

“Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan 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 kaçman, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan ve hukuk güvenliğini sağlayan devlettir.

Hukuk devletinin en önemli ilkesi, bireyin temel haklarının mevcut olması, bu hakların korunması ve kullanabilmesidir. Bunun için de, kişilerin temel hakları, Anayasa ve Anayasa’dan dayanağını alan usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ve yapılan yasal düzenlemelerle güvence altına alınmıştır.

28.05.1987 tarihli ve 19473 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 31.03.1987 tarihli ve 1986/24 E., 1987/8 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir.

Öncelikle, gayrî tabîi mukarenette bulunmak fiilinin, özel hayatın kapsamı içerisinde olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi X ve Y-Hollanda Davası (Başvuru no: 1980/48978, Karar Tarihi: 26.03.1985) kararında, özel yaşam kavramının, kişinin cinsel yaşamı dahil, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsayan bir kavram olduğunu belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dudgeon- Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:7525/76- Karar Tarihi:22.10.1981) kararında, hiçbir koşula bağlanmayan ve genel nitelikteki eşcinsel ilişkilerin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesinin, özel hayata saygı hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Daha sonra Norris-İrlanda Davası (Başvuru No:8225/78- Karar Tarihi:26.10.1988), Modinos Kıbrıs Davası (Başvuru no: 15070/89- Karar Tarihi:22.04.1993), Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:33985/96, 33986/96- Karar Tarihi: 27.09.1999), Lustig-Prean ve Beckett-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:31417/96 ve 32377/96- Karar Tarihi: 27.09.1999), A.D.T.-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:35765/97- Karar Tarihi:31.07.2000), Beck, Coop ve Bazaley-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:48535/99, 48536/99, 48537/99-Karar Tarihi: 22.10.2002), Perkins ve R.-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:43208/98, 44875/98- Karar Tarihi:22.10.2002), L ve V.-Avusturya Davası (Başvuru no:39392/98, 39829/98- Karar Tarihi: 09.01.2003) ve S.L.-Avusturya Davası (Başvuru no:45330/99- Karar Tarihi: 09.01.2003) kararları ile de, ilk kararını yerleşik içtihat haline getirmiştir.

Bu davalarda, bu hususun, özel hayatın en mahrem kısmına ilişkin olduğu, kamu makamlarının müdahalesinin meşru olabilmesi için çok ciddi nedenlerin varlığının ortaya konulması gerektiği, bu kapsamda, toplumun korunmaya ihtiyaç duyan kırılgan kesimlerine yönelik bir zarar riskinin veya toplum üzerindeki olumsuz etkilerinin olduğuna ilişkin yeterli somut verilerin bulunmasının zorunlu olduğu, bu olgu ortaya konulmadıkça eşcinsel cinsel yönelimi olan bireylerin hayatında yaratacağı olumsuz etkinin mevzuatla amaçlanan faydadan daha fazla olacağı, toplumun eşcinselliği ahlaksızlık olarak nitelendiren bazı kesimlerinin özel alanda gerçekleşen eşcinsel fiiller karşısında şoke de olsalar, bundan rahatsızlıkta duysalar, bu durumun rızaya dayalı yetişkinler arasındaki ilişkilerin suç sayılması için bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceği, vurgulanmıştır.

Bu kararlardan, Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:33985/96, 33986/96- Karar Tarihi: 27.09.1999), Lustig-Prean ve Beckett-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:31417/96 ve 32377/96- Karar Tarihi: 27.09.1999), Beck, Coop ve Bazaley-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:48535/99, 48536/99, 48537/99-Karar Tarihi: 22.10.2002), Perkins ve R.-Birleşik Krallık Davası (Başvuru no:43208/98, 44875/98- Karar Tarihi:22.10.2002) kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, orduda görevli başvuru sahiplerinin cinsel yönelimlerinden dolayı ordudan atılmalarının özel hayat hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bu kararlarda, silahlı kuvvetlerin operasyonel etkililiğine yönelen gerçek bir tehdidin varlığı halinde devletin askeri şahısların özel hayatlarına sınırlama getirebileceği, sınırlamaya konu teşkil edecek risklerin de dayanaklarının somut olarak ortaya konulması, olumsuzluk yaratan tutumların neler olduğunun da ikna edici ve somut delillerle kanıtlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre;

“Özel hayat” kavramı geniştir ve eksiksiz bir tanımlamaya uygun değildir. Bu kavram, koşullara göre, kişinin manevi ve fiziksel bütünlüğünü kapsayabilir (Sultan Öner ve Diğerleri-Türkiye Davası, Başvuru no:73792/01- Karar Tarihi: 17.06.2006; Özpinar-Türkiye Davası, Başvuru no:20999/04- Karar Tarihi: 19.10.2010).

Özel hayat kavramı, sosyal, toplumsal, çevresel, kültürel değerlerin etkisi altında sürekli değişiklik göstermektedir. Bu nedenle, bu kavramın tanımının yapılmasından özellikle kaçınılmaktadır. Her an yeni bir değer bu hakkın kapsamına dahil olabileceği unutulmamalıdır. Günümüzde de, özellikle teknolojik gelişmelere bağlı olarak, özel hayat kavramının kapsamının her gün genişlediği de görülmektedir. Somut bir tanım yapılamamakla birlikte, kural olarak, kişinin şahsi bilgileri, fotoğrafları, konutu, iletişimleri, sağlık kayıtları, ilgileri ve yönelimleri, bireysel seçimleri ve yaşam tarzı, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısı, başkaları ile ilişkisi, ticari ve mesleki faaliyetleri, cinsel tercih ve cinsel yaşamı, nesnel ve duygusal nitelikleri, özel yaşamının çerçevesini oluşturmaktadır. Özel hayat alanı, herkese açık olmayan, sadece kişiyle yakından ilgili olan sınırlı sayıda kişiyle paylaşılan, hatta bazen hiç kimseyle paylaşılmayan yaşam olaylarının gerçekleştiği alandır. Yani, özel hayat kavramı mahremiyet hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmalarını ve geliştirmelerini sağlayan bir alanı içerir.

Bu nedenle, bir bireyin cinsel ilişkiler dahil çeşitli tür ilişkiler oluşturabileceği ve bir bireyin cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi Anayasa'nın 20'inci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddesinin koruma kapsamına girmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddesinin asıl amacı, bireyi resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korumakken, Devleti yalnızca böyle bir müdahaleden imtina etmeye

mecbur etmemekte, negatif sorumluluklarına ek olarak, özel yaşama fiili saygıya özgü pozitif yükümlülükleri de olabilecektir. Bu yükümlülükler bireyin kendi aralarındaki ilişki ortamında bile, özel yaşama saygıyı güvence altına almak için düşünülmüş tedbirlerin benimsenmesini de kapsamaktadır (T.Ç. ve H.Ç.- Türkiye Davası, Başvuru No: 34805/06, Karar Tarihi: 26.07.2011; Aksu-Türkiye Davası, Başvuru no:4149/04 ve 41029/04- Karar Tarihi: 27.07.2010; Ebcin-Türkiye Davası, Başvuru no: 19506/05- Karar Tarihi: 01.02.2011; Tavlı-Türkiye Davası, Başvuru no: 11449/02- Karar Tarihi:09.11.2006).

Müdahalelerin meşru kabul edilebilmesi için, müdahalelerin kanunla öngörülmüş olması, meşru bir amacı hedef alması ve bu meşru amacı gerçekleştirmek için de demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır. Kanunla öngörülme deyimi, öncelikle uygulanan tedbirin iç hukukta yasal bir temeli olması gerektiğini ifade etmekle birlikte, yasanın içeriği ile de ilgilidir. Bu tedbirin ayrıca ilgili kişi tarafından ulaşılabilir nitelikte olması, kendi açısından doğabilecek sonuçların öngörülebilir olması ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerekir. Meşru bir amaca ulaşmak için yapılan bir müdahale ancak sosyal ihtiyaca cevap vermesi ve izlenen meşru amaçla orantılı olması halinde demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebilir (Özpınar-Türkiye Davası, Başvuru no:20999/04- Karar Tarihi: 19.10.2010).

27.03.2014 tarihli ve 28954 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 tarihli ve 2013/67-164 E.K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Yukarıda belirtilen, Anayasal ve yasal düzenlemeler, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik hale gelen içtihatları ve yapılan açıklamaların ışığı altında somut olaya uygulanacak yasa hükmünün, Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelendiğinde;

1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 153/2'inci maddesi “Bir kimseyle gayrî tabîi mukarenette bulunan yahut bu fiilî kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silâhlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.” hükmünü içermektedir.

Bu madde ile, özel hayatın sınırlandırılmasına yönelik hiçbir argüman getirilmeksizin, asker kişinin bir kimseyle doğal olmayan yoldan cinsel temasta bulunması, askerlik haysiyetine ve şerefine dokunan suçlar kapsamında kabul edilmiş ve statülerine göre her durumda mesleklerinin sonlandırılması sonucu doğuran Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma veya rütbenin geri alınması gibi ağır bir cezai yaptırıma bağlanmıştır. Öyle ki, kişinin partneri ile (bu partner eşi de olabilir) bir kez dahi olsa doğal olmayan yoldan cinsel birliktelik yaşaması suç kabul edilmiştir. Fiil için hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngörülmemekle birlikte, bu ceza sonucunda kişinin tekrar mesleğini yapamaması, yaşadığı çevrede yaratacağı olumsuz sonuçları ile ekonomik boyutu dikkate alındığında, bu cezanın hürriyeti bağlayıcı cezadan hafif bir ceza olduğunu söylemek de varsayımdan ibaret olacaktır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulara ilişkin verdiği kararlarda da, kişinin meslekten çıkarma cezası almış olmasının, meslekî hayatı üzerinde olduğu kadar, temel

geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturduğunu belirtmiş, böylece, bu tür cezanın ağır bir ceza olduğunu vurgulamıştır. (Birinci Bölüm, Başvuru no:2013/9660, Karar tarihi: 21.01.2015; İkinci Bölüm, Başvuru no:2013/1614, Karar tarihi: 03.04.2014).

Aynı Kanun'un 153/1 'inci maddesi İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur." hükmü yer almaktadır. Bu madde ile, özel hayata doğrudan müdahale öngörülmemiş, hakkın sınırlandırılarak cezai müeyyide uygulanması, askeri şahsın iffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenmiş olması veya evlilik bağına devam ettirmesi veya böyle bir kimseyi yanında bulundurması veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşaması, bu yaşantısının hukuka uygun delillerle açığa çıkmış olması ve yapılan ihtarla rağmen asker kişinin bu yaşantı tarzını sürdürmeye devam etmesi koşullarına bağlanmıştır. Oysa, görülmekte olan davada uygulanacak hüküm de, özel hayata doğrudan bir sınırlama getirilmiştir. Bu maddede gerçekleşen fiilin, hangi nedenle yada nedenlerle askerlik haysiyetine ve şerefine dokunduğu ortaya konulmamıştır. Bu maddede, Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma yaptırımı, asker kişinin fiilinin, mesleğine yansımaları, bu fiilleri nedeniyle görevini yeterince iyi yapmaması veya yapamaması gibi somut bir veriye dayandırılmamış, kişinin özel hayatı kapsamındaki davranışı esas alınmıştır. Bu şartlar altında kişinin, özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilebilecek Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma yaptırımının, özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturacağı kaçınılmaz olacaktır. Bunun da, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir müdahale olduğu söylenemeyecektir.

Gayrî tabîî mukarenet bulunma eyleminin, askerlik mesleğinin onur ve saygınlığını zedelediği ve disiplini bozacağı bu nedenle yasada suç olarak düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Ancak, özel hayata ait tercihlerden dolayı, asker kişinin her zaman mesleğin onurunu zedeleyeceği, disiplinsizliğe neden olacağı otomatik olarak varsayılmamalıdır. Mahremiyete riayet ederek gayrî tabîî mukarenette bulunan bir askerî şahıs mesleğinde son derece başarılı olabilir. Kıtasını çok iyi sevk edebilir, dış dünyada askerlik haysiyetine ve şerefine yakışacak liyakatta davranışlar içinde bulunabilir. Aynı şekilde, gayrî tabîî mukarenette bulunmamakla birlikte bir başka askerî şahıs görevinde çok başarısız olabileceği gibi, dışı dünyada askerlik haysiyetine ve şerefine yakışmayacak biçimde disiplinsiz davranışlar gösterebilir. Böyle bir durumda, mesleğinin ve askerliğinin gereklerini tam layıkıyla yerine getiren, dışı yansıyan bir davranışı içine girmeyerek yani mahremiyete riayet ederek gayrî tabîî mukarenette bulunan askerî şahsın askerlik haysiyetine ve şerefine aykırı hareket ettiğini kabul etmek adalet duygusuyla bağdaşmayacaktır.

Hatta, Danıştay 12'nci Dairesi 07.11.2014 tarihli ve 2011/750 E., 2014/7169 K. sayılı kararı ile, öğretmen olan davacının eşcinsel eğilimlerini okul içerisine yansıttığına veya okul dışında olsa bile öğrencileri ile bu şekilde bir ilişkiye girdiğine dair bir delil, tespit, veya tanık bulunmadığı, soruşturma aşamasında ifadeleri alınan ve davacıyla aynı okulda görev yapan öğretmenlerin ve yöneticilerin, davacının herhangi bir olumsuz hareketini görmediklerini ve disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili bir duyumlarının olmadığını beyan ettikleri görülmekle, davacının mahremiyet alanı içerisinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret fiilinin, 657 sayılı Yasa'nın 124/2'nci maddesi uyarınca memur disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığını ve disiplin suçu oluşturmadığını, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 20/1 ve Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesinin 8'inci maddeleri uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucu doğurduğuna karar vermiştir.

Bu durumda, hiçbir argüman getirilmeksizin, gereklilik ve ölçülülük ilkeleri de ortaya konulmaksızın, askerî şahısların salt gayrî tabîî mukarenette bulunma fiillerinin yasada suç olarak düzenlenmesi Anayasa'nın özel hayata saygı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Üye Hâk.Alb.H.ATA; ASCK'nın 153'üncü maddesinin Anayasa'nın özel hayata saygı ilkesine aykırılığına ilişkin çoğunluk görüşüne, özel hayata ilişkin bir hususun suç olarak tanımlanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu görüşü ile katılmıştır.

Hukuk devleti ve bu bağlamda kanun önünde eşitlik açısından yapılan incelemede;

Anayasa Mahkemesinin 06.10.2012 tarihli ve 2011/70 E., 2012/77 K., 15.06.2012 tarihli ve 2011/138 E., 2012/94 K., 06.07.2000 tarihli ve 2000/21-16 E,K. sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "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 özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Somut olayda, askerî şahıs da olsa, sanığın özel hayata yönelik fiili nedeniyle kamu görevine son verilmesi söz konusu olduğundan, durumunun diğer kamu görevlileri ve yargı mensupları ile karşılaştırılması da hoşgörülle karşılanmalıdır. Bu kapsamda, özel hayatın gizliliği, korunması ve özel hayata müdahale bakımından, hukuksal eşitliğin çerçevesinin geniş tutulması gerekir. Disiplin hukuku dışında^ .gayri tabii mukarenet fiillerden dolayı ceza hukuku anlamında fiili suç kabul edilen ve ayrı bir müeyyideye tabi tutulan tek kamu personeli askerî şahıslardır. Oysa, yasalarda özelliği itibariyle benzer nitelikte görev icra eden emniyet görevlileri için ceza yasalarında böyle bir cezai müeyyide öngörülmemiştir. Keza, icra ettikleri mesleklerinin özelliği nedeniyle, mülki amirler, yargı mensupları, sağlık çalışanları, sosyal hizmetler kurumları çalışanları, din işleri çalışanları, eğitimciler ve benzerleri için de böyle bir müeyyide öngörülmemiştir. Diğer şahısların fiilleri, yasalarla, sadece, idare hukuku, disiplin hukuku ve iş hukuku çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Bu durumda, kamu personeli olan askerî şahısların, disiplin hukuku dışında, diğer kamu personellerinin tabi olmadığı ceza hukuku bakımından suç kabul edilen ayrı bir cezai müeyyideye maruz kalmaları Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Genel olarak hukuk devleti açısından yapılan incelemede;

Görülmekte olan davada, uygulanacak norm hukuk devleti ilkesi ile bağlantılı olarak Anayasanın 10 ve 20'nci maddeleri kapsamında, kanun önünde eşitlik ve özel hayata saygı ilkelerine aykırılık teşkil etmekle birlikte, bu norm Anayasanın 2'nci maddesi kapsamında doğrudan hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Gayrî tabîî mukarenette bulunmak suçu, ASCK'nın 153/2'nci maddesinde;

“Bir kimseyle gayrî tabîî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Daha sonra, bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunmak yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmak olarak tanımlanan “Gayri tabii mukarenette bulunmak” eylemi 16.02.2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler” başlıklı 20’nci maddesinin 1/ğ bendinde, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler arasında düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, ASCK’nın 153/2’nci maddesinde düzenlenen suç ile 6413 sayılı Kanun’un 20/1-ğ maddesinde düzenlenen disiplinsizlik halini oluşturan eylemler birebir aynı olup, öngörülen fer’i ceza ve disiplin cezası da aynı anlama gelmekte ve aynı sonucu doğurmaktadır.

Dairemizin 04.03.2015 tarihli ve 2015/165-159 E.K. sayılı ilamı ile, Askerî Ceza Kanunu’nun 153/2’nci maddesinde düzenlenen “gayrî tabîî mukarenette bulunmak” suçu ile, daha sonra yürürlüğe giren ve daha özel bir kanun olan 6413 sayılı Kanun’un 20/1-ğ maddesinde aynı ad altında düzenlenen “gayrî tabîî mukarenette bulunmak” hâli, birebir aynı konuya ilişkin olup, öngörülen yaptırımların da aynı olması ve aynı sonuçlar doğurması dikkate alındığında, 6413 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile ASCK’nın 153/2’nci maddesindeki suçun zımnen ilga edildiğini kabul edilmiş, ancak, Askerî Yargıtay Başsavcılığınca yapılan itiraz üzerine Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun zımni ilganın söz konusu olmadığına ilişkin bağlayıcı nitelikteki 07.05.2015 tarihli ve 2015/42-57 E.K. sayılı kararı ile, Daire kararının kaldırılmasına ve temyiz incelemesine devam edilmek üzere dava dosyasının Daireye iadesine karar verilmiştir.

Kanun koyucu, bir fiili, mahiyetine göre, hem suç, hem de disiplinsizlik olarak görebilir. Bu nedenle, hem adli bir ceza, hem de bunun yanı sıra ayrıca bir de farklı nitelikteki disiplin cezası verilmesini öngörebilir. Bu yönüyle bir sorun yoktur. Ancak unsurları ve müeyyidesi tamamen aynı bir eylemden dolayı, bir kimsenin eş zamanlı veya peş peşe iki kez takibata maruz kalması, insan onuruyla bağdaşmayacaktır.

Ayrıca, 6413 sayılı Kanun’un 20/1-ğ maddesi gereğince Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemine tabi tutulacak bir kimsenin, bu karara karşı aynı Kanun’un 43/1’inci maddesi gereğince başvuracağı yargı yerinin Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, aynı kişi hakkında ASCK’nın 153/2’nci maddesi gereğince verilecek hükümlere karşı başvuracağı yargı yerinin ise 353 sayılı Kanun’un 205’inci maddesine göre Askerî Yargıtay olması dikkate alındığında, aynı eyleme ilişkin olarak iki farklı yargı kolu arasında farklı kararların çıkması halinde de uygulamada çözümsüzlükler çıkacak, farklı kararların çıkmış olması da hukuka olan güveni zedeleyecektir.

Bu nedenle, 6413 sayılı Kanun’un 20/1-ğ maddesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, ASCK’nın 153/2’nci maddesinin halen yürürlüğünün devam etmesi Anayasa’nın 2’inci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç itibarıyla;

ASCK'nın 153/2'nci maddesinde "Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşılar için rütbenin geri alınması cezası verilir." şeklinde yer alan kanuni düzenlemenin, Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine, 10'uncu maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine ve 20'inci maddesinde düzenlenen özel hayata saygı ilkesine aykırı olduğu sonucuna varıldığından, Anayasa'nın 152/1'inci maddesi gereğince, bu maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, karar verilmiştir.

Başkan Dr.Hâk.Alb.S.KAYMAKÇI ve Üye Hâk.Yb.H.GÜL; Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceğinin belirtilmek suretiyle bu hakkın mutlak olmadığı kabul edildiği, özel ceza yasası olan Askerî Ceza Kanunu ile sadece askeri şahıslara uygulanan yaptırımların temelini disiplinin tesis ve devamlılığının sağlanması ve askerlik mesleğinin onur ve saygınlığının korunması olduğu, bu nedenle mevcut düzenlemenin meşru temele dayandığı, özel hayata yönelik yapılan müdahalenin kanun hükmüyle de yapılmış olduğu gözetildiğinde getirilen bu sınırlamanın, hakkın özüne dokunmadığı gibi, kişilerin askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivilere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş oldukları, bu nedenle, mevcut hükmün Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği görüşü ile çoğunluğun kararına katılmamışlardır.

SONUÇ VE KARAR: Yukarıda açıklandığı üzere;

1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 153/2'inci maddesinde "Bir kimseyle gayri.tabii mukarenette bulunan yahut bu fiilî kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silâhlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşılar için rütbenin geri alınması cezası verilir." şeklinde düzenlenen kanun hükmünün, Anayasa'nın 2, 10 ve 20'nci maddelerine aykırı olduğu sonucuna varıldığından, Anayasa'nın 152/1'inci maddesi gereğince iptali için Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA;

Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmek üzere, ilgili belgelerin onaylı suretlerinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine GÖNDERİLMESİNE;

Anayasa Mahkemesince bu hususta verilecek kararın BEKLENMESİNE;

24.06.2015 tarihinde Başkan Dr. Hak. Alb. S. KAYMAKCI ve Üye. Hak. Yb. H. GÜL'ün karşı oyları ve oy çokluğuyla ile karar verildi. "