

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- E.2012/143 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Savcılığının 01.10.2012 tarih ve 2012/1-232 esas-karar sayılı iddianamesi ile sanığın 12.11.2008-26.03.2009 tarihleri arasında yurt dışına firar suçunu işlediğinden bahisle, ASCK'nın 67/1-a maddesi gereğince cezalandırılması iddiasıyla kamu davası açılmış olup,

Yapılan yargılama sırasında sanık resen emekli Hv.Kont.Tğm. 'müdafii Av. ' 31.10.2012 tarihli duruşmada Anayasa Mahkemesinin 2011/111 esas, 2012/56 karar sayılı dosyada tesis etmiş olduğu kararın 6 Ekim 2012 tarihinde Resmi Gazetede yayınlandığını, bu kararda ASCK'nın 49/A madde ve fıkrasında yer alan 'er ve erbaşlar için firar suçu ile ilgili olarak askeri mükellefiyetlerin sona erdiği andan itibaren zaman aşımı başlar' hükmünü iptal ettiğini ancak 'taahhüdün bitmesi' ifadesinin yürürlüğü hususunda mahkemenin yetkisiz olduğunu belirterek karar tesis etmediğini, TCK'da en ağır suçlarda bile zaman aşımı olarak 20 sene öngörmekte olduğunu, fakat yargılama konusu suçta müvekkilinin ömür boyu ceza tehdidi altında kaldığını hukuk devleti ilkesine aykırı gördüğü bu durumdan dolayı Mahkememizin 7 Eylül 1999 tarihinde resen emekliye sevk edilen müvekkilin 765 sayılı TCK'ya göre azami 7,5 sene olan zaman aşımı süresi göz önünde bulundurularak davanın düşmesine karar vermesini veya bu hususun iptali konusunda Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep etmiş, Askeri Savcılık makamı, takdirin Mahkememize ait olduğunu mütalaa etmiştir.

II- SORGU VE SAVUNMA:

Sanık Resen Emekli Hv.Kont.Tğm. " sorgu ve savunmasında: 'Haklarımı anladım, ben 1996 yılında teğmen olarak Hava Harp Okulundan mezun oldum, 24.6.1998 tarihinde 12 gün süreyle izne ayrıldım, izin sürem içerisinde 3.7.1998 tarihinde İstanbul Atatürk Hava Limanından Güney Afrika Cumhuriyetine gittim, o tarihten Türkiye'ye döndüğüm 27.9.2012 tarihine kadar Güney Afrika Cumhuriyetinde kaldım, 27.9.2012 tarihinde Atatürk Hava Limanından Türkiye'ye giriş yaptım, yurtdışında iken Türkiye'deki mesleki safahatım hakkında bir bilgi alamadım, bu nedenle birliğime katılmak amacıyla Türkiye'ye dönmeye karar verdim, İstanbul Atatürk Hava Limanında pasaport kontrolü esnasında hakkımda yakalama emri olduğu anlaşıldı, bunun üzerine yakalanarak Kz.Dz.Sh.K.lığı As.Savcılığına çıkarıldım, burada ifademin tespitine müteakip serbest bırakıldım' şeklinde beyanda bulunmuştur.

Sanık müdafii Av" 'Müvekkilin savunmalarına katılıyoruz, kendisinin suç işleme kastı yoktur, kendisi birliğine teslim olmak ve mevcut durumu çözmek amacıyla Türkiye'ye dönmüştür, gene kendisi irticalen mahkeme huzuruna çıkmak için İzmir'de Askeri Savcılığa gelmiştir, müvekkil hakkında öncelikle beraat kararı verilmesini, mahkeme aksi kanaatte ise seçenek yaptırımlardan herhangi birinin uygulanmasını talep ediyoruz' ve 'Anayasa Mahkemesinin 2011/111 esas, 2012/56 karar sayılı dosyada tesis etmiş olduğu karar 6 Ekim 2012 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır, bu kararda ASCK'nın 49/A madde ve fıkrasında yer alan 'er ve erbaşlar için firar suçu ile ilgili olarak askeri mükellefiyetlerin sona erdiği andan itibaren zaman aşımı başlar' hükmünü iptal etmiş ancak 'taahhüdün bitmesi' ifadesinin yürürlüğü hususunda mahkemenin yetkisiz olduğunu belirterek karar tesis etmemiştir. TCK'da en ağır suçlardan bile zaman aşımı olarak 20 sene öngörülmektedir, fakat yargılama konusu suçta müvekkil ömür boyu ceza tehdidi altında kalmaktadır, hukuk devleti ilkesine aykırı

gördüğümüz bu durumdan dolayı mahkemenin 7 Eylül 1999 tarihinde resen emekliye sevk edilen müvekkilin 765 sayılı TCK'ya göre azami 7,5 sene olan zaman aşımı süresi göz önünde bulundurularak davanın düşmesine karar vermesini veya bu hususun iptali konusunda Anayasa Mahkemesine başvurulmasını, mahkeme heyeti aksi kanaatte ise müvekkil hakkında CMK'nın 231'inci maddesi hükümlerinin uygulanmasını talep ediyoruz' şeklinde beyanlarda bulunmuştur.

III- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME :

Olay tarihinde İzmir-Çiğli 2.Ana Jet Üs K.lığı emrinde görevli olan sanık resen emekli Hv.Kont.Tgm. 'ın yıllık iznini kullanmak üzere 24.06.1998 tarihinde birliğinden ayrıldığı, müteakiben herhangi bir yurtdışı izni olmamasına rağmen 03.07.1998 tarihinde İstanbul Atatürk Havalimanından çıkış yaparak Güney Afrika'ya gittiği ve yurt dışına firar suçunu işlemeye başladığı, sanığın bu durumu devam ederken MSB'nin 07.09.1999 gün ve (99-51022) sayılı kararı ile resen emekliliğe sevk edilerek Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ilişkisinin kesildiği ve asker kişi sıfatının sona ermesi ile suçun temadisinin de sona erdiği, sanığın bilahare 27.09.2012 tarihinde İstanbul Atatürk Havalimanından Türkiye'ye giriş yaparken Pasaport Kontrol Büro Amirliği ekiplerince hakkında Mahkememizce çıkartılan yakalama emri gereğince yakalandığı ve Kz.Dz.Sh.K.lığı Askeri Savcılığına sevk edildiği, Hv.Eğt.K.lığı Askeri Savcılığının talimatı doğrultusunda sanığın ifadesinin tespitine müteakip serbest bırakıldığı anlaşılmış ve sanık hakkında yurt dışına firar suçunu işleği iddiasıyla kamu davası açılmış olup, yapılan yargılama sırasında sanık resen emekli Hv.Kont.Tgm. ' müdafii Av. ' 31.10.2012 tarihli duruşmada Anayasa Mahkemesinin 2011/111 esas, 2012/56 karar sayılı dosyada tesis etmiş olduğu kararın 6 Ekim 2012 tarihinde Resmi Gazetede yayınlandığını, bu kararda ASCK'nın 49/A madde ve fıkrasında yer alan 'er ve erbaşlar için firar suçu ile ilgili olarak askeri mükellefiyetlerin sona erdiği andan itibaren zaman aşımı başlar' hükmünü iptal ettiğini ancak 'taahhüdün bitmesi' ifadesinin yürürlüğü hususunda mahkemenin yetkisiz olduğunu belirterek karar tesis etmediğini, TCK'da en ağır suçlarda bile zaman aşımı olarak 20 sene öngörülmekte olduğunu, fakat yargılama konusu suçta müvekkilin ömür boyu ceza tehdidi altında kaldığını, hukuk devleti ilkesine aykırı gördüğü bu durumdan dolayı Mahkememizin 7 Eylül 1999 tarihinde resen emekliye sevk edilen müvekkilin 765 sayılı TCK'ya göre azami 7,5 sene olan zaman aşımı süresi göz önünde bulundurularak davanın düşmesine karar vermesini veya bu hususun iptali konusunda Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep etmiş, Askeri Savcılık makamı, takdirin Mahkememize ait olduğunu mütalaa etmiştir.

Sanığın eylemine uyan münnet yurt dışına firar (yabancı memlekete firar) suçunun unsur ve cezasını düzenleyen ASCK'nın 67/1-a maddesinde öngörülen cezanın üst sınırı beş 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, adli makamlar huzurunda sanığın sorguya çekilmesi veya Cumhuriyet Savcısı tarafından mahkemeye yazılan iddianame ile kesilmekte ve bu halde 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 halinde kalan suçlarda son fiilin yapıldığı tarihten, mütemadi ve müteselsil suçlarda temadi ve teselsülün bittiği tarihten başlamaktadır. Kanun

koyucu, ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasında, bazı askeri suçlar (yoklama kaçağı, saklı ve firar) bakımından dava zamanaşımının başlangıcı konusunda 'bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesini' esas almak suretiyle, söz konusu askeri 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'uncu maddesinin A fıkrasındaki düzenleme istisna tutulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 11.04.2012 tarih ve 2011/111 esas, 2012/56 karar sayılı kararı ile '... fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin... bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.' ibaresinin, 'firar suçu' yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiş, '... veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün...' ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmiştir. Dolayısıyla ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasında belirtilen bizzat taahhüt altına girmiş olan faillerin firar suçları bakımından dava zamanaşımının başlangıcı suçun temadisinin bittiği tarihten değil, faillerin bizzat girmiş olduğu taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlayacaktır.

Maddede yer alan; 'Bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi' teriminin 1111 ve 1076 sayılı kanunlar kapsamında devletin kamu gücüne dayanarak askerlik yükümü yüklediği mükellefler için söz konusu olduğu, bunun askerlik çağı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, askerlik çağının (muvazzaflık ve yedeklik dönemlerinin) bitiminde dava zamanaşımı süresinin başlayacağı (Rıfat TAŞKIN, Askeri Ceza Kanunu (Şerh), 8'inci Basım, 1946, s. 95; Sahir ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7'nci Bası, İstanbul 1983, s.287, Ali SEÇEN, Askeri Ceza Kanununda Müruru Zamana Dair Hususi Hükümler Üzerinde Bir İnceleme, Askeri Adalet Dergisi, Yıl:8, Sayı:32, s.30) ve Hulusi ÖZBAKAN, Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1990, s.90) kabul edilmektedir.

Bizzat girmiş olunan taahhütlerin (Bir şey yapmayı üstüne alma, üstlenme) bitmesi terimi ise, Türk Silahlı Kuvvetlerinde temel askerlik hizmeti dışında uygulanması gereken durumu ifade etmektedir.

Böylece Askeri Ceza Kanununda, zorunlu veya sözleşmeye bağlı hizmet arzına dayalı askerlik hizmet tanımlaması yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

Suç tarihlerinde yürürlükte bulunan 926 sayılı TSK Personel Kanununun 112'nci maddesinde, muvazzaflık subay ve astsubayların nasbedildikleri tarihten itibaren 15 yıl hizmet etmedikçe istifa edemeyecekleri düzenlemesine yer verilerek idareye karşı hizmet arzı taahhüdü altına girdikleri, ayrıca aynı Kanunun 113'üncü maddesinde hizmet arzı taahhüdü süresinin yurt içinde ve dışında öğrenim, görme, kurs ve staj yapma ile yurt dışına sürekli görevde bulunmaya bağlı olarak uzadığı görülmektedir.

Bu nedenle, subay ve astsubaylarda, bir 'Taahhüt' altında hizmete nasbedildikleri için ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasında yazılı olan terimlerden sadece 'Bizzat girilen taahhüt' kapsamına dahildirler (Rıfat TAŞKIN, Askeri Ceza Kanunu (Şerh), 8'inci Basım, 1946, s.94,95).

Disiplinsizlik ve ahlaki durumları sebebiyle sicil yolu ile veya mahkeme kararıyla subay/astsubaylıktan çıkarılanlar er kaynağına alınmakta, Mahkeme kararı olmaksızın resen

ilişği kesilen bayan subay ve astsubaylar 41 yaşına kadar personel seferberlik kaynağına alınmakta (Dizi 131,133), böylece idari anlamda statü değişikliği yapılmaktadır.

Askeri Yargıtay uygulamasında da istikrar kazandığı üzere, zamanaşımı süreleri kanun koyucu tarafından daha önce objektif olarak düzenlenen kriterlere ve suçun işlenmeye başlandığı andaki durum ve statüye göre belirlenmesi gereklidir. Suçun tamamlanmasından sonra statünün değişmesi, zamanaşımı kurallarının da değişmesini ve farklı uygulanmasını gerektirmemektedir.

Sanığın sicil yolu ile idarece Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin kesilmesi ve personel seferberlik kaynağına alınması İdare Hukuku çerçevesinde özünde haklı ve doğru bir işlem olsa bile zamanaşımı kuralları açısından objektif bir ilke ve dayanak olarak görülmesi mümkün değildir.

Suçun temadi bitim tarihi de dikkate alındığında, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu önceki kanuna göre lehe hükümler içermediğinden, aynı Kanun'un 7/2'nci maddesine istinaden 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerinin sanık hakkında da uygulanması gerektiği açıktır. (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 24.02.1994 tarih ve 1994/18-18 E.K. sayılı; Askeri Yargıtay 3.Dairesinin 14.02.2012 tarih ve 2012/211-220 E.K.sayılı, Askeri Yargıtay 1.Dairesinin 21.03.2007 tarih ve 2007/493-489 E.K.sayılı vb. ilamları bu yöndedir.)

Yapılan bu açıklamalar kapsamında; 31.08.1974 doğumlu olan ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden 07.09.1999 tarihinde resen emekli edilen sanığın, 1996 nasıplı olduğu dikkate alındığında, suç tarihi itibarı ile TSK Personel Kanununun 112'nci maddesine göre, henüz 15 yıllık mecburi hizmet süresini doldurmadan (30.08.2011 tarihinde dolmaktadır) Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin kesildiği anlaşılmakla; suç tarihlerindeki statüsü gereği sanık hakkında dava zamanaşımı süresi, Türk Silahlı Kuvvetlerinden resen ilişkisinin kesildiği ve temadinin bittiği 07.09.1999 tarihinden itibaren değil, 15 yıllık mecburi hizmet süresini doldurması gereken 30.08.2011 tarihinden itibaren işleyeceği ve halen bu sürenin işlemekte olduğu anlaşılmaktadır.

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 30.08.1996 nasıplı subay olması nedeniyle, üzerine atılı yurt dışına firar suçu yönünden dava zamanaşımı süresinin; ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrası uyarınca, bizzat girmiş olduğu taahhüdün biteceği tarih olan 30.08.2011 tarihinden itibaren işlemeye başlaması ve zamanaşımını kesen nedenler göz önüne alındığında (01.10.2012 tarihli sorgu) 01.10.2017 tarihinde sona ermesi gerekecektir.

Halbuki, ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasındaki istisnai düzenleme olmasaydı, genel hükümler uyarınca, sanığa isnat olunan yurt dışına firar suçunda, atılı suçun temadisinin bitim tarihi olan 07.09.1999 tarihinden sonraki beş yıllık süre içerisinde zamanaşımını kesen veya durduran herhangi bir sebep bulunmadığından, dava zamanaşımı 07.09.2004 tarihinde sona ermiş olacaktı.

Bir askeri birimde disiplinsizlik teşkil eden bir eylem yapıldığında, faili olan asker kişinin eylemiyle orantılı bir şekilde ve en kısa sürede cezalandırılmamasının, askeri 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 veya asker kişi sıfatının sona ermesi suretiyle oluşan firar suçunun failinin eylemiyle orantılı bir şekilde cezalandırılmaması askeri disiplinin tesisinde büyük bir zafiyete neden olacağı açık olup, askeri 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 önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvuru önlem ve ulaşılacak 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 askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacına uygun olduğu söylenebilir ise de, somut olayda olduğu gibi, Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisi kesilmiş bir kişinin görev yaptığı dönemde işlediği firar suçu nedeniyle çok uzun bir süre cezalandırılma tehdidi altında yaşamasının askeri disiplinin tesisine herhangi bir katkısının bulunmadığı ve dolayısıyla belirtilen amaca ulaşmada elverişli olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Firar suçuyla aynı miktarda ceza öngörülen ve firar suçuyla benzer nitelikte askeri disiplinin tesisinde zafiyetine sebep olan izin tecavüzü suçunda, dava zamanaşımının genel

hükümler çerçevesinde temadinin bittiği tarihten başlaması, yine sadece asker kişiler tarafından işlenebilen ve askeri 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 temadinin bittiği tarihten başlaması hususları ile Anayasa Mahkemesinin 11.04.2012 tarih ve 2011/111 esas, 2012/56 karar sayılı kararı birlikte göz önüne alındığında, mütemadi bir suç olan bizzat taahhüt altına girmiş olan faillerin firar suçlarında zamanaşımı süresinin, taahhüt altına girmiş olan failin yakalanmak veya kendiliğinden katılmak suretiyle askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği tarihten veya ilişkisi kesildiği tarihten değil de, bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden (suç tarihi itibarı ile statüsüne göre 10 veya 15 yıldan) itibaren başlatılmasının, askeri 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 5 yıl olan firar suçunda, dava zamanaşımının, suçun temadisinin sona erdiği tarihe bakılmaksızın en erken bizzat girmiş olduğu taahhüdün bitmesinden (suç tarihi itibarı ile statüsüne göre 10 veya 15 yıldan) itibaren başlatılması suretiyle dava zamanaşımı süresinin 20 yılı geçebilmesinin orantılı olmadığı da açıktır. Genel hükümlere göre, suçun işlenip tamamlanmasından sonra işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresi, firar suçu işlenip tamamlanmış olsa bile işlemeye başlamamaktadır. Dava zamanaşımı süresinin başlangıcının girmiş olunan taahhüdün bitmesi şartına tabi tutulması nedeniyle zamanaşımı süresi orantısızlık içermektedir.

Firar suçunu işleyen kişinin, girmiş olunan taahhüdün bitmesinden itibaren dava zamanaşımının başlatılmasının, askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önleme amacına ulaşmaya elverişli, askeri disiplinin sağlanmasında gerekli ve orantılı bir düzenleme olmadığı göz önüne alındığında, dava zamanaşımının başlangıcının en erken girmiş olunan taahhüdün bitmesinden sonra başlatılmasına ilişkin ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasındaki 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 yargılamanın başında ilişkisi kesilmiş olmasına ve askeri disiplini bozma durumunda olmamasına rağmen böyle bir gerekçeyle dayanması sebepleriyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığı yönüyle de ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasındaki söz konusu düzenleme, kişileri işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle yaşamak durumunda bırakmaktadır. Nitekim somut olayda, sanığın uzun yıllar boyunca orantısız ve ölçüsüz bir şekilde 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, askeri hizmetin niteliği gereği, askeri 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 askeri 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, taahhüt altına girmiş failer bakımından firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcı konusunda farklı bir düzenleme getirmesi, keza askerlik mükellefiyeti kapsamında olan faillerin firar suçları yönünden Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararı birlikte değerlendirildiğinde 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 yönteminde 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'uncu maddesinin A fıkrasının sanık hakkındaki davayı sonuçlandırmada uygulanma niteliğinin bulunduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle ve Anayasanın 152'nci maddesi gereğince, ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasında yer alan '...veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün...' ibaresinin Anayasa'nın 2'nci ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden, ASCK'nın 49'uncu maddesinin A fıkrasında yer alan '...veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün...' ibaresinin iptali maksadıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermek gerekmiştir.'

B- E.2013/2 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'Olay ve İddia: Donanma Komutanlığı Askerî Savcılığının, 16.10.2008 tarihli ve 2008/11-498 sayılı iddianamesinde; 24.12.2001 tarihinde mesai başlangıcında mesaiye gelmemek suretiyle firar eden sanığın, 13.3.2003 tarihinde TSK'dan ilişkisinin kesildiği, 24.12.2001-13.3.2003 tarihleri arasındaki eyleminin yabancı memlekete firar suçunu oluşturduğu kabul edilerek, ASCK'nın 67/1-A maddesi gereğince cezalandırılması talep edilmiştir.

Hüküm: Donanma Komutanlığı Askerî Mahkemesinin 22.9.2011 tarihli ve 2011/8-192 sayılı hükmü ile; sanık Dz.Rad.Kd.Çvş. ' hakkında, 24.12.2001- 13.3.2003 tarihleri arasında yabancı memlekete firar suçu işlediği iddiasıyla, 16.10.2008 tarihinde açılan kamu davasının; atılı suçun zaman aşımının mülga 765 sayılı TCK'nın 102/4'üncü maddesi gereğince beş sene olduğu, 24.12.2001-13.3.2003 tarihleri arasında işlenen atılı suç nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104'üncü maddeleri uyarınca azami zaman aşımı süresinin yedi yıl altı ay olduğu,

13.3.2003 tarihinde TSK'dan ayrılışı yapılan sanık hakkındaki gıyabi tutuklama kararının verildiği 27.2.2002 tarihi itibarıyla hesaplandığında, beş yıllık dava zaman aşımı süresinin 28.2.2007 tarihinde sona erdiği, temadinin bittiği 13.3.2003 tarihinden itibaren yedi yıl altı aylık dava zaman aşımı süresinin de 14.9.2010 tarihi itibarıyla dolduğu belirtilerek, 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2'nci ve CMK'nın 223/8'inci maddeleri gereğince davanın zaman aşımı nedeniyle düşmesine karar verilmiştir.

Temyiz: Hüküm, Askerî Savcı tarafından; sanık açısından dava zaman aşımı süresinin rütbenin yaş haddinden itibaren başlaması gerektiği ileri sürülerek, yasal süresi içinde temyiz edilmiştir.

Tebliğname: Askerî Yargıtay Başsavcılığının 19.11.2012 tarihli ve 2012/5369- 3345 sayılı tebliğnamesinde özetle; 1.3.1975 doğumlu olan ve 13.3.2003 tarihinde TSK'dan resen ilişkisi kesilen sanığın, 1998 nasıplı olduğu dikkate alındığında, TSK Personel Kanunu'nun 112'nci maddesine göre, henüz 10 yıllık mecburi hizmet süresini doldurmadan TSK'dan ilişkisinin kesildiği, dava zaman aşımı süresinin, suç temadisinin bittiği, yani TSK'dan ilişkisinin kesildiği 13.3.2003 tarihinden itibaren değil, 10 yıllık mecburi hizmet süresini doldurması gereken 30.8.2008 tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı, dolayısıyla dava zaman aşımı süresinin henüz dolmadığı belirtilerek, hükmün bozulmasına karar verilmesi gerektiği yönünde görüş ve düşünce bildirilmiştir.

Daire Kararı: Askerî Yargıtay 4'üncü Dairesinin 9.10.2012 tarihli ve 2012/1049- 1000 sayılı kararında özetle; Askerî Mahkemece, astsubay statüsünde iken firar eden ve firarda iken TSK'dan ilişkisi kesilmekle firar suçunun temadisi sona eren sanığın, dava zaman aşımı hükümleri yönünden, ASCK'nın 49'uncu maddesindeki özel düzenlemeye tabi olamayacağı, genel hükümlere tabi olması gerektiği, dolayısıyla hakkında, suçun işlendiği (temadinin sona erdiği) tarih itibarıyla yürürlükte olan ve daha lehe hükümler içeren 765 sayılı TCK hükümlerinin uygulanması gerektiği, 765 sayılı TCK'nın 104/2'nci maddesinde öngörülen olağanüstü zaman aşımı süresinin 14.9.2010 tarihinde dolduğu vurgulanarak, düşme kararının onanmasına karar verilmiştir.

İtiraz Tebliğnamesi: Askerî Yargıtay Başsavcılığının 19.11.2012 tarihli ve 2011/5369- 2012/3345 (İtiraz: 2012/102) sayılı tebliğnamesinde özetle; 13.3.2003 tarihinde TSK'dan resen ilişkisi kesilen sanığın, 1998 nasıplı olduğu, TSK Personel Kanunu'nun 112'nci maddesine göre, henüz on yıllık mecburi hizmet süresini doldurmadan (30.8.2008 tarihinde dolmaktadır) TSK'dan ilişkisinin kesildiği anlaşılmakla; dava zaman aşımı süresi, suç temadisinin bittiği yani TSK'dan ilişkisinin kesildiği 13.3.2003 tarihinden itibaren değil, 10 yıllık mecburi hizmet süresini doldurması gereken 30.8.2008 tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı ve hâlen sanık lehine hükümler içeren mülga 765 sayılı TCK'nın 102 ve 104'üncü maddelerinde öngörülen sürenin dolmadığı belirtilerek, itirazda bulunulmuştur.

DAİRELER KURULU KARARI

Rapor okundu, itirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra dosya incelendi.

Gereği Düşünüldü:

Yukarıda aşamaları açıklanan dava nedeniyle Daire ile Başsavcılık arasında ortaya çıkan ve Daireler Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın konusu; sanık yönünden dava zaman aşımı süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağına ilişkindir.

24.12.2001 tarihinde mesaiye gelmemek suretiyle firar eden ve 13.3.2003 tarihinde TSK'dan ilişkisinin kesilmesiyle firar suçunun temadisi sona eren sanık hakkında, Askerî Mahkemece temadisinin bu şekilde son bulduğu 13.3.2003 tarihinden itibaren yedi yıl altı aylık azami dava zaman aşımı süresinin 14.9.2010 tarihi itibarıyla dolduğu kabul edilerek, 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2'nci ve CMK'nın 223/8'inci maddeleri gereğince davanın zaman aşımı nedeniyle düşmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Askerî Savcı, temyiz dilekçesinde, dava zaman aşımı süresinin rütbenin yaş haddinden itibaren işlemeye başlayacağını iddia ettiğinden, suç tarihleri de gözetilerek, öncelikle dava şartı olan zaman aşımı yönünden inceleme yapılması gerekmektedir.

İlgili yasa hükümleri;

I- 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun,

'Askerî cürümlerde dava ve cezanın nasıl düşeceği:' başlıklı 49'uncu maddesinde;

'Madde 49- (Değişik: 11/12/1935 - 2862/4 md.)

Aşağıdaki fıkralarda yazılı hükümler mahfuz olmak üzere askerî suçlarda dava ve cezanın düşmesi hususlarında Türk Ceza Kanununun birinci kitabının 9'uncu Babı hükümleri tatbik olunur.

A) Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava mürruru zamanı, bütün askerî mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.

B) Hıyanet cürümleriyle maznun ve mahkûm olanlar hakkında mürruru zaman yoktur.

C) (Ek : 14/6/1989 - 3574/1 md.) Sırf askerî suçlarda Türk Ceza Kanununun 119'uncu maddesi hükümleri uygulanmaz.'

[Bu maddenin (A) fıkrasının '... fiilleri hakkında dava mürruru zamanı, bütün askerî mükellefiyetlerin ... bitmesinden itibaren işlemeğe başlar' biçimindeki bölümü, Anayasa Mahkemesinin 30/3/2011 tarihli ve E.: 2007/95, K.: 2011/61 sayılı kararı ile 'bakaya' suçu yönünden, Anayasa Mahkemesinin 11/4/2012 tarihli ve E.: 2011/111, K.: 2012/56 sayılı kararı ile de 'firar' suçu yönünden iptal edilmiştir.]

II- 31.3.2005 tarihli ve 5329 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle eklenen Ek 8'inci maddesinin birinci fıkrasında; '26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zaman aşımına ilişkin 49'uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.' hükümlerine yer verilmiştir.

İlgili Anayasa hükmü;

Anayasa'nın 2'nci maddesinde, 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.' hükmü öngörülmüştür.

İnceleme;

TSK'dan ilişiği kesilmiş olan Dz.Rad.Kd.Çvş. '..'ın üzerine atılı yabancı memlekete firar suçunun unsur ve cezasını düzenleyen ASCK'nın 67/1-a maddesinde öngörülen cezanın üst sınırı beş yıl hapis cezasıdır. Daha lehe hükümler içerdiden, suç tarihi itibarıyla sanık hakkında uygulanması gereken 765 sayılı TCK'nın 102/4'üncü maddesinde, beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden dava zaman aşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüştür.

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

765 sayılı TCK'nın 103'üncü maddesi uyarınca dava zaman aşımı, tamamlanmış suçlarda fiilin yapıldığı tarihten, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son fiilin yapıldığı tarihten, mütemadi ve müteselsil suçlarda temadi ve teselsülün bittiği tarihten başlamakta iken; ASCK'nın 49/1-A maddesinde, yoklama kaçağı, saklı ve firar fiilleri bakımından dava zaman aşımının, ilgilinin 'bütün askerî mükellefiyetlerinin veya bizzat girmiş olduğu taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe' başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 11.4.2012 tarihli ve E.: 2011/111, K.: 2012/56 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 49'uncu maddesinin (A) fıkrası hükmü, firar suçlarında askerlik görevi yapanlar için durum ve statülerine göre dava zaman aşımının başlangıcı yönünden iki farklı tarih öngörmüştür. Bu süre, Anayasa'nın 72'nci maddesinde belirtilen vatan hizmeti olarak zorunlu er ya da erbaş statüsünde askerlik görevini yapan kişiler yönünden bütün askerî mükellefiyetlerin bitmesi ile başlarken, zorunlu askerlik hizmeti dışında görev yapan sözleşmeli er ve erbaşlar ile subay ve astsubaylar yönünden bizzat girdikleri taahhütlerin bitmesi ile başlatılmaktadır.

'Bizzat girilen taahhüt' kavramı bir sözleşme veya mecburi hizmet nedeni ile askerlik görevi yapan kişilerle ilgilidir. Sözleşmeli er ve erbaşların yaptıkları sözleşmelerle süreli olarak girdikleri ya da subay ve astsubayların askerî okullardan mezun olduktan sonra yasalara göre belirlenen sürede zorunlu olarak görev yapmak üzere verdikleri taahhütler kastedilmektedir. Bu şekilde görev yapanlar subay, astsubay, sözleşmeli er ya da erbaşlardır.

Askerî Yargıtay uygulamaları incelendiğinde; Askerî Yargıtay 3'üncü Dairesinin 5.4.1999 tarihli ve 1999/185-181 sayılı, 4'üncü Dairesinin 24.6.1997 tarihli ve 1997/378- 375 sayılı kararlarında; firar eden rütbeli personelin TSK'dan ilişiğinin kesilmemesi hâlinde ASCK'nın 49/1-A maddesi gereğince bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitiminden itibaren başlaması gerekeceği, bunun da rütbelerinin yaş haddi olması gerektiği, ancak TSK'dan ilişiği kesilmekle temadisi sona eren subay ve astsubaylar yönünden dava zaman aşımı süresinin firarının son bulduğu (temadinin kesildiği) tarihten itibaren başlaması gerektiği kabul edilmiştir.

2'nci Dairenin 14.2.2012 tarihli ve 2012/211-220, 3'üncü Dairenin 6.7.2012 tarihli ve 2012/882-881 sayılı kararlarında ise; Askerî Yargıtay Başsavcılığının tebliğnamesinde belirtilen görüşe paralel şekilde, 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 112'nci maddesi

uyarınca subay ve astsubayların mecburi hizmet yükümlülüğü altında oldukları, bu nedenle bir 'taahhüt' altında hizmete nasbedildikleri için, ASCK'nın 49/1-A maddesinde belirtilen 'Bizzat girilen taahhüt' kapsamında oldukları, bizzat girmiş oldukları taahhüdün ise mecburi hizmet sürelerinin sona erdiği tarih itibarıyla sona ereceği, dava zaman aşımı süresinin de bu tarihten itibaren başlayacağı sonucuna varıldığı görülmektedir.

Askerî Yargıtay 4'üncü Dairesinin 24.6.1997 tarihli ve 1997/378-375, 3'üncü Dairesinin 5.4.1999 tarihli ve 1999/185-181 sayılı kararlarında ise; itiraza konu kararda olduğu gibi dava zaman aşımının, firarı son bulduğu, başka bir ifadeyle astsubay olan sanığın TSK'dan sicil yoluyla resen emekli edilişinin onay tarihinde başlayacağı kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kabulü karşısında; yabancı memlekete firar suçunu işlediği iddia edilen sanık, astsubay statüsünde görev yaptığından, üzerine atılı bu suçtan yapılan yargılamada, dava zaman aşımı süresinin başlangıcı konusunda 'bizzat girdiği taahhüdün bitmesi' dikkate alınacaktır.

Somut olayda; 1.3.1975 doğumlu olan ve 13.3.2003 tarihinde TSK'dan resen ilişiği kesilen sanığın, 1998 nasıplı olduğu dikkate alındığında, TSK Personel Kanunu'nun 112'nci maddesine göre, henüz on yıllık mecburi hizmet süresini doldurmadan (30.8.2008 tarihinde dolmaktadır) TSK'dan ilişiğinin kesildiği anlaşılmakla; dava zaman aşımının, on yıllık mecburi hizmet süresini tamamlaması gereken 30.8.2008 tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edildiğinde, zaman aşımının dolacağı en erken tarih 29.8.2013 tarihi olacaktır.

Oysaki; TSK'dan resen ilişiğinin kesildiği ve dolayısıyla atılı suçun temadisinin bittiği 13.3.2003 tarihi itibarıyla dava zaman aşımı süresinin başlatılması gerektiği kabul edildiğinde, zaman aşımının 12.3.2008 tarihinde (diğer kabule göre yaklaşık beş yıl önce) dolacağı görülmektedir.

Zorunlu askerlik hizmetinin bulunduğu ülkemizde, disiplinin temini amacıyla, zaman aşımı yönünden sivil kişiler tarafından işlenen suçlarda uygulanamayacak bazı farklı ve istisnai düzenlemeler yapılması gereklilik olarak görülebilecekse de, Yasakoyucunun, zaman aşımı kurumunu düzenlerken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu kuşkusuzdur.

Ölçülülük ilkesiyle Devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu ilke 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik', başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

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 hâle getirmek (ASCK'nın 79) gibi suçlarda da dava zaman aşımının genel hükümler çerçevesinde temadinin bittiği tarihten başlaması hususları birlikte göz önüne alındığında, mütemadi bir suç olan yabancı memlekete firar suçunda zaman aşımı süresinin, failin yakalanmak veya kendiliğinden katılmak suretiyle askerî hiyerarşi ve disiplin altına girdiği tarihten ya da idarece disiplin altına girmesine gerek görülmeyerek resen ilişiğinin kesildiği tarihten değil de, bizzat girdiği taahhüdün bittiği

tarihten itibaren başlatılmasının, askerî disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olduğu da söylenemez.

Kaldı ki İdare, firar hâlinde bulunanların resen ilişkisini kesmekle, bir anlamda rütbeli fail ile arasındaki sözleşmeyi feshettiğinden, bizzat girilen taahhüdün de devam ettiğini söylemek zordur.

Failin lehine olan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile dava zaman aşımı süresinin 20 yıl olduğu dikkate alındığında, yabancı memlekete firar eden rütbeli personel yönünden, zaman zaman azami dava zaman aşımı süresine yakın bir dava zaman aşımı süresi öngören, itiraz konusu kuralın orantılı olmadığını kabul etmek gerekir.

İtiraz konusu kural, suçun ağırlığını, ona verilen cezanın süresini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacak olmasına rağmen faili uzun ve aynı zamanda belirsiz olan süre ile ceza tehdidi altında bırakması nedeniyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacağı düşünülmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, ASCK'nın 49/1-A maddesinde yer verilen 'firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, ... bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar' ibaresinin Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı olduğu değerlendirildiğinden, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.'"