

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gereçe bölümü şöyledir:

“Sanık hakkında I.Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Savcılığı'nın 19.03.2013 gün ve 2013/485-100 esas ve karar sayılı iddianamesi ile 1632 sayılı ASCK.'nun 137'nci maddesinde düzenlenen “Hizmette Tekasül Dolayısıyla Harp Malzemesinin Mühimce Hasarına Sebebiyet Vermek” suçundan kamu davası açılmış olup, bu suçtan Mahkememizde yargılaması devam etmektedir.

Söz Konusu As.C.K.nun 137'inci maddesi olan Tekasül Dolayısıyla Esliha Ve Harp Malzemesinden Bir Şeyin Hasara Uğramasına Sebep Olanlar hükmü TSK personelinin Hizmette Tekasül (taksir ile) ile herhangi hizmete müteallik bir şeyin hasara uğratılması durumunda söz konusu şahıs hakkında ceza yargılaması yapılıp hem ceza yargılaması çerçevesinde ceza verilmekte hem de tazmin hukuku uygulanarak söz konusu zarar tahsil edilmektedir. Sivil kamu kurumunda görevli kamu personellerinin taksir dolayısıyla herhangi bir kamu malına zarar vermeleri durumunda ceza yargılaması yapılmamakta sadece tazmin hukuku icra edilmektedir. Özellikle askerlik hizmetini yapan er ve erbaş personelin kendilerine zimmetli askeri araçlar ile yapmış oldukları trafik kazalarından ötürü ceza yargılanmasına tabi tutulmaktadır. Söz konusu kamu zararının ödenmiş olması (şüpheli, sanık, kasko şirketi vs. tarafından) bile kamu davasının açılmamasını veya açılan davada davanın düşmesini sağlamamaktadır.

Askeri araçta meydana gelen hasarın sanık tarafından bedeli ödenmek suretiyle giderilmiş olması As.C.K.nun 137 nci maddesinde öngörülen cezai sorumluluğu ortadan kaldırılmaz. (As.Yrg.3.D. 7.12.1965, E. 1035, K. 1029).

Sanığın sevk ve idaresindeki araçla geri manevra yaparken dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu Trafo cihazının klavuz kablosunu çiğneyip hasara uğrattığı ve bilirkişinin inandırıcı gerekçelerle açıkladığı gibi 4/8 oranında kusurlu olduğu anlaşıldığından yerel mahkemenin “hizmete tekasülle harp malzemesinin mühimce hasarına sebebiyet vermek” suçundan dolayı tesis ettiği mahkumiyet hükmünde ve bu karara ilişkin kabul ve değerlendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir. (As.Yrg.4.D., 20. 12. 1994, E.637, K.636)

Top.Tb.K.lığında görevli olan sanığa askerlik hizmet ve görevi gereği 25.07.2003 tarihinde el senedi ile otobüs aracının el senedi ile zimmetle teslim edildiği, bu aracın üzerinde top dürbününün de bulunduğu, 19.09.2003 tarihinde intikal yapılırken söz konusu dürbünün ağaç dalına takılması sonucu kırıldığı, bu kırılma sonucunda dürbünün HEK'e ayrıldığı ve 12.594.010.000.-TL tutarında hazine zararının oluştuğu, bilirkişinin raporunda sanığın olayda 2/8 oranında kusurlu olduğu belirttiği, böylelikle sanığın hizmette tekasülle harp malzemesinin mühimce hasarına sebebiyet vermek suçunu işlediği maddi vakia olarak anlaşılmaktadır. (As. Yrg. 1.D., 25.5.2005, E.2005/586, K.2005/575)

Sanık terhisli J.ER'in J.Gn.K.lığı ... Özel Ulş.Tb.K.lığı emrinde askerlik hizmetini yapmakta iken, .. plakalı Iveco marka minibüsün şoförü olarak görevlendirildiği, bu aracın kendisine 20.02.2005 tarihinde teslim edildiği, bu aracı kullanabileceğine dair askeri ehliyeti de mevcut olan sanığın, 07.06.2005 günü saat 18.10 sıralarında, aracıyla J.Gn.K.lığı'nın Bakanlıklar ve Beştepe karargahlarında görev yapan personelden Eryaman istikametine

gidecek olanları evlerine götürmek maksadıyla intikale başladığı, İstanbul yolu üzerinde bulunan Makromarket isimli işyerinin yakınlarına geldiklerinde, sanık ile aynı istikamete seyir halinde olan bir kamyonun sanığın kullandığı aracı sollayarak önüne geçmesinin ardından ani bir şekilde yavaşlaması üzerine, sanığın kullandığı askeri aracın duramayarak plakası tam olarak tespit edilemeyen bu kamyonu arkadan çarptığı, bahse konu kamyonun trafik kazasının ardından durmayarak yoluna devam ettiği, askeri araçta 244,85 YTL tutarında hasar meydana geldiği, olayda sanığın tam kusurlu olduğunun ve araçta meydana gelen hasarın mühimce olduğunun bilirkşi marifeti ile tespit olunduğu, bu suretle sanığın üzerine atılı hizmette tekasülle askeri malzemenin mühimce hasarına sebebiyet vermek suçunu işlediği anlaşılmaktadır. (As.Yrg.2.D.,19.09.2007, E.2007/1509, K.2007/1497).

Sanığın, tam kusurlu olarak sebebiyet verdiği kaza sonucunda, kullanmakta olduğu, ...plakalı askeri araçta, sağ ön çamurluk, sağ ön sinyal, sağ ön far, sağ ön tampon plastiği, panjur plastiği kısımlarının hasar gördüğü anlaşılmış olup, aracın bu hali ile hareket etmesi mümkün olmakla birlikte, tahsis amacına yönelik bir göreve ve dolayısıyla trafiğe çıkmasının uygun olması, aracın onarılması ve hasara uğrayan malzemenin yenilenmesi süresince tahsis amacından uzak kalmış olması ve tamiri için zaman, masraf ve emek harcanmış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, askeri araçta oluşan hasarın, Askeri Yargıtayın yerleşik kararları doğrultusunda mühimce olduğu, bu itibarla, Askeri Yargıtay 1 inci Dairesinin, hasarın mühimce olmaması nedeniyle hükmün esastan bozulmasına ilişkin 18.07.2007 tarihli ve 2007/1603-1596 sayılı ilamının yerinde olmadığı ve dolayısıyla Askeri Mahkemenin atılı suçun oluştuğuna ilişkin kabulünün isabetiyle olduğu sonucuna varılmıştır. (As.Yrg.Drl.Krl., 3.4.2008, E.2008/61, K.2008/60)

İzmir'deki birliğinde askerlik görevini yapmakta olan sanığın, 16.05.2008 tarihinde sevk ve idaresindeki ... plakalı Ford Transit marka askeri araçla seyir halinde iken, önünde seyretmekte olan plakalı araca arkadan çarpma suretiyle, askeri aracın toplam 1.022,05 YTL tutarında mühimce hasarına sebebiyet verdiği, araç hasar bedelini rızasıyla ödediği ve böylece atılı suçu işlediği anlaşılmakla, kanıtlara ve hukuka uygun gerekçelerle ve alt sınırdan ceza tayiniyle yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. (As.Yrg.4, D., 17.03.2009, E.2009/609, K.2009/595)

Görevi kötüye kullanma suçu ile tekâsül dolayısıyla esliha ve harb malzemesinden bir şeyin hasara uğramasına sebep olma suçlarının mukayesesi ve anayasal hükümlerle değerlendirilmesi,

1632 sayılı AsCK'nun 137'nci maddesine göre; “Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsedilir. Tekasül, üşenme, üşengeçlik, gevşeklik, tembellik anlamlarına gelmektedir. Madde görevinde ihmal gösteren kişinin bu eylemiyle zarar meydana gelmesi durumunda, cezalandırılacağını düzenlemektedir. Burada suçun manevi unsurunun kast mı yoksa taksir mi olduğu hususu madde metninden anlaşılamamakla birlikte, zarar sonucu doğan eylemin görevi ihmalden kaynaklandığı ve suçun konusunun mal olduğu bir nebze söyleyebilir.

Görevi kötüye kullanma suçu ise TCK md. 257'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini

yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Burada geçen kamu zararı ibaresi açıklanmaya muhtaçtır. Madde gerekçesinde; “görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir” açıklaması yapılmıştır. Kanun cezalandırma için somut bir zararın meydana gelmesini aramaktadır. Somut bir zararın meydana gelip gelmediğinin tespiti, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde yer alan kriterler dikkate alınmaktadır. Anılan maddeye göre; kamu zararının belirlenmesinde; a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması, b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması, c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması, d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması, e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması, f) Kamu kaynakları ile yükümlülüklerinin yönetilmesi, değerlendirilmesi, korunması veya kullanılmasında gerekli önlemlerin alınmaması veya özenin gösterilmemesi suretiyle öz kaynağın azalmasına sebebiyet verilmesi, g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, gibi esaslar dikkate alınmaktadır. (Bu kriterlerin esas alındığı Yargıtay Kararları için bkz. YCGK., T. 21.02.2006, E. 2006/165, K. 2006/31, YCGK., T. 06.12.2005, E. 2005/110, K. 2005/159)

Görüldüğü üzere bu suç tipinde fiziki olarak varolan bir malın tahrip olmasından değil, kamunun var olan kaydı ve efektif zenginliklerinin zarara uğratılması söz konusudur. Fiziki olarak var olan bir malın zarara uğratılması TCK md. 151'de suç olarak düzenlenmiş, manevi unsuru kast olarak belirlenip, kamu malı olması ağırlaştırıcı neden kabul edilmiştir.

İrdelenmesi gereken bir diğer husus ise suçların manevi unsurlarıdır. Görevi kötüye kullanma suçunda geçen “görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek” ibaresinden yola çıkarak, kamu görevlisinin ayrıca dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik gibi taksiri belirten ifadeler kullanılmadığı için bu suçun taksirle işlenemeyeceği kabul edilmektedir. Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. İptali istenen As.C.K'da yasa metninde ise tekasül gibi bir kavramdan bahsedilmiştir. Muğlak, manevi unsur bakımından kategorize edilemeyen bu terim dolayısıyla, trafik kazası yapan asker kişiler hakkında askeri aracın zarara uğraması durumunda “Tekasül Dolayısıyla Esliha ve Harb Malzemesinden Bir Şeyin Hasara Uğramasına Sebep Olma” suçundan ceza davası açılmakta, taksirle görevi ihmal ya da taksirle mala zarar verme gibi genel ceza hukukunda yer almayan ceza sorumluluğu alanı ortaya çıkmaktadır.

Kanunların genel, soyut, objektif ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. İptali istenen kanun maddesindeki tekasül kelimesi taksir şeklinde anlaşılmalı ve bu da Anayasada yer alan hukuk devletiyle uyumlayan sonuçlar doğurmaktadır. Ceza kanunlarının açık olması gereklidir, çünkü suç ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun temel ilkesidir. Mala karşı suçlarda taksirle sorumluluğunun kaldırıldığı, taksirle görevde ihmalin olmayacağı yönündeki güncel ve çağdaş düzenlemeler karşısında, asker kişilerin büyük mağduriyetine neden olan bu suç tipinin Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir. Askerlerin yaptıkları hizmet, içinde yer aldıkları statü gibi mazeretler, kişilerin müphem ve kanunda yer almayan düzenlemeler gereği cezalandırılması sonucunu haklı kılmayacaktır. Aynı kamu görevini yerine getiren sivil resmi kurum şoförünün taksirle kaza yapması halinde, görevi ihmal ya da taksirle mala zarar verme sorumluluğu doğmaz iken, asker kişinin aynı

olayda taksirli hareketinden ceza sorumluluğu doğmaktadır. Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile Anayasanın 38. maddesinde yer alan suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olan bu maddenin iptali gerekmektedir. (Ahmet Sacit MÜDERRİSOĞLU)

5237 sayılı TCK'nun 3'üncü maddesinde "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi"

Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. ve 10'uncu maddeleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

"MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Anayasanın 2. ve 10'uncu maddelerinden anlaşıldığı üzere Türkiye Cumhuriyeti bir Hukuk Devleti olup kanun önünde herkes eşittir.

Yasa koyucu Ceza Hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasaya ve Ceza Hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletirici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya tecil edilebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığından... suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir,

amaçla uyumlu bir orantının sağlanması hukuk devleti olmanın gereğidir. (Anayasa Mahkemesinin 21.01.2004 gün ve 2002/166 esas, 2004/3 sayılı kararı)

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla bağlantısı bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasa koyucu Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebep olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Yasa koyucu, farklı hukuksal konumda olan kişileri farklı yaptırımlara tâbi tutabilir. Söz konusu kamuya ait askeri aracı kullanan asker kişiler ile kamuya ait sivil aracı kullanan sivil kişilerin farklı hukuksal konumda olduklarını söylemek mümkün değildir.

Öte yandan, yukarıda sayılan nedenler sadece askerlik hizmeti için değil, pek çok diğer hizmette ve meslekte de geçerlidir. Askerlik hizmet ve gerekliliklerinin farklılık arz etmesi, farklı muamele yapılması için sağlam bir gerekçe oluşturmaz. Öyle olsaydı, her meslek grubu için ayrı ayrı düzenlemeler yapılması gerekirdi. Örneğin, polislik mesleğinde veya her hangi bir kamu kurumunda kamu aracı kullanan şahsın kaza yapıp araca zarar vermesi durumunda meri ceza kanunlarımızda mevcut olmayan taksirle kamu malına zarar suçundanceza verilmesi gerekecekti. Bu durumda gerek trafik kazalarında gerekse her türlü taksirli davranışlar tazminat sorumluluğun yanında cezai sorumluluğu doğuracaktı.

Askerlik görevini yerine getirenlerin suç işlememesine dönük tedbirlerin alınmasının, askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli olduğu açıktır. Bununla birlikte, askeri disiplini korumak ve tesis etmek amacıyla getirilmiş bir kuralın, bireyin hak ve özgürlüklerini daraltması, taksirli davranışlarından doğan kamu malına verdiği zarardan (zararın karşılanmış olması durumunda dahi) dolayı askeri mahkemede yargılanmayı gerektiren cezai müeyyideye tabi tutulması ve adalet duygusunun zedelenmesine yol açması da kabul edilemez. Bu durum, Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Asker kişilerin bir kısmı için askerlik gönüllü olarak tercih ettikleri bir meslekken, diğerleri için zorunlu olarak yaptıkları bir görevdir. Zorunlu olarak askerlik görevini yapan asker kişilerin özgürlüklerinin askerlik hizmeti süresince kısıtlandığını düşündüğümüzde, her hangi bir gönüllülük esasına dayanmayan tamamen yapmak zorunda kaldıkları görevlerden biri olan araç şoförü vazifesini ifa ederken taksirli olarak her hangi bir trafik kazasına karışmaları durumunda, askeri suç olarak tanımlanan bir fiil için, sivil şahıslardan farklı cezai muameleye tabi tutularak taksirle kamu malına zarar verme suçu ile yargılanmaya tabi tutulmaları Anayasa'nın 10. maddesinde vücut bulan eşitlik ilkesine aykırıdır. Askerlik

görevinin kendine has özelliklerinden dolayı asker kişiler ile sivil kişiler arasında farklı muameleye neden olan her durumun meşrulaştırılmasının bir gerekçesi olamaz. Asker ve sivil kişiler arasında elbette farklılıklar vardır ama bu farklılıklar asker kişiler aleyhine temel hak ve özgürlükler anlamında eşitsizlik yaratmak için kullanılmamalıdır.

Anayasanın 2. 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.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasanın 10. maddesinde yer verilmiştir. 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. Söz konusu her hangi bir kamu aracını kullanan görevli kamu personelleri arasında farklı bir hukuksal eşitlik durumunun olduğunu söylemek mümkün değildir. Yapılan iş yüklenilen görev aynı olmakla birlikte aradaki fark sadece birinin üniforma giymesi diğerinin üniforma giymemesi.

Anayasa'nın 2. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasa 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. Suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak suçların ve cezalarının belirlenmesinde yasakoyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır. Oysa Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi "Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsolunur." düzenlenirken ne çağımızın hukuk mantalitesi vardı ne de çağımızın sosyoekonomik durumu mevcuttu.

Yasa koyucu, Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesini 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. Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi ve müeyyidesi ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Çünkü bireyin elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkan

maddi zararlardan dolayı ceza yargılamasına tabi tutulması ceza yargısının ruhu ile bağdaşmamaktadır. Yine bireyin elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkan maddi zararlardan dolayı ceza yargılamasına tabi tutulması taksirle sebep olunan kamu malına zarar fiili sebebi ile 3 yıla kadar hapis cezası ön görülmesi orantılılık ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Hukuk Devleti İlkesi Yönünden:

Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi ile korunan hukuksal değer “gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olunması”dır. Kamu malına zarar verme suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanununun 152/1-a madde ve fıkrası ile korunan hukuksal değer ise “her türlü kamu malına kast manevi unsuru ile zarar verilmesi”dir. Uygulamada hemen hemen her türlü askeri malzemenin harp malzemesi olduğundan hareketle ceza davası açılmakta ve asker şahıslar taksirle kamu malına zarar vermeden ceza almaktadırlar. Bu husus özellikle trafik kazalarına karışan servis araçlarında kendini göstermektedir. Servis aracını kullanan askeri şahsın trafik kazasına karışması durumunda ceza davası açılmaktadır. Bu durum gerek ceza kanunlarının mantalitesi ile gerek “Hukuk Devleti ilkesi” ve “Eşitlik İlkesi” ile de bağdaşmamaktadır.

Kanunilik İlkesi Yönünden:

Hukukumuzda “Suçta Ve Cezada Kanunilik” olarak kavramlaştırılan ve 1982 Anayasasının 38/1 maddesinde düzenlenen ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde yer almaktadır. Maddede “hiç kimsenin işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği ve suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamayacağı” hükme bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyu değerlendirdiği bir kararında şu görüşleri dile getirmiştir: “Mahkemenin görüşüne göre aşağıdakiler “kanun tarafından öngörülmüş olma” ifadesinden çıkan iki gerekliliktir. Öncelikle, hukuk yeterince erişilebilir olmalıdır: Yurttaşın elinde, yasa kurallarının uygun olanlarının eldeki olaya uygulanabildiğine dair bir gösterge olmalıdır, ikinci olarak, bir kural kişinin davranışını belirlemesine imkan verecek açıklıkla düzenlenmemiş olursa “yasa” olarak kabul edilemez: birey, -eğer gerekiyorsa uygun bir tavsiye ile- makul bir dereceye kadar, belli koşullar altında, belli bir davranışın hangi sonuçları doğurabildiğini öngörebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez. Deneyimler bunun olanaklı olmadığını da göstermektedir. Ayrıca, kesin bir şekilde öngörebilme çok arzulanan bir şey iken, aşırıya kaçan bir sertliği beraberinde getirebilir, yasa değişime ayak uydurabilecek bir yapıda olmalıdır. Bu yüzden hukuk kuralları kaçınılmaz bir şekilde, az veya çok, belirsiz/muğlak bir şekilde ifade edilmiştir ki, bu hukuk kurallarının yorumu ve uygulaması uygulamanın sorunudur.” (29.03.1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, parag. 49)

Bu ilke gereğince yasa hükmüne erişen bir bireyin bunu anlayabilmesi ve davranışlarını bu yasaya uygun şekilde düzenleyebilmesi için “hangi fiillerin suç oluşturduğunun” ve “hangi fiil için ne tür bir yaptırım belirlendiğinin” kanunda yeterli bir açıklıkta belirtilmesi gerekir.

Oysa Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi “Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsolunur.” şeklinde

ifade edilerek “Kanunilik İlkesi” açıkça çiğnenmiştir. Tekasül söz konusu madde metninden anlaşılmamakta AYİM ve Askeri Yargıtay kararlarında taksir olarak kabul edilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Yasa koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletirici tutum ve davranışların neler olacağı gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte söz konusu yasanın yasa koyucu tarafından konulduğu tarihte önemli olduğu, yasanın konulduğu tarihin sosyal, ekonomik ve kültürel durumunun göz ardı edilmemesi gerektiği düşünülmektedir. ASCK Almanya ve Fransa askeri kanunlarından iktibas edilerek 22.5.1930 tarihinde kabul edilen 15.06.1930 tarihinde yürürlüğe giren ve neredeyse madde madde gerekçesi olmayan sadece genel gerekçesi olan, savaş sonrası çıkartılan cumhuriyetin ilk yıllarına ait bir kanundur. Bu kanunun meri olduğu dönem boyunca ülkemiz çağ atlamış, ülkemizin ekonomik durumu başta olmak üzere sosyal, kültürel bir çok değişiklik geçirmiştir. En önemli husus olan 765 sayılı ceza yasamız baştan sona değişmiş günümüz şartlarına uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Ancak 1930 tarihli, yürürlüğe girdiği tarihin ekonomik, kültürel ve ceza mantalitesini taşıyan Askeri Ceza Kanunu günümüz şartlarına uygun hale getirilmemiştir.

Söz konusu şahısların bir an için farklı hukuki statüye sahip olduklarını varsayarsak,

“Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özde olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında da açıklandığı üzere yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara tâbi tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir.

Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmakta ise ya da kamu yararı amacı ile yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

Ancak, “haklı neden” veya “kamu yararı”nın anlaşılabilir, amaçla ilgili, ölçülü ve adaletli olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyor ise, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacı ile yürürlüğe konulmamış olmaktadır.

Bu noktada tartışılması gereken konu, Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesinde yer alan düzenlemenin “haklı nedene” dayanıp dayanmadığı yahut “kamu yararı” bulunup bulunmadığıdır.

Askerlik hizmetinin disiplin anlayışına bağlı, emir komuta zincirinin gerektirdikleri doğrultusunda, ulusal güvenliğin sağlanmasındaki yeri düşünüldüğünde, sivil yaşamdan farklı düzenlemelere konu olması, askerî ceza politikasının kendine özgü bir yapı arz etmesi ve kimi tedbirlerin farklı şekillerde uygulanması gerektiği izahtan varestedir. Bu bakımdan kanun koyucu yasama faaliyetinde, askerlik hizmetinin gereklerine göre istisnai düzenlemeler yapabilmektedir. Ancak söz konusu ASCK'nun 137'inci maddesi askerlik hizmetinin gereklerine göre istisnai bir düzenleme olmadığı olmaması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Anayasa'nın 5. maddesinde ise insanın maddî ve manevî varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın Devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğu ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı belirtilmiştir. Eşitlik ilkesiyle, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanması, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Asker kişiler ile siviller arasında yapılan ayırımın “asker kişi”lerce yapılan hizmetin niteliğine ve bunun gereklerine dayandığı, asker kişilerin durum ve konumlarındaki özellikler sebebiyle bazı konularda değişik kuralların getirilmesinin ve değişik uygulamaların benimsenmesinin gerekli olduğu kabul edilebilir ise de itiraz konusu kuralın askeri hizmetin bir gereği olmadığı söz konusu askeri şahsın askeri personeli servis ile eve vs. bırakırken karıştığı bir trafik kazasında kendini gösterdiği bunun askeri hizmetle her hangi bir bağlantısının

olmadığı hakeza aynı durumla sivil kamu personelinin de karşılaşabileceği bir durum olduğu açıktır.

Özellikleri ve görevleri arasında her hangi bir fark olmayan kamu aracı şoförlerinin, aralarında fark bulunmayan aynı fiilden dolayı farklı hukuki mevzuata tabi tutulup sivil şahsın ceza yargılamasına tabi tutulmayıp asker şahsın ceza yargılamasına tabi tutulup, aynı fiili yapan şahısların statüsüne bağlı olarak değişik yaptırım uygulanmasını gerektiren bu kural, askerî hizmetin bir gereği olmadığı gibi ceza adaleti bakımından asker kişiler ile siviller arasında eşitsizlik yaratmakta, asker kişi statüsündeki şahısların her hangi bir taksirli davranışından dolayı kamu malına zarar vermeden ceza yargılamasına maruz kalmalarına sebep olmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11., İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 7. maddelerine göre, hiç kimse işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez. Anayasanın 90 ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Yasama organı kamu düzeninin korunması için ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, anayasal sınırlar içinde hareket etmek ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak zorundadır. Herhangi bir eylemde bulunan kişinin eylemini gerçekleştirdiği tarihte bu eyleminin yasalarla yaptırım altına alınan bir suç tipine uyup uymadığını açıkça bilebilecek durumda olması, diğer bir deyişle yasaklanmış eylemlerin hiçbir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde yasalarla belirlenmiş olması gerekir ve bu husus Anayasa ile teminat altına alınmış bir haktır.

Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir.

Dava konusu olayla ilgili olarak, öncelikle Türkiye Cumhuriyeti'ne hukuki bir yükümlülük getiren bir andlaşma niteliğinde olmamakla birlikte, 27.5.1949 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ülkemizde duyurulması ve öğretilmesi kararlaştırılan ve bugün pek çok ülkede mahkeme kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak atıf yapıldığı bilinen, ayrıca Anayasamızın Temel Haklar ve Ödevler'i düzenleyen bölümünün genel gerekçesinde, bu bölüm düzenlenirken gözönünde tutulduğu belirtilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilgili hükümlerine değinmek gerekir.

Beyanname'nin Önsöz'ünün yanısıra, 1., 2. ve 7. maddelerinde eşitlik ilkesi önemle vurgulanmış ve yine Önsöz'de Birleşmiş Milletlere üye devletlerin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyaca gerçekten saygı gösterilmesinin teminini taahhüt ettikleri ve 2. maddede tüm insanların araların hiçbir ayırım gözetilmeksizin Beyanname'de yer alan haklardan yararlanabilecekleri belirtilmiştir.

Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin Girişinde olduğu gibi pek çok maddesinde eşitlik ilkesi öne çıkarılmış ve vurgulanmıştır.

Söz konusu temel ilkenin ötesinde Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bendi ile Sözleşme'ye taraf olan her devletin, kendi anayasal düzenine ve Sözleşme hükümlerine uygun olarak, Sözleşme ile tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan her türlü önlemi alacağı yönünde düzenleme getirilmiştir.

Türkiye'nin bir Avrupa Konseyi üyesi olarak taraf olduğu İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin girişinde yapılan atıfla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin etkinliğinin güçlendirildiği açıktır.

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda Sözleşme ile öngörülen hakların her insana ayırım yapılmaksızın tanınmasının ve hiç kimsenin hukukun izin vermediği eylemlere maruz kalmamasının amaçlandığının ve bu anlamda olmak üzere eşitlik ilkesinin benimsenmesinin öngörüldüğü anlaşılabacaktır.

Sözleşme'nin 7. maddesi ile hiç kimsenin işlediği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği aktarılmakla, kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Bu itibarla mevcut ASCK 137'nci maddesi günümüz şartlarında milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen ancak tazminat hukukunun icra edilebileceği bir kanun maddesi haline gelmiştir.

Bu itibarla, uluslararası hukuk, söz konusu ASCK'nun kabul edildiği tarihin sosyoekonomik durumu, ceza hukuku mantalitesi, sivil kamu personelinin taksirli davranışlarından dolayı kamu malına zarar vermesi durumunda her hangi bir ceza yargılanmasına tabi tutulmaz iken asker personelin taksirli davranışlarından dolayı kamu malına zarar vermesi durumunda ceza yargılamasına tabi tutulması hususları dikkate alındığında, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 137'nci maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 38'inci maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152'nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülebileceğinin belirtilmesi karşısında, müsnet davada uygulanacak kanun hükmünün 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 137'nci maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 38'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu maddenin iptali istemiyle T.C. ANAYASASI'nın 152'nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.””