulanması sonucuna yol açacak şekilde eşitliğe aykırı bir durum ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; izin tecavüzü eyleminden itibaren -somut olayda- 5 yıl (en fazla 7,5 yıl) geçen bir askeri şahıs genel zamanaşımı hükümlerinden faydalanabilecekken Kanun'un aynı maddesinde düzenlenen benzer fiili işleyen askeri şahıs ise dava konusu olayda olduğu gibi 26 yıldan fazla bir süre ceza tehdidi altında kalacaktır. Bu şahısların farklı bir statü içerisinde olması da söz konusu değildir, sivillerden farklı oldukları, bu nedenle farklı hukuki kurallara tabi olacakları ileri sürülse bile; kişiler aynı şekilde zorunlu veya ihtiyari olarak (profesyonel askerler) askerlik görevini yapmaktadırlar ve eşitlik ilkesinin bunlara aynı şekilde uygulanması gerekir.

Hatta, aynı statüde olan asker kişiler arasında da eşitlik ihlâl edilebilmektedir. Şöyle ki; dava konusu olayda 1968 doğumlu olan sanık hakkında 2003 yılında tamamlanan suç için zamanaşımı süresi suçun temadisinin tamamlanmasından altı yıl sonra başlayacakken, aynı yaştaki başka bir asker şahsın 1988 yılında işlediği firar suçunda zamanaşımı süresi suçun işlenmesinden 11 yıl sonra başlayacak ve sırasıyla, 13,5 yıl ve 18,5 yıl sonra zamanaşımı süreleri tamamlanabilecektir. Bu da, aynı suçu işlemiş olmaları nedeniyle aynı hukuksal durumda olanlar arasında farklı hukukî sonuçlar doğurmak suretiyle eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

C. Kanunilik İlkesine Aykırılık

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde ifadesini bulan makul sürede adil yargılanma hakkı: 'Herkes, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.' şeklinde düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7'nci maddesinde ifadesini bulan suç ve kanuniliği ilkesi: 'Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.' şeklinde düzenlenmiştir.

Davada, sanığın 1968 doğumlu olması nedeniyle 1 Ocak 2009 tarihinde başlayan asli dava zamanaşımı süresinin lehe yasa dikkate alındığında, beş yıl sonra, yani 01 Ocak 2014 tarihinde dolacağı anlaşılmaktadır. Söz konusu süre, en fazla yarı oranında artırılarak 01 Haziran 2016 tarihinde zamanaşımı süresi dolacaktır. Askere alındığı 10 Mayıs 1988 tarihinden itibaren 28 yıl, hakkındaki kamu davasının 2003 yılında açıldığı dikkate alındığında dahi 13 yıl boyunca sanığın hakkındaki isnatlar için ceza davası tehdidi altında kalması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde ifadesini bulan makul sürede adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.

Firar suçu için dava zamanaşımı süresinin başlangıcının tüm askeri mükellefiyetlerin bitmesi şartına tabi tutulması nedeniyle eylemli olarak zamanaşımı süresi uzamaktadır. Dava zamanaşımı süresinin başlangıcına esas alman 1111 sayılı Askerlik Kanununun 2'inci maddesinde öngörülen askerlik çağına ilişkin belirlenen sürenin, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Milli Savunma Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararıyla beş yıla kadar uzatılabileceği veya kısaltılabileceği öngörülmüştür. Bu durumun ise firar suçunun dava zamanaşımının başlangıcı ile süresinin yürütmenin tekeline bırakmak anlamına gelir ki bunun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7'nci maddesinde ve Anayasa'nın 38'inci maddesinde ifadesini bulan suç ve cezaların kanunla konulacağını düzenleyen amir hükmünün ihlali sonucunu doğuracaktır.

Yukarıda üç başlık altında ayrı ayrı açıklanan gerekçelerle, dava konusu kural, Anayasa'nın 2'inci maddesindeki hukuk devleti, 10'uncu maddesindeki kanun önünde eşitlik ve 38'inci maddesindeki suç ve cezaların kanuniliği ilkelerine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırıdır. İptali gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 49/A maddesinde düzenlenen; 'firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.' ibaresinin Anayasanın hukuk devletini düzenleyen 2'nci maddesi, kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10'uncu maddesi ile suç ve ceza esaslarını düzenleyen 38'inci maddesine aykırılığı iddiasıyla ve iptali istemiyle Çorlu 5'nci Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesince Anayasa'nın 152 ve 6216 sayılı Kanunun 40'ıncı maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesine itirazda bulunulmuştur.

İlgili hükmün, yukarıda açıklanan veya 6216 sayılı Kanunun 43'üncü maddesi uyarınca re'sen görülecek gerekçelerle iptaline karar verilmesi arz olunur."