

"...

## **II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

### **I- İDDİA, MÜTALAA VE YARGILAMA AŞAMALARI**

Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Savcılığının 11.07.2011 tarih ve 2010/396-147 esas-karar sayılı iddianamesi ile Manisa İl J.Klğı Terör Olayları Kısım K.lğı odasında bulunan J.Kd.Üçvş. (...) yine aynı odada bulunan Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’a Mayıs ayı görev yolluklarını bu ay sen yapacaksın dediği, Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’un ben daha önce yaptım, sıra kimde ise o yapsın dediği, bunun üzerine J.Kd.Üçvş. (...)’ın (...) yanına gel, seninle konuşacağım diyerek yan odaya geçtiği, Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’da peşinden gittiği, J.Kd.Üçvş. (...)’ın odada bulunanları dışarı çıkardığı,

J.Kd.Üçvş. (...) ile Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...) aralarında konuşurken konuşmanın tartışmaya dönüştüğü ve kavga etmeye başladıkları, gürültüyü duyan diğer personelin cam olan kapı penceresinden kavgayı gördükleri ve içeri girerek tarafları ayırdıkları, J.Kd.Üçvş. (...) hakkında asta müessir fiil, Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...) hakkında amire fiilen taarruz suçlarını işledikleri iddiasıyla sanıklar hakkında Askeri Mahkememizde dava açıldığı, yapılan yargılama sırasında sanık Uzm.J.II.Kad.Çvş. (...) müdafii Av. (...)’ın vermiş olduğu dilekçe ile tanık (...)’nin ifadesinden hareketle Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’un eyleminin teşebbüs halinde kaldığını, müvekkil hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanması ihtimalinin bulunduğunu ancak ASCK’nın 91’inci maddesinin suçun oluşması ile suça teşebbüs edilmesini aynı şekilde cezalandırmaya tabi tutması ve TCK’nın 51, 27 ve 35’inci maddelerinin uygulanamıyor olmasının Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10’uncu maddesine aykırı olması sebebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep etmiş, Askeri Savcılık makamı; ASCK’nın 91/1. madde ve fıkrasının 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' cümlesinin Anayasanın 2 ve 10’uncu maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle Anayasanın 152’nci maddesi uyarınca Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi Başkanlığına başvurulmasına karar verilmesi mütalaasında bulunmuştur.

### **II- SORGU VE SAVUNMA:**

Sanık Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...) sorgu ve savunmasında: '8.6.2011 günü saat 08:30 sıralarında terör olayları kısım odasında çalışırken odaya Üçvş. (...) geldi, su doldururken bana bakmadan bu ay görev yolluklarını hallet dedi, bende görev yollukları sıraya konuldu, benim sıram geçti, sıra başka unsurda dedim, bunun üzerine oturduğu koltuktan sinirli bir şekilde kalkarak gel buraya dedi ve yan taraftaki odaya yöneldi, bende peşinden odaya girdim, kapıyı kapattı ve içerde bulunan koltuklara karşılıklı oturduk, bana neden yollukları yapmadığımı sordu, ben yollukları yaptığımı, benden sonra BÖF unsurunun sırası olduğunu ancak onların yapmadığını, onların yerine AKOM unsurunun yaptığını ve sıranın bende olmadığını söyledim, O’da sıranın kimde olduğunu biliyorum, amına koyayım dedi, daha sonra geçen ayki yoklukları (...) Uzman yapmadı mı, (...) Başçavuş emir verdi, O’da yaptı dedi, bende komutanım neden bana baskı yapıyorsunuz dedim, sağ elimin işaret parmağı ile bir işareti yaparak bir kez olsun beni destekleyin, benim arkamda durun dedim, indir ulan o elini dedi, sana emir veriyorum

yapacaksın amına koyayım diye küfür etti, kendisine küfür etmemesini söyledim, senin de yaptığım işin de amına koyayım dedi, tekrar küfür etmemesi yönünde ikaz ettim, bunun üzerine ayağa kalkarak üzerime doğru geldi, anasını avradını sinkaf ettiğim diyerek sol şakağıma yumruk attı, kendimi korumak için göğsünden itekledim, küfür ederek yeniden üzerime geldi ve sol omzuma ikinci bir yumruk aldım, tekrar göğsünden itekledim, kendimi korumaya çalışırken odaya sesi duyan personel girdi, beni birkaç metre dışarı çıkardılar, koridorda bulunduğum esnada ne oldu diye bir ses duydum, komutanım anama avradıma küfür ediyor, ben anamı avradımı yerde bulmadım şeklinde söz sarf ettim, bunun üzerine Üçvş. (...) anasını avradını sinkaf ettiğim diyerek kapının bulunduğu yerden üzerime atlamaya çalıştı, orada bulunan personel engel oldu, onu ve beni farklı odalara götürdüler, ben odada bulunduğumuz esnada kendisine vurmadım, küfürlü söz sarf etmedim' şeklinde beyanda bulunmuştur.

### III- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME:

Manisa İl J.K.lığı Terör Olayları Kısım K.lığı odasında bulunan J.Kd.Üçvş. (...)’in yine aynı odada bulunan Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’a Mayıs ayı görev yolluklarını bu ay sen yapacaksın dediği, Uzm.J.II.Kad.Çvş. (...)’un ben daha önce yaptım, sıra kimde ise o yapsın dediği, bunun üzerine J.Kd.Üçvş. (...)’in (...) yanına gel, seninle konuşacağım diyerek yan odaya geçtiği, Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’un da peşinden gittiği, J.Kd.Üçvş. (...)’in odada bulunanları dışarı çıkardığı, J.Kd.Üçvş. (...) ile Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...) aralarında konuşurken konuşmanın tartışmaya dönüştüğü ve kavga etmeye başladıkları, gürültüyü duyan diğer personelin cam olan kapı penceresinden kavgayı gördükleri ve içeri girerek tarafları ayırdıkları, J.Kd.Üçvş. (...) hakkında asta müessir fiil, Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...) hakkında amire fiilen taarruz suçlarını işledikleri iddiasıyla sanıklar hakkında Askeri Mahkememizde dava açıldığı, yapılan yargılama sırasında sanık Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...) müdafii Av. (...)’ın vermiş olduğu dilekçe ile tanık (...)’nin ifadesinden hareketle Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’un eyleminin teşebbüs halinde kaldığını, müvekkil hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanması ihtimalinin bulunduğunu ancak ASCK’nın 91’inci maddesinin suçun oluşması ile suça teşebbüs edilmesini aynı şekilde cezalandırmaya tabi tutması ve TCK’nın 51, 27 ve 35’inci maddelerinin uygulanamıyor olmasının Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10’uncu maddesine aykırı olması sebebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep etmiş, Askeri Savcılık makamı; ASCK’nın 91/1. madde ve fıkrasının 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' cümlesinin Anayasanın 2 ve 10’uncu maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle Anayasanın 152’nci maddesi uyarınca Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi Başkanlığına başvurulmasına karar verilmesi mütalaasında bulunmuştur.

Sanığa isnat edilen amire fiilen taarruz suçunun ASCK’nın 91/1-2 madde ve fıkrasında yer aldığı ve 'amire veya mafevke fiilen taarruz eden veya fiilen taarruza teşebbüs eden üç seneden, az vahim hallerde altı aydan aşağı olmamak üzere hapsolunur. Taarruz veya taarruza teşebbüs silahlı olarak veya bir hizmet esnasında veya toplu asker karşısında veya silah ve tehlikeli bir alet ile yapılmış ise beş seneden, az vahim hallerde bir seneden aşağı olmamak üzere suçluya hapis cezası verilir' hükmüne amir olduğu görülmüştür.

Yargılama sürecinde ifadesi tespit edilen tanıklardan J.Kd.Üçvş. (...)’nin ifadelerinden hareketle, sanık Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’un eyleminin amire fiilen taarruza teşebbüs suçunu oluşturma ihtimaline binaen sanık Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’un CMK’nın 226’ncı maddesi gereğince ek sorgu ve savunması tespit edilmiştir.

TCK’nın 35’inci maddesinde düzenlenen suça teşebbüs başlıklı madde 'kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan

nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 13 yıldan 20 yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir' hükmüne amirdir.

ASK'nın 91'nci maddesi suçun tamamlanması ile teşebbüs halinde kalmasını aynı ceza ile cezalandırmaktadır. Oysa TCK'nın 35'inci maddesinde yer alan düzenlemeye göre TCK'daki benzer eylemlerde, teşebbüs halinde kalan suç nedeniyle cezada indirim yapılmaktadır.

Anayasanın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin adalet anlayışı içinde demokratik, sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş, Anayasanın 10'uncu maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemiştir. TCK'daki benzer eylemlere nazaran suçun tamamlanmış hali ile teşebbüs haline aynı cezayı öngören, failerin eylemlerinin nitelik itibarı ile farklı olmasına rağmen aynı şekilde cezalandırılmalarını öngören ASCK'nın 91' inci maddesi Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10'uncu maddesine ve Türkiye Cumhuriyeti'nin adalet anlayışı içinde demokratik, sosyal bir hukuk Devleti olduğunu düzenleyen 2'nci maddesine aykırıdır. Bu nedenle ASCK'nın 91/1. madde ve fıkrasında yer alan 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' ifadesinin iptali maksadıyla Anayasanın 152'nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermek gerekmiştir.

Ayrıca suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen Anayasanın 38'inci maddesi 'Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.' şeklinde bir düzenleme ile kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini getirmiştir. Buna göre; Askeri Yargıtay'ın genel hükümlerden olan 'tekerrür'ün ASCK yönünden zımnen ilga olduğuna ilişkin uygulamaları incelendiğinde, yine genel hükümlerden olan ASCK'da düzenlenen teşebbüs düzenlemelerinin de zımnen ilga olduğunu, buna göre Mahkememizde uygulanma olanağı bulunan ASCK'nın 91/1. madde ve fıkrasında yer alan 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' ifadesinin yürürlükte olmadığını ve sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi halinde teşebbüs indiriminden yararlandırılması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak;

Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 08.05.1959 tarih ve 1958/1861 esas, 1959/41 karar sayılı içtihatları birleştirme kararında ASCK'nın 91'inci maddesindeki teşebbüsün, mülga 765 sayılı TCK'nın 61 ve 62'nci maddelerindeki hukuki manada olmayıp fiili manada olduğu belirtilmektedir. Askeri Yargıtay içtihatları Birleştirme Kurulunun 06.06.2011 tarih ve 2011/4-1 E.K. sayılı kararı ile de 08.05.1959 tarih ve 1958/1861 esas, 1959/41 karar sayılı içtihatları birleştirme kararının varlığını koruduğu, kaldırılmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir.

Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 06.06.2011 tarih ve 2011/4-1 E.K. sayılı kararında; ASCK'da düzenlenen 'tekerrür' ve 'teşebbüs' hükümlerinin aynı mahiyette olmadıkları, teşebbüs hükümlerinin atıf yolu ile TCK'ya bağlandığı, tekerrür hükümlerinin mülga 765 sayılı ve 5237 sayılı TCK'larından farklı mahiyette olduğu, 5237 sayılı TCK'da da teşebbüs suçlarının bulunduğu, 'amir ve üste fiilen taarruz edenlerin cezaları' başlıklı ASCK'nın 91'inci maddesinde kanun koyucunun aynen TCK'da olduğu gibi bu suça teşebbüsü de tamamlanmış suç gibi kabul ettiği, askeri disiplin ile amir ve üstlerin otoritesini gözeterek bunlara karşı gerçekleştirilen fiili taarruzlarda, eylemin teşebbüs aşamasında kalmasında dahi, aynı menfaatin ihlal edildiğini kabul ederek, failerin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını

öngördüğü, burada tamamlanması öne alınmış suç bulunduğu, amire ve üste fiilen taarruz veya fiilen taarruza teşebbüs suçlarının aynı yaptırım ile cezalandırılmasında TCK'nın 5'inci maddesine aykırılıktan değil, olsa olsa farklılıktan söz etmek gerektiği, bu nedenlerle ASCK'nın 91'inci maddesindeki teşebbüs suçlarının bağımsız birer suç niteliğinde oldukları teşebbüs terimlerinin suçun maddi unsuru haline getirilmiş olduğu belirtilmiş ise de;

5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesinin emredici hükmüyle, ceza kanunları ile ceza içeren diğer kanunlardaki Türk Ceza Kanunu hükümlerine aykırı olan düzenlemelerin uygulanmasına, 5252 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinde tanınan sürenin dolduğu 01.01.2009 tarihinden itibaren son verilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesinin gerekçesinde: 'Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin, teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu Kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, Ceza Kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet Tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir.' denilmiştir. Askeri Yargıtay uygulamasında da, ASCK'daki tekerrür hükümlerinin 'zımnen' ilga olduğu kabul edilmeye başlanmış ve zaman içinde istikrar kazanmıştır.

Bu kapsamda, teşebbüs suçlarının varlığını koruyup korumadığının anlaşılabilmesi için, öncelikle ASCK sisteminde tekerrür kurumunun devam edip etmediğini incelemek gerekmektedir.

ASCK'da; firar, izin tecavüzü, yabancı memlekete firar, vazife ve memuriyete gitmeme, ticaretle uğraşmak ve kaçaklara yardım etmek gibi suçlardan dolayı mükerrirlik halinde özel suç tipleri ihdas edilmiş, böylece 'mükerrirlik' suçun maddi unsuru haline getirilmiştir. Kanun koyucu ASCK'da yazılı bazı suçların tekraren işlenmesi halinde; askeri disiplinin tesisi, bu suçları ilk kez işleyenler ile birden çok işleyenler arasındaki ceza adaletinin sağlanması ve bu suçlarla daha etkin bir mücadelenin temini için bu yola başvurmuştur. 18.06.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 4895 sayılı Kanunun 11'inci maddesi ile 477 sayılı Kanunun 50'inci maddesinde değişikliğe gidilerek 'kısa süreli kaçma ve izin süresini geçirme' suçlarında da bu suçların mükerrer olarak işlenmesi halinde daha ağır cezalandırılması yoluna gidilmiş; genel gerekçe ve madde gerekçesinde de 'kısa süreli kaçma ve izin süresini geçirme' suçlarını mükerrer işleyen personele verilecek ceza miktarlarında 1632 sayılı ASCK'nın 66'ncı maddesinde mevcut mükerrer firar suçuna paralel olarak artırma gidilerek, mükerrer suç işleyen personel açısından bu cezaların caydırıcılık unsuruna işlerlik kazandırılmasının amaçlandığı, keza anılan suçları ilk kez işleyenler ile birden çok işleyenlerin aynı maddeye göre cezalandırılmalarının ceza adaletine uygun olmadığı, mükerrer suç işleyenlere uygulanacak cezai müeyyidenin ağırlaştırılmasının öngörüldüğü belirtilmiştir. Kanun koyucunun aksi yönde açık veya zımni bir iradesi olduğunun kabulü bu açıklamalar ışığında mümkün değildir. Bu nedenle ASCK'nın özel hükümlerinde suçun unsuru haline getirilen tekerrür hükümlerinin, kanun koyucu tarafından açık ve kesin bir şekilde kaldırılmadıkça, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir şekilde zımnen ilga olduğunun

kabul etmek mümkün değildir. Zira ASCK'da ve TCK'da düzenlenen tekerrür kurumlarının aynı anda yürürlükte olduğunun Askeri Yargıtay'ca da kabul edildiği bir tarihte; Anayasa Mahkemesi'nin 29.01.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 27.11.2008 tarih ve 2007/58 esas, 2008/178 karar sayılı kararında; Askeri Yargıtay kabulünün aksine, ASCK'da düzenlenen tekerrür kurumunun, 5237 sayılı TCK'da kişi hakkında hüküm kurulurken ve hükmolunan hapis cezasının infazı sırasında dikkate alınacak bir neden olarak düzenlenen tekerrür kurumundan sadece tekerrürün özel olması bakımından değil, aynı zamanda tekerrürün yasal bir ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmesi açısından da farklı bir nitelik taşıdığı; bu durumun ASCK'nda düzenlenen tekerrür kurumunda, TCK'dan farklı olarak, failin kişisel durumu yanında, askerlik hizmetinin gereklerinin dikkate alınmasından ve asker kişiler ile sivil kişilerin farklı hukuksal konumda bulunmalarından kaynaklandığı, eşitlik ilkesinin zedelenmediği dahi belirtilmiştir.

Ancak Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 26.02.2009 tarih ve 2009/32-22 E.K.sayılı, 12.02.2009 tarih ve 2009/20-18 E.K.sayılı, 07.05.2009 tarih ve 2009/53-58 E.K.sayılı, 07.05.2009 tarih ve 2009/55-59 E.K.sayılı, 07.05.2009 tarih ve 2009/62-62 E.K.sayılı vb. kararlarında '1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 'Tekerrür' konusunu düzenleyen 42'nci maddesinin, 5252 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinde tanınan sürenin dolduğu 31.12.2008 tarihini takip eden 01.01.2009 tarihinden itibaren, 5237 sayılı TC.K'nın 5'inci maddesinin hiçbir tereddüte ve tartışmaya yer vermeyecek kadar açık emredici hükmü karşısında, uygulanamaz hâle geldiği, bir bakıma zımnen ilga edildiği, bun bağlı olarak, Askeri Ceza Kanununun firar ve izin tecavüzü suçlarını düzenleyen 66'ncı maddesinin, suçlunun 'Mükerrir' olması hâlinde hapis cezasının iki yıldan az olamayacağını belirten 2'nci fıkrasının (c) bendinin de zımnen ilga edilerek uygulanmasına son verildiği' belirtilmiştir. Bu durum Askeri Yargıtay uygulamasında istikrar kazanmıştır. Askeri Yargıtay tarafından ASCK'da düzenlenen tekerrür hükümlerinin zımnen ilga olduğuna karar verildiğinden; ASCK'da düzenleme bulan ve mükerrirlik gibi benzer şekilde suçun unsuru haline getirilmiş olan teşebbüs hükümlerinin de tekrar ele alınması gerekmektedir.

Bu açıdan tekerrür ve teşebbüs hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, her iki düzenleme de TCK'nın ve ASCK'nın genel hükümlerinde düzenlenmiş olup, ayrıca ASCK'da belirli suç tiplerinde, suçun maddi unsuru haline getirilerek başlı başına suç olarak kabul edilmişlerdir. Hatta 06.06.2011 tarih ve 2011/4-1 E.K. sayılı İBK. kararında da 'teşebbüs' hususunda belirtildiği ve yukarıda madde gerekçelerinde açıklandığı gibi kanun koyucu bilinçli bir şekilde askeri disiplinin teminini gözeterek ASCK'da 'tekerrür' hükümlerini de, TCK'dan farklı bir şekilde düzenlemiş, yine askeri disiplinin teminini gözeterek bazı özel suç tiplerinin unsuru haline getirmiştir. Özel ceza hükümlerinde, genel hükümlerin aksine, ceza hukukunda uygulanacak hukuki durumların açıklanması söz konusu değildir. Yukarıda belirtilen Daireler Kurulu kararlarında 'tekerrürü düzenleyen ASCK'nın 42'nci maddesinin ve mükerrir firar suçunun zımnen ilga edildiği kabul edilmekte olup, yine genel hükümlerden olan 'teşebbüs' konusunda da ASCK'da 31.12.2008 tarihine kadar herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu bağlamda ASCK'nın 91'inci maddesindeki teşebbüsü fiili manada kabul etmenin ve ASCK'da düzenlenen teşebbüs hükümlerinin, tekerrürden farklı olarak atıf yolu ile TCK'ya bağlanmış olmasının da bir önemi ve özelliği bulunmamaktadır. Şöyle ki; örneğin mükerrirlik ASCK'nın 66/2-c madde ve bendinde 'üste fiilen taarruza' benzer bir şekilde fiili bir durum olarak düzenlenmiş, suçun unsuru haline getirilmiştir. Yine ASCK'nın 66/2. madde ve fıkrasının diğer bentlerine bakıldığında hizmet yaparken kaçmak, silah vb. ordu hizmetine tahsis edilen herhangi bir şeyi beraberinde götürmek gibi fiili durumlardan sonra üçüncü bir bent olarak yani başlı başına bir suç olarak suçlunun mükerrir olması düzenlenmiştir. Ceza normları eylemleri cezalandırır, her bir özel ceza normu fiili bir duruma ilişkindir; suç olarak nitelendirilen eylem (fiili durum) açıklanarak, bu eylemin cezalandırılması amaçlanır. Elbetteki bu fiili durumların

hukuki açıklamaları da olacaktır. Bu kapsamda özel ceza hükümlerini hukuki veya fiili durum ayırımına tutmak, bir yandan bir suçun varlığını kabul etmek, diğer yandan başka bir suçun hukuki düzenleme olduğunu, zımnen ilga olduğunu kabul etmek gibi çelişkili ve kamu vicdanını yaralayan sonuçları da beraberinde getirmektedir. Keza TCK'da 'teşebbüs suçlarının' düzenlenmiş olması, 'tekerrür suçlarının' düzenlenmemiş olması, sadece ASCK'da 'tekerrür suçlarının' düzenlenmiş olması, böyle bir suç tipinin olmadığına karine değildir. Keza TCK'daki teşebbüs suçlarının da Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır. Her nasıl İBK kararında 'teşebbüs' suçun maddi unsuru, fiili bir durum olarak görülmüş ve halen yürürlükte olduğu belirtilmiş ise; aynı şekilde firar, izin tecavüzü, vazife ve memuriyete gitmeme, yabancı memlekete firar, kaçaklara yardım etmek ve ticaretle uğraşmak gibi suçlardaki mükerrirliğinde suçun maddi unsuru haline getirildiği, fiili bir durum olduğu yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi'nin 27.11.2008 tarih ve 2007/58 esas, 2008/178 karar sayılı kararından, 4895 sayılı Kanunun genel ve madde gerekçesinden ve hatta 06.06.2011 tarih ve 2011/4-1 E.K. sayılı içtihatları Birleştirme Kurulu kararından da anlaşılacağı üzere izahtan varestedir.

Özel ceza yasaları eylemleri cezalandırdığından, İBK kararında da teşebbüs terimlerinin suçun maddi unsuru haline getirildiği halen yürürlükte olduğu belirtildiğinden, mükerrer firar/izin tecavüzü gibi mükerrirliğin maddi unsur haline getirildiği suçların da halen yürürlükte olduğu kabul edilmedir. Kanun koyucunun zımni bir iradesinin olduğunun Mahkemelerce kabul edilerek, genel hükümlere ilişkin bir düzenleme ile bir özel ceza yasasının özel hükümlere ilişkin maddesinin zımnen ilga edildiğinin kabul edilmesi gibi, hukuk devleti ilkesine, kanun yapma tekniğine, kuvvetler ayrılığı ilkesine uymayan bir durumun kabul edilmesi mümkün değildir.

Ancak; uygulamada istikrar kazanan Askeri Yargıtay kararlarına göre; ASCK'daki mükerrirliğe ilişkin suçların ilga olduğunun kabul edilmesi karşısında, 'üste fiilen taarruza teşebbüs'ü başlı başına bir suç kabul edip, halen yürürlükte olduğunu, bu suç yönünden 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin genel hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmek hukukun genel ilkelerine, uygulama birliğine ve hakkaniyet kurallarına aykırıdır. Katılınmamakla birlikte istikrar kazanan mükerrirliğe ilişkin Askeri Yargıtay kararlarına ve bu kararlarda belirtilen yasal düzenlemelere ve kabule göre de; hiç bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Aksi kabul halinde de bir özel ceza yasasının, suçun unsuru haline getirilmiş, genel hükümlere ilişkin bir kavram içeren bir özel hükmünün zımnen ilga olduğunu ve benzer şekildeki, konuluş amaç ve kapsamı bakımından hiç bir fark bulunmayan diğer bir özel hükmünün varlığını koruduğunu ve 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine istisna oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir ki; bu hususta uygulamada ve kamu vicdanında çelişki yaratmaya devam edecektir.

Sonuç itibarı ile kanun koyucunun açık ve net bir iradesi olmamasına rağmen yorum yolu ile mükerrirliğe ilişkin hükümlerin zımnen ilga olduğuna ilişkin Askeri Yargıtay'ın istikrar kazanan tekerrür konusundaki içtihatlarına rağmen, Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 06.06.2011 tarih ve 2011/4-1 E.K. sayılı kararı ile 08.05.1959 tarih ve 1958/1861 esas, 1959/41 karar sayılı içtihatları birleştirme kararının varlığını koruduğu, kaldırılmasına gerek bulunmadığı kararlaştırıldığından ve 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanununun 32'nci maddesi gereği içtihatları birleştirme kararlarının benzer olaylardaki bağlayıcılığı karşısında, yeni bir kanuni düzenleme yapılmadıkça uygulama birliğinin ve ceza adaletinin sağlanabilmesi bakımından, ASCK'da özel bir suç tipi olarak düzenlenen ve suçun tamamlanmış hali ile aynı şekilde müeyyidelendirilen teşebbüs hükümlerinin, Askeri Yargıtay'ın tekerrüre ilişkin kararları göz önüne alınarak, zımnen ilga olduğunun kabulü gerekmekte olup; buna göre de, dava konusu olayda uygulanma ihtimali bulunan ve ASCK'nın 91/1. madde ve fıkrasında yer

alan 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' ifadesinin Anayasanın 38'inci maddesindeki kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, ASCK'nın 91/1. madde ve fıkrasında yer alan 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' ifadesinin iptali maksadıyla Anayasanın 152'nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermek gerekmektedir.

#### IV- SONUÇ VE HÜKÜM:

1. Manisa İl J.K.lığına olay tarihini içiren ve olayın gerçekleştiği koridorun görüntüsünü kaydeden kamera görüntülerin gönderilmesine ilişkin yazılan talimatın tekidine,

2. Amire fiilen taarruz suçundan sanık/katılan Uzm.J.III.Kad.Çvş. (...)’un ASCK’nın 91/1. madde ve fıkrası gereğince cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında sanığın eyleminin amire fiilen taarruza teşebbüs suçunu oluşturma ihtimaline binaen yapılan değerlendirmede, ASCK’nın 91/1. madde ve fıkrasında yer alan 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' ifadesinin Anayasanın 2, 10, 38'inci maddelerine aykırı olması nedeniyle ASCK’nın 91/1. madde ve fıkrasının 'veya fiilen taarruza teşebbüs eden' ifadesinin iptali maksadıyla Anayasanın 152'nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

3. Sanık (...) müdafinin emre itaatsizlikte ısrar suçu bakımından (...) hakkında suç duyurusunda bulunulması talebi ile ilgili olarak müsnet suçun unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşıldığından, söz konusu talebin reddine,

4. Duruşmanın 27 Nisan 2012 günü saat 11:00'a bırakılmasına oybirliği ile karar verildi."