**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“1- 1632 sayılı As.C.K.nun 5080 sayılı Yasa'nın 1 inci maddesiyle değişik 67 nci madde 1 inci fıkrasına göre; “Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.” 1 inci fıkranın A bendine göre “Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler” yabancı memlekete firar etmiş sayılacaklardır.

2- 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 113 üncü maddesinde; asker kişilerin kurumlarından izin alarak yurtdışına çıkabilecekleri belirtilmiş, TSK izin yönetmeliğinin 15 inci maddesinde ise; evrakların en az bir ay önceden izin verecek makamda hazır bulundurulması öngörülmüştür. İzin evrakları asgari tugay ve eşiti birlik komutanlıklarınca gönderileceğinden ve personelden istenen belgelerin temini için de belli bir süre gerekeceğinden yurtdışına çıkış için asgari 2-2,5 aylık bir süre gerekmektedir.

3- Yukarıdaki düzenlemenin Anayasa'nın 23 ve 13 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerektiği görüşü ile Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine karar verilmiştir.

4- Temel hak ve hürriyetler Anayasa'nın ikinci kısmında “Temel Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetler doktrinde insan haklarının pozitif hukuk tarafından tanınmış ve düzenlenmiş bölümü olarak kabul edilir. “Anayasal haklar” tabiri de temel hak ve hürriyetlerin yerine kullanılmaktadır. Anayasa tarafından düzenlenen ve güvence altına alınan haklar Anayasal haklardır. “Anayasal haklar” kavramı temel hak ve hürriyetler kavramından daha somut olmakla birlikte, yüklenen anlam sadece meri anayasa ile tanınan haklarla sınırlı olduğundan bu kavram daha az kullanılmaktadır. Temel hak ve hürriyetler arasında hiyerarşi olduğu kabul edilemez. Bu haklar Anayasa tarafından güvence altına alındığından ve Anayasa maddeleri arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunmadığından ve ayrıca aynı kurucu iktidar tarafından kabul edildiğinden temel hak ve hürriyetlerin her biri aynı önem ve değerdedir.

Temel hak ve hürriyetlerin bütüncül (monist) bir yapısı vardır. Kişinin özgürlüğü ancak bu hakların tamamına sahip olması ile mümkündür.

Temel hak ve hürriyetlerden olan seyahat hürriyeti uzun bir tarihi gelişim süreci sonunda temel haklardan sayılmıştır. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 7 nci maddesiyle düzenlenen kişi güvenliğinin, doğrudan bahsedilmese dahi seyahat hürriyetini de kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak 1791 Fransız Anayasası seyahat özgürlüğünü düzenlemiştir.

10 Aralık 1948'de kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin 13 üncü maddesiyle seyahat ve yerleşme hürriyeti tanınmış, 29, 30 uncu maddelerinde bu hakların kamu düzeni, ahlak ve genel refahı sağlamak amacıyla sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca hazırlanan 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 12 nci maddesinde seyahat hürriyeti düzenlenmiş, aynı maddede bu hakların milli güvenliği, kamu düzenini, genel sağlığı veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli ve bu sözleşme ile tanınmış diğer haklarla ahenkli olan, kanunla belirtilmiş kısıtlamalar dışında hiçbir kısıtlamaya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

04 Kasım 1950'de yürürlüğe giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde seyahat hürriyeti ile ilgili bir düzenleme yer almamıştır. Ancak 1963 yılında imzalanan ve 1968 yılında yürürlüğe giren Ek 4 No.lu protokolün 2 nci maddesinde seyahat hürriyeti düzenlenmiş, aynı maddede bu hakların kullanılmasının kanunun öngördüğü nedenler dışında bir kısıtlamaya konu olamayacağı, bu kısıtlamaların demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin sağlanması, suçların önlenmesi, sağlık ve ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetinin korunması için alınacak gerekli önlemlerle sınırlı olduğu belirtilmiştir.

1982 Anayasasının 23 üncü maddesinde düzenlenen “Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti”de Anayasa'nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmının, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. 23 üncü maddenin ilk şekline göre “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir..., seyahat hürriyeti, suç, soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir. Vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyeti, ülkenin ekonomik durumu, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması ve kovuşturması sebebiyle sınırlanabilir. Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.”

Ancak 4709 sayılı Yasa ile seyahat hürriyetini sınırlayan sebeplerden biri olan “Ülkenin ekonomik durumu” madde metninden çıkarılmıştır. 1982 Anayasasının 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonraki son şekline göre “Yurtdışına çıkma hürriyeti” vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabilir. (Md.23/5)

1982 Anayasasında 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe kadar seyahat hürriyeti Anayasa'nın 23 üncü maddesinde düzenlenen sınırlamalar ve Anayasa'nın eski 13 üncü maddesindeki genel sınırlama sebepleriyle sınırlandırılabiliyordu. 13 üncü maddedeki sınırlandırma sebepleri; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunmasıdır. Ancak 4709 sayılı Yasa'nın ikinci maddesiyle Anayasa'nın 13 üncü maddesi değiştirilmiş ve genel sınırlama sebepleri madde metninden çıkarılmıştır.

Bu durumda, bütün temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasa'nın ilgili maddesindeki sınırlama sebepleriyle, ancak kanunla sınırlanabilecektir. Seyahat hürriyeti ancak kanunla ve sadece vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlandırılabilecektir. Bu değişiklikler ile Anayasa'daki seyahat hürriyeti uluslararası sözleşmelerden daha gelişmiş bir düzeye getirilmiştir.

Yurtdışına çıkış ile ilgili Pasaport Kanunu'nun 22 nci maddesinde de düzenleme yapılmıştır. Pasaport Kanunu'nun 22 nci maddesine göre; “Yurtdışına çıkmaları mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahsur bulunduğu İçişleri Bakanlığı'nca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez...” Görüldüğü üzere Pasaport Kanunu'nun 22 nci maddesine göre yurtdışına çıkışa engel haller; mahkemelerce yasaklananlar, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu Içişleri Bakanlığı'nca tespit edilenler ve vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlerle sınırlıdır.

Gerek Anayasa'da ve gerekse Pasaport Kanunu'ndaki düzenlemelerde Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının yurtdışına seyahati yönünden kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunkoyucunun bu hususu unuttuğu söylenemeyeceğine göre, Silahlı Kuvvetler personeli yönünden bir kısıtlamaya gerek bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira, Anayasada Türk Silahlı Kuvvetler personelinin tamamı veya bir kısmı yönünden bazı kısıtlamalar mevcuttur. Anayasa'nın 67 nci maddesinde silah altında bulundurulan erbaş ve erler ile askeri öğrencilerin oy kullanamayacakları, 76 ncı maddesinde silahlı kuvvetler mensuplarının görevlerinden çekilmedikçe, aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri, 129 uncu maddesinde; memurlara verilen uyarma ve kınama cezaları hariç, disiplin kararlarının yargı denetimine tabi olduğu, ancak Silahlı Kuvvetler mensupları hakkındaki hükümlerin saklı olduğu, 137 nci maddesinde kanunsuz emir düzenlenirken askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların bulunduğu düzenlenmiştir. Tüm bu hususlar, kanunkoyucunun Anayasada Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları için gerekli gördüğü konularda özel düzenleme yaptığını, ancak seyahat hürriyeti yönünden bir kısıtlama öngörmediğini, başka bir deyişle seyahat hürriyeti yönünden TSK mensupları ile diğer vatandaşlar arasında bir ayrıma gidilmediğini göstermektedir.

Anayasa'nın 4709 sayılı Yasa ile değişik 13 üncü maddesi temel hak ve hürriyetleri sınırlayan kuralları, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmama, sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olmaması, sınırlamanın demokratik toplum düzenine aykırı olmaması, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama şeklinde belirtmiştir.

Sınırlamalar yasa ile yapılabilecektir. Temel hak ve hürriyetler, ancak yasa ile sınırlandırılabilir, tüzük, yönetmelik gibi başka düzenleyici şeylerle sınırlandırılamaz.

Anayasa'nın 23 ve 13 üncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; seyahat hürriyeti, Anayasa'nın 23 üncü maddesinde gösterilen sebeplerle ve ancak yasayla sınırlanabilir. Sınırlama 13 üncü maddede belirtilen sınırlamayı sınırlayan kurallara aykırı olamaz.

Bütün bu açıklamalardan sonra yargılama konusu davada uygulanması talep edilen As. CK.nun 67/1-A maddesine göre; Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları yasal olarak izinli oldukları sırada dahi yurtdışına çıkış izni almaksızın yasal yollardan (pasaport ile ve hudut kapılarından çıkarak) yurtdışına çıkamaz. Eğer yurtdışına çıkar ve yurtdışında 3 gün geçirirse yabancı ülkeye firar suçunu işlemiş sayılmaktadır. As. CK.nun 67 nci madde birinci fıkra (A) bendinde “Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi” ibaresi ilk olarak 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Yasa'nın 14 üncü maddesiyle As. CK.nun 67/1-A maddesine girmiştir. 29.1.2004 tarih ve 5080 sayılı Yasa ile 67 nci maddenin birinci fıkrası değiştirilerek daha önce üç seneden beş seneye kadar hapis cezası, bir seneden beş seneye kadar hapis cezası olarak değiştirilmiş, ancak suçun unsurları yönünden (A) bendinde her hangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Mahkememizce aynı dava dosyası ile ilgili olarak 6.11.2002 tarihinde As. CK.nun 67/1-A maddesinin Anayasa'ya aykırılık görüşüyle Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine karar verilmiş, Yüksek Mahkeme'nin 21.1.2004 tarih ve 2002/166 E, 2004/3 K. sayılı kararıyla anılan maddenin Anayasa'nın ikinci maddesine aykırı olduğuna karar verilerek maddenin iptaline ve iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayınlanmasından başlayarak üç ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Ancak bu kararda madde iptal edildiğinden Anayasa'nın 13 ve 23 üncü maddelerine aykırılık konusundaki istemimiz incelenmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra As. CK.nun 67 nci maddesi 22.1.2004 tarihinde kabul edilen 5080 sayılı Yasa ile değiştirilmiş, değişiklik Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesini karşılamakla birlikte, mahkememizce daha önce Anayasa Mahkemesi'ne götürülen Anayasa'nın 13 ve 23 üncü maddeleri yönünden taleplerimizi karşılamadığından yeniden Anayasa'ya aykırılık görüşüyle yüksek mahkemeye başvurulmuştur.

İznini yurtdışında geçirmek için önceden planlama yapan personel yönünden belli bir süre önce idareye yurtdışı izni için müracaat edilmesi bir sorun teşkil etmeyebilir. Ancak yurtdışına çıkma gereği her zaman planlı bir şekilde ortaya çıkmayıp, aniden gelişen olaylar nedeniyle personelin yurtdışına çıkma gereği doğabilir. Türkiye'de basına yansıyan rakamlara göre 2004 yılında şu ana kadar 5 milyonun üzerinde Türk vatandaşı yurtdışına çıkmıştır. Gelişen teknoloji toplumları ve ülkeleri birbirine yaklaştırmıştır. Dolayısıyla asker bir kişinin de acil olarak yurtdışına çıkması gereği her zaman ortaya çıkabilir. Asker bir kişinin acil olarak yurtdışına çıkması gereken bir durumda yıllık veya mazeret izni alarak yasal yollardan yurtdışına çıkma imkanı varken, As. CK.nun 67/1-A maddesindeki düzenleme ile yurtdışına seyahat hürriyeti ağır bir cezai tehdit ile sınırlandırılmaktadır.

Askeri personelin yurtdışına çıkmalarından idarenin haberdar olma isteği esasen makul ve mantıklı karşılanabilir. İdare günün gelişen teknolojilerini kullanarak personelin yurtdışına çıkıp çıkmadığını öğrenebilir. Sırf personelin yurtdışına çıkışını kontrol altına almak için cezai tedbir uygulanması anayasal teminat altında olan seyahat hürriyetinin kısıtlanması mahiyetindedir. Bu düzenleme ile görevde bulunması gerekirken firar eden, başka bir deyişle gerçek amacı yurtdışına firar olan personel ile firar amacı asla olmaksızın izinli iken yasal yollardan yurtdışına çıkan personel arasında bir ayrım yapılmamaktadır.

As. CK.nun 67 nci maddesindeki “Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi” şeklindeki düzenleme ile TSK mensuplarının seyahat hürriyeti ağır bir ceza tehdidiyle ve hakkın özüne dokunularak kullanılamaz duruma getirilmiş ve hakkın özü zedelenmiştir. Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bugüne kadar hak ve özgürlüklerin özünün saptanmasında “hakkın kullanılabilir” durumda kalmasını ölçü olarak kullanmıştır. As. CK.nun 67 nci maddesinde izinliyken ve yasal yollardan yurtdışına çıkan TSK mensupları yurtdışına firar kastları olmadığı halde ağır bir cezai tehdit altında bırakılarak, seyahat hürriyetinin özü zedelenmiş ve bu hakkın kullanılması önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Günümüzde insan haklarında meydana gelen gelişmeler kişi özgürlüğünü kısıtlamaktan ziyade geliştirilmesine yöneliktir. Anayasa'nın 13 ve 23 üncü maddelerinin yukarda izah edilen değişiklikler temel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi yönünde iken, As. CK.da tam aksi yönde yapılan değişiklik Anayasa'nın ruhuna ve felsefesine de aykırıdır. Demokratik toplumlarda kişilerin yurtdışı seyahat özgürlüklerine bu şekilde bir kısıtlama kabul göremez. Dolayısıyla TSK. personelinden izinli olanların yasal yollardan yurtdışına çıkmalarına getirilen ağır cezai tehdit demokratik toplum düzenine de aykırıdır.

5- Sonuç olarak temel hak ve hürriyetlerden olan seyahat hürriyeti kapsamındaki yurtdışına çıkış özgürlüğü ancak Anayasa'nın 23 üncü maddesindeki sebeplerle ve Anayasa'nın 13 üncü maddesindeki sınırlamanın sınırları ilkelerine uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Bu nedenle As. CK.nun 67-1/A maddesi ile TSK personeli yönünden yurtdışına çıkış için getirilen sınırlama Anayasa'nın 13 ve 23 üncü maddelerine açıkça aykırıdır.”"