**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanık yedek subay aday adayı Ersun ÇOBANOĞLU hakkında 15 nci Kolordu Komutanlığı Askeri Savcılığının 11 Ekim 1999 gün 1999/1437-493 esas ve karar sayılı iddianamesiyle 22 Ocak 1999 - 12 Temmuz 1999 tarihleri arasında bakaya kalmak suçunu işlediğinden bahisle As. C. K.'nun 63/1-A maddesinin üç aydan sonra gelenler bendi gereğince cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır.

Sanık hakkında kamu davası açıldıktan sonra, 4459 sayılı Yasa ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa geçici 37 nci madde eklenmiş ve geçici 37 nci madde 4 Kasım 1999 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Geçici 37 nci maddede: "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun, henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış, 1 Ocak 1973 tarihinden önce doğan ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa tabi yükümlüler istekleri halinde, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde askerlik şubelerine başvurmaları, 15.000 Alman Markı veya ödeme tarihindeki karşılığı konvertibl yabancı ülke parasını ya da Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuru üzerinden hesaplanacak Türk Lirası parayı ödemeleri ve Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek birlik ve kurumlarda temel askerlik eğitimlerini yapmaları şartıyla askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılırlar.

Bu madde kapsamında bulunan ve 31 Aralık 1999 tarihinde 40 yaşını tamamlamış olanlardan istekliler, 20.000 Alman Markı veya karşılığı birinci fıkrada belirtilen yabancı ülke ya da Türk Lirası parayı ödemeleri halinde temel askerlik eğitimine tabi tutulmazlar.

Bu uygulama kapsamında yatırılacak paralar Maliye Bakanlığı Merkez Saymanlık Müdürlüğü adına T.C. Ziraat Bankasında açılacak özel hesaba yatırılır. Bu hesapta toplanan miktarları genel bütçeye özel gelir ve karşılığı da ilgili kurum bütçelerine aktarılmak üzere Maliye Bakanlığı bütçesinde açılacak özel bir tertibe ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödeneklerden yılı içinde kullanılamayan miktarlar ertesi yıl bütçesine devren gelir ve ödenek kaydedilir.

Bu tertipte oluşan ödenek Maliye Bakanı tarafından belirlenecek usul ve esaslar dahilinde, 17 Ağustos 1999 tarihinde vuku bulan deprem dolayısıyla genel hayata etkili afete maruz kalan bölgede yer alan illerdeki hasar ve zararların giderilmesi için gereken her türlü harcamanın finansmanında kullanılır.

Bedelin ödeme usul ve esasları ile uygulamaya ilişkin diğer hususlar Bakanlar Kurulu kararı ile düzenlenir.

Bu madde hükümlerinden yararlanan yükümlüler hakkında adli takibat yapılmaz." denilmektedir.

Dava dosyasında bulunan yazılı deliller incelendiğinde; sanığın 1111 sayılı Kanuna eklenen geçici 37 nci madde ile yürürlüğe konulan bedelli askerlikten yararlanmak için müracaat ettiği, yasada öngörülen bedelin tamamını ödediği, 15.02.2000 - 18.03.2000 tarihleri arasında temel askerlik hizmetini tamamladığı, 15.10.2000 tarihinden itibaren de kesin terhis işleminin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda sanık hakkında 1111 sayılı Kanuna 4459 sayılı Kanunla eklenen geçici 37 nci maddenin son fıkrasındaki "bu madde hükümlerinden yararlanan yükümlüler hakkında adli takibat yapılmaz" şeklindeki hüküm, davada uygulanacak kural haline gelmiştir.

Anayasamızın "Vatan Hizmeti" başlıklı 72 nci maddesinde: "vatan hizmeti her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir." denilmektedir.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, yasakoyucunun, takdir yetkisi içerisinde bir vatan hizmeti olan askerlik görevinin, ne şekilde yapılacağını veya yapılmış sayılacağını yasa ile düzenleme hakkı ve yetkisi bulunduğu tartışmasızdır. Buna göre yasakoyucunun askerlik hizmetine ilişkin bedelli askerlik uygulamasına yönelik düzenleme yapmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Ancak yasakoyucu geçici 37 nci maddede sadece bedelli askerlik ile ilgili bir
düzenleme yapmakla yetinmeyip son fıkrada aynı zamanda vatan hizmetiyle hiçbir
ilgisi bulunmayan, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak da düzenlemeye gitmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle geçici 37 nci maddenin son fıkrası mahkememizce Anayasanın 2, 10 ve 36 ncı maddelerine aykırı görülmüştür.

a) Anayasanın ikinci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı Atatürk milliyetçiliğine bağlı başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Böyle bir düzenin kurulması yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması temel hak ve özgürlüklerin Anayasal güvenceye bağlanması ile mümkündür.

Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasanın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılır ise hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır. Ancak bu takdir yetkisi mutlak olmayıp, Anayasanın buyurucu ve yasaklayıcı kuralları ile koyduğu güvenceler ve ceza hukukunun ilkeleri, toplum yaşantısının zorunlulukları ve yasaların gereklerine bağlı kalarak kullanılabilir.

Geçici 37 nci maddenin son fıkrasından yararlanmanın koşullarından biri de, yasada öngörülen bedeli belirtilen süre içerisinde ödemektir. Yasada öngörülen bedel 15.000 Mark (40 yaşını tamamlamış olanlar için 20.000 Mark) gibi bir çok kişinin ödeme gücünü aşan yüksek bir meblağdır. Bedelli askerlik hizmeti, adından anlaşılacağı üzere bir bedele bağlanabilir ve bu durum Anayasanın 72 nci maddesi içerisinde mütalaa edilebilir ise de; suç teşkil eden bir eylemden dolayı, suçluların bedel ödeyerek soruşturmadan veya cezadan kurtulmaları, ceza hukukunun genel ilkeleri kamu vicdanı ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

b) Anayasanın 10 ncu maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" denilmektedir.

"Yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları benzer olduğu için söz konusudur. Bu ilke ile yasa önünde eşitlik yani hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilke ile aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişilikler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasanın amaçladığı eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa, Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz, ancak durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklara, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi ile eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

Bu açıklamalar çerçevesinde geçici 37 nci maddenin eşitlik ilkesine aykırılığı somut bir örnekle açıklanacak olursa;

A ve B isimli iki farklı yedek subay adayının bakaya suçundan yargılandığını kabul edelim. Her ikisinin de geçici 37 nci maddede aranan şartlara (01 Ocak 1973 tarihinden önce doğmak, fiilen askerlik hizmetine başlamamış olmak) haiz olduklarını varsayalım. A isimli sanık bedelli askerlik hizmetinden yararlanmak için müracaat etmiş ve yasada öngörülen yükümlülükleri yerine getirmiş olsun. Bu durumda A şahsı için geçici 37 nci maddenin son fıkrası gereğince bakaya suçundan dolayı devam eden yargılamasında düşme kararı verilecektir. B şahsı ise ekonomik sebeplerle veya diğer kişisel tercihleri nedeniyle bedelli askerlik hizmetinden yararlanma hakkı bulunduğu halde müracaat etmemiş olsun ve A şahsı ile aynı tarihte askerlik şubesine müracaat edip yedek subay adayı olarak askere sevkini sağlasın. B şahsı için bedelli askerlik hizmetinden yararlanmadığı sebebiyle düşme kararı verilemeyecek ve bakaya suçundan yargılama yapılıp suçun unsurları da oluştuğu taktirde cezalandırılması yoluna gidilecektir. Sanıkların hukuksal durumları incelendiğinde, her ikisi de yasada öngörülen şartlara haiz ve bakaya suçundan yargılanmaktadırlar. Yani hukuksal durumları eşittir. Ancak ekonomik durumları eşit olmayabilir, bu nedenle sanıklardan biri yasada öngörülen bedeli ödeme gücüne sahip olmayabilir. Bu nedenle veya askerliğe karşı olan merakı veya sevgisi veya başka nedenlerle bedelli askerlik hizmetinden faydalanmak istemeyebilir. Bu durumda hukuksal durumları aynı olmasına rağmen ve daha uzun bir süre askerlik yapmasına rağmen, B şahsı işlemiş olduğu bakaya suçundan ceza alacaktır. Halbuki her ikisi de aynı tarihte askerlik hizmetini yapmak için müracaat etmişlerdir. Sırf A şahsı bedelli askerlikten yararlandı diye, bir nevi suçunun affedilmesi Anayasanın 10 ncu maddesine aykırıdır. Üstelik bedelli askerlik, şartlarına haiz olanlar için, bir hak olarak düşünüldüğünde, bu haktan yararlanmak istemeyenler için aleyhe sonuç doğması, yani daha önce işlemiş olduğu suçlarının affedilmemesi kendi içinde çelişmektedir. Toparlamak gerekirse geçici 37 nci maddenin son fıkrası kişilerin hukuksal durumlarına bakmaksızın ekonomik durumlarını ölçü alarak, kişilerin servetine göre suçlarının affedilip affedilmeyeceği düzenlemesini getirmiştir ki, böyle bir düzenlemenin eşitlik ilkesi ile bağdaştığından söz edilemez. Bir nevi hakimler kişilerin hukuksal durumlarına göre değil, servetine göre karar vermek zorunda bırakılmışlardır.

Anayasamızın 90 ncı maddesine göre, iç hukukumuzun bir parçası olan ve Anayasa Mahkemesince de, kararlarında destek norm olarak kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14 ncü maddesinde de, kişiler arasında servetine göre bir ayrım yapılamayacağı belirtilmektedir.

c) Anayasanın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36 ncı maddesinde herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir.

Geçici 37 nci maddenin son fıkrası hak arama hürriyetini de sınırlamaktadır. Hakkında bakaya suçundan dava açılmış bir sanık bedelli askerlik hizmetinden yararlandığı taktirde ve bu durum mahkemece tespit edildiğinde, yargılamaya devam edilmeyecek ve düşme kararı verilecektir. Halbuki sanığın suçsuz olduğuna dair iddiaları araştırıldığında belki de sanığın gerçekten haklı olduğu, üzerine atılı suçu işlemediği anlaşılacaktır. Mahiyetleri itibariyle beraat kararı ile düşme kararı farklı nitelikte kararlardır. Beraat kararı sanığın üzerine atılı suçu işlemediğini gösteren, sanığı aklayan bir karar niteliğinde olup düşme kararı ise bu sonuçları doğurmaz. Dolayısıyla sanık bedelli askerlikten yararlanmış olmakla, beraat etmesi yolunu da kapamış olacaktır. Bu durum hak arama hürriyeti ile bağdaşmaz.

NETİCE VE TALEP

Yukarıda açıklanan nedenlerle 1111 sayılı Askerlik Kanununa 04 Kasım 1999 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4459 sayılı Kanunla eklenen geçici 37 nci maddenin son fıkrasında yer alan "bu madde hükümlerinden yararlanan yükümlüler hakkında adli takibat yapılmaz" şeklindeki hükmün Anayasanın *2,*10 ve 36 ncı maddelerine aykırı bulunarak iptali arz ve talep olunur.""