

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:1977/130

Karar Sayısı:1978/13

Karar Günü:14/2/1978

Resmi Gazete tarih/sayı:1.6.1978/16303

İtiraz yoluna başvuran : Jandarma Genel Komutanlığı Askerî Mahkemesi.

İtirazın konusu : 22/5/1930 günlü, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 25/5/1972 günlü, 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) nin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan hükümlerle, 25/10/1963 günlü, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 8/6/1972 günlü, 1596 sayılı Yasa ile değişik 11. maddesinin (D) bendi hükmünün Anayasa'nın 12., 32. ve 138. maddelerine aykırı olduğu öne sürülerek iptali istenmiştir.

I. OLAY :

Ankara'da yayınlanan bir gazetenin Genel Yayın Müdürlüğünü yapan sanığın bu gazetede yayınladığı bir yazıda kullandığı kimi sözcük ve tümceleri Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif edici nitelikte gören Jandarma Genel Komutanı, sözü edilen gazetenin bir nüshasını Komutanlık Askerî Savcılığına göndererek, 353 sayılı Yasanın 8/1. ve 95/2-3. maddeleri gereğince hazırlık soruşturması yapılmasını istemiştir.

Jandarma Genel Komutanlığı Askerî Savcılığınca yapılan hazırlık soruşturması tamamlandıktan ve Türk Ceza Kanununun 160/2. maddesi ile Askerî Ceza Kanununun 48/B. maddesine dayanılarak Millî Savunma Bakanlığından kovuşturma izni de alındıktan sonra 11/8/1977 günlü, 1977/162 -104 sayılı iddianame ile sanık hakkında Jandarma Genel Komutanlığı Askerî Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

Devletin Askerî kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçundan Türk Ceza Kanununun 159/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istenen sanık ise, 10/10/1977 günlü duruşmada, hem 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 25/5/1972 günlü, 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) nin, hem de 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 8/6/1972 günlü, 1596 sayılı Yasa ile değişik 11. maddesinin (D) bendinin Anayasanın 12., 32. ve 138. maddelerine aykırı olduğu savında bulunmuştur.

Öne sürülen Anayasaya aykırılık savının ciddî olduğu kanısına varan Jandarma Genel Komutanlığı Askerî Mahkemesi de sözü geçen hükümlerin iptali için Anayasa'nın değişik 151/1. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulmasını ve bu konuda verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasını kararlaştırmıştır.

III. METİNLER :

1 - İptali istenen yasa maddeleri :

a) 22/5/1930 günlü, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 25/5/1972 günlü, 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) şöyledir :

Ek madde 2 - Devletin Askerî Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenler T. C. K. nun 159 uncu maddesi gereğince cezalandırılırlar.

Bu maddedeki suçun basın yoluyla işlenmesi halinde ceza arttırılarak verilir.

b) 25/10/1963 günlü, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun, iptali istenen (D) bendini de içeren 8/6/1972 günlü, 1596 sayılı yasayla değişik 11. maddesinin tamamı aşağıda yazılıdır :

Madde 11 - Askerî mahkemeler, Asker olmayan kişilerin aşağıda yazılı suçlarına ilişkin davalarına bakarlar.

A. Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 81, 93, 94, 95, 100, 101, 102 nci maddeleri ile 148 inci maddelerinin (B) fıkrasında yazılı suçlar ile;

B. Birinci askerî yasak bölgeler içinde veya nöbet yerlerinde, kara kollarda, kışla ve karargâhlarda, askerî kurumlarda, yerleşme ve konaklama amacıyla kullanılan bina ve mahaller içinde askerlere fiilen taarruzda bulunan, söven veya hakaret eden veyahut askerlik görevine ilişkin işleri yapmaya veya yapmamaya zorlamak için şiddet ve tehdide başvuranların Türk Ceza Kanununun bu fiillere ilişkin 188, 190, 191, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 266, 267, 268, 269, 271, 272 ve 273 üncü maddelerinde gösterilen suçları;

C. Nöbetçi, devriye, karakol, inzibat, askerî trafik, kolluk veya kurtarma ve yardım görevi yapan askerlere (umumi emniyet ve asayiş korumaya ilişkin önleyici ve adli zabıta görevlerini ifa ettikleri sırada jandarma subay, astsubay, erbaş ve erleri hariç) karşı bu görevleri yaptıkları sırada işlenen yukarıdaki (B) fıkrasında yazılı suçlar;

D. Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçları;

E. Diğer kanunlar ile askerî mahkemelerde yargılamaları öngörülen suçlar,

2 - İlgili Yasa maddeleri :

a) Türk Ceza Kanununun 159. maddesi :

Madde 159 - Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin Askerî veya Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini veya Adliyenin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vuku bulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen şovenler 15 günden altı aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.

b) Askerî Ceza Kanununun 1. maddesi :

Madde 1 - Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi surette carî olan esaslar bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça Askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur.

1 - Bu Kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar askerî cürümlerdir.

2 - Bu Kanunun kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı suçlar askerî kabahatlerdir.

c) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 6. maddesi :

Madde 6 - Askerlerin, askerlik vazifelerine veya suçlarına taallük etmeyen yahut askerler aleyhine işlenmiş olmayan suçlarını umumi mahkemeler görür.

Askerlerin vazifelerinden hariç suçlarda asker olmayanların da alâkaları varsa bu gibi suçların muhakemesi umumi mahkemelerde görülür.

Asker olmayanların muhakemelerine herhalde umumi mahkemelerde bakılır.

d) Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9. 12. maddeleri;

Madde 9 - Askerî mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Madde 12 - Askerî mahkemelere ve Adliye Mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müstereken işlenmesi halinde eğer suç Askerî Ceza Kanununda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere; eğer suç Askerî Ceza Kanununda yazılı olmayan bir suç ise adliye mahkemelerine aittir.

3 - Dayanılan Anayasa maddeleri:

Madde 12 - Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Madde 32 - Hiçkimse, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

Madde 138 - Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin askerî olan suçları ile, bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemeler asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemelerin, savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili olduğu kanunla gösterilir.

Askerî mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır.

Askerî Yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatinde bulundukları komutanlarla ilişkileri mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.

IV. İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi, 1/12/1977 gününde Kani Vrana, Şevket Müftügil, Halit Zarbun, Abdullah Üner, Ahmet Koçak, Sekip Çopuroğlu, Fahrettin Uluç, Muhittin Gürün, Lûtfi Ömerbaş,

Hasan Gürsel, Ahmet Salih Çebi, Adil Esmer, Nihat O. Akçakayalıoğlu, Ahmet H. Boyacıoğlu ve Necdet Darıcıoğlu'nun katılmalarıyla İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca yaptığı ilk inceleme toplantısında, dosyanın eksikliği bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar vermiştir.

V. ESASIN İNCELENMESİ :

İşin esası hakkındaki rapor, Jandarma Genel Komutanlığı Askerî Mahkemesinin başvurma kararı, bu kararla birlikte gönderilen belgeler, iptali istenen yasa hükümleri ile ilgili yasa ve dayanılan Anayasa kuralları, bunlara ilişkin gerekçeler, başka yasama belgeleri ve öteki metinler okunduktan sonra, gereği görüşülüp düşünüldü :

353 sayılı Yasanın 11/B maddesinin ilk metninde yer alan ve (Askerî mahallerde veya 1110 sayılı Yasada yazılı birinci askerî yasak bölgeler içinde veya nöbet yerlerinde veya karakollarda askerlik ödevlerini yaptıkları sırada veya yaptıkları bu ödevlerden dolayı asker kişilere ve bu yerlerde görevlendirilen devriyelere ve inzibatlara fiilen taarruz eden veya söven veya hakaret eden veya askerlik görevlerine ilişkin işleri yapmaya veya yapmamaya zorlamak için haklarında şiddet ve tehdide başvuran) asker olmayan kişilerin de askerî mahkemelerde yargılanmalarını hükme bağlayan kural, Anayasa'nın 138. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı görülerek Anayasa Mahkemesinin 10/3/1965 günlü, Esas : 1964/50 ve Karar : 1965/14 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. (25/6/1965 günlü, 12032 sayılı Resmî Gazete Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı : 3. S. 104).

Genel ceza yasasına göre özel bir yasa sayılan Askerî Ceza Kanununda, 353 sayılı Yasanın 11/B maddesinde yazılı suçlara ait ceza hükümlerinin yer almaması, başka bir deyişle bu suçlara özel yasada belirtilen askerî suç niteliği kazandırılmaması ve 11. maddenin (B) bendinin sadece görevi belli eden bir kuralı kapsamakta olması iptal kararının dayanağını oluşturmaktadır.

Anayasanın 138. maddesi daha sonra 20/9/1971 günlü, 1488 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve ikinci fıkrasında yer alan "Askerî Mahkemeler, asker olmayan kişileri, ancak özel kanunda belirtilen askerî suçlarından dolayı yargırlarlar" biçimindeki kural daha da genişletilerek askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin (Özel yasada belirtilen askerî suçları) yanında (Yasada gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya yasada gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri) suçlara bakmakla da görevli kılınmışlardır.

Anayasanın 138. maddesinde yapılan bu değişiklik doğrultusunda 353 sayılı Yasanın 11. maddesi de 8/6/1972 günlü, 1596 sayılı yasa ile değiştirilmiş, Anayasa Mahkemesince iptal edilen (B) bendi bu kez (B) ve (C) bentlerinin oluşturduğu iki bent halinde genişletilmek, "Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçları" da ayrı bir bent içinde maddeye sokulmak suretiyle 11. madde yeniden yasalaştırılmıştır. Bu arada Askerî Ceza Kanununa 25/5/1972 günlü, 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) ile Devletin Askerî Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlerin Türk Ceza Kanununun 159. maddesi uyarınca cezalandırılacakları, bu suçun basın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılacağı öngörülerek, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararı çerçevesinde, bu suça da askerî suçlar arasında yer verilmek istenmiş, böylece Devletin Askerî Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçlarını işleyen asker olmayan kişilerin de askeri mahkemelerde yargılanmaları sağlanmıştır.

Jandarma Genel Komutanlığı Askerî Mahkemesi ise, hem 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 1596 sayılı Yasa ile değişik 11. maddesinin (D) bendinin, hem de 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) nin Anayasanın 12, 32 ve 138. maddelerine aykırı olduğuna ilişkin itirazları ciddi görerek iptal edilmeleri istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuş bulunmaktadır.

9/7/1961 günlü, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Askerî Yargı" başlığını taşıyan değişik 138. maddesi; askerî yargının, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceğini belirttikten sonra, askerî mahkemelerin görevini belirlerken savaş veya sıkıyönetim halleriyle barış zamanını birbirinden ayrı tutmuş, savaş veya sıkıyönetim hallerinde bu mahkemelerin görevlerinin yasa ile belli edilmesini öngörmüş, barış zamanındaki görevlerini ise kesinlikle belli etmiştir. Bu konuda asker kişilerle asker olmayan kişiler ayrı ayrı gözönünde tutularak maddenin ikinci fıkrasında, askerî, mahkemelerin, "..... asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara" bakmakla görevli oldukları esası benimsenmiştir.

Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçunun, gerek (Yasada, gösterilen görevlerini yaptıkları sırada) gerek (Yasada gösterilen askerî mahallerde) askerlere karşı işlenen suçlardan ayrı nitelikte bir suç oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan eldeki davada 138. maddenin ikinci fıkrasının sadece (özel yasada belirtilen askerî suçlar)a değinen bölümü Anayasaya uygunluk denetimi açısından önem taşımaktadır.

Hal böyle olduğuna göre, sözü edilen suçun gerçekten (özel yasada belirtilen askerî suçlar) arasında yer aldığı kabul edildiği takdirde, asker olmayan kişilerin bu suçlarla ilgili davaları askerî mahkemelerin görev alanı içine girecek, 353 sayılı Yasanın 1596 sayılı yasa ile değişik 11. maddesinin (D) bendi de bu nedenle Anayasaya uygun sayılacak, aksi halde değerlendirme ters bir sonuç doğuracaktır.

Görüldüğü üzere 353 sayılı Yasanın 11/D maddesi doğrultusunda yapılacak inceleme Askerî Ceza Kanununa 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) hakkında yapılacak incelemeye ve varılacak sonuca doğrudan doğruya bağlı olduğundan önce (Ek madde 2) 'nin Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesinde zorunluluk vardır.

1- 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2)'nin Anayasaya uygun olup olmadığı sorunu :

Jandarma Genel Komutanlığı Askerî Mahkemesinin 27/10/1977 günlü Esas: 1977/146 sayılı Anayasa Mahkemesine başvurma kararında Anayasanın 12., 32. ve 138. maddelerine aykırılıktan ayrı ayrı söz edildiğine, Devletin Askerî Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçunun özel Yasada gösterilen askerî bir suç niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda yapılacak değerlendirme (Kanuni yargı yolu) ve (Eşitlik) ilkeleri doğrultusundaki değerlendirmeleri de etkileyeceğine göre, Anayasanın 138. maddesinin ikinci fıkrası açısından yapılacak incelemeye öncelik verilmesi gerekmektedir.

A. Anayasanın 138/2. maddesi açısından inceleme :

Anayasanın 1488 sayılı Yasa ile değişik 138. maddesinin birinci fıkrasındaki genel kural ile askerî mahkemelerin hangi davalara bakacakları belirtilmiş, kuruluş amaçlarına uygun olarak bu mahkemelerin görev alanları çizilmiştir. İkinci fıkrasında ise asker olmayan kişilerin hangi suçlarına hangi koşullarda bakılacağını öngören ayırık bir kural yer almıştır.

Buna göre askerî mahkemeler, asker olmayan kişileri, incelenmekte olan konuyu ilgilendiren yönü ile, ancak (özel yasada belirtilen askerî suçlarından) dolayı yargılayabileceklerdir. Bu bakımdan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2)'nin her iki koşulu birlikte içermesi, daha açık bir anlatımla, Devletin Askerî Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçunun hem özel yasada belirtilen, hem de askerî nitelik taşıyan bir suç karakterinde olması halinde Anayasanın 138. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılıktan söz edilemeyecektir.

İtiraz konusu kuralın Askerî Ceza Kanununun bir hükmü olduğunda duraksama bulunmadığına göre suçun özel yasada belirtilmiş olması koşulu yerine getirilmiş sayılmalıdır. Ancak, Devletin Askerî Kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçlarının, askerî suç niteliği taşıyıp taşımadığını saptayabilmek için askerî suçun gerçek anlamı, Anayasa Koyucunun 138. maddenin ikinci fıkrasında kullandığı bu deyimle neyi amaçladığı, genel nitelikteki her suçun istendiğinde askerî suça dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği ve yasama organının bu yönden mutlak bir takdir yetkisine sahip olup olmadığı üzerinde özellikle durulması, bu konuların da yeterince açıklığa kavuşturulması zorunludur.

a - Askerî Ceza Kanununa göre askerî suçun tanımı :

Askerî Ceza Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrasında, askerî suç kapsamı içinde yer alan askeri cürümlerle askerî kabahatlerin kısa tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre :

"1 - Bu kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar askerî cürümlerdir.

2- Bu kanunun kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı suçlar askerî kabahatlerdir."

Yukarıya aktarılan yasal tanımlama, askerî suçun belirlenmesinde başlıca iki öge aramakta; suçun Askerî Ceza Kanununda yazılmış olmasını, ayrıca, bu yasa tarafından ölüm, ağır hapis, hapis ve kısa hapis cezalarından biriyle cezalandırılmış bulunmasını zorunlu saymaktadır.

Aşağıda açıklandığı üzere Askerî Ceza Kanununun bu tanımı bir kaç yönden eksik veya yetersizdir. Kısaca değinmek gerekirse :

aa) Askerî Ceza Kanununda yer alan suçları başlıca dört grupta toplamak olanağı vardır.

Sözü geçen Yasanın ilgili maddelerinde açıkça ölüm, ağır hapis, hapis ve kısa hapis cezalarından biriyle yaptırım altına alınmış suçlar (Madde 63, 91, 117 vb.) birinci grubu;

Hem suç unsurları hem de uygulanacak cezalar bakımından Türk Ceza Kanununa göndermede bulunulmuş olan suçlar (Madde 54, 135, 140, 144. v.b.) ikinci grubu;

Cezası Askerî Ceza Kanununda gösterilmiş olmakla beraber suç unsurları bakımından Türk Ceza Kanununa göndermede bulunulan suçlar (Madde 55, 56, 57/2, 58 v.b.) üçüncü grubu; ve

Asli ceza olarak kişisel özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine tart, ihraç, rütbenin geri alınması gibi fer'i nitelikteki cezalarla yaptırım altına alınan veya öğrencilik hukukunun yitirilmesi gibi haklardan yoksun kalma sonucunu doğuran suçlar (Madde 153, 154/2 v.b.) sonuncu grubu oluşturmaktadır.

Askerî Ceza Kanununun 1. maddesinin askerî suç tanımı gözönünde tutulduğunda, bunlardan hem suç unsurları hem de uygulanacak cezalar bakımından Türk Ceza Kanununa göndermede bulunulan suçlarla, doğrudan doğruya tart, ihraç ve rütbenin geri alınması gibi fer'i cezalarla yaptırım altına alınan veya öğrencilik hukukunun yitirilmesi gibi kimi haklarda yoksun kalma sonucunu doğuran suçlara, salt Askerî Ceza Kanununda ölüm, ağır hapis, hapis ve kısa hapis cezaları ile yaptırım altına alınmamış olmaları nedeniyle askerî suçlar arasında yer verilemeyecektir. Oysa bu suçlardan özellikle son grubu oluşturanların, Türk Ceza Kanununda genellikle suç olarak kabul edilmemiş olmaları yanında faillerinin ordudan uzaklaştırılmaları sonucunu da doğurmakta oldukları düşünülürse her halde askerî suç sayılmaları gerekecek, Askerî Ceza Kanununun 1. maddesindeki askerî suç tanımının eksikliği ve yetersizliği de böylece ortaya çıkmış olacaktır.

Öte yandan, Askerî Ceza Kanununda cezanın Türk Ceza Kanununa göndermede bulunularak belirlenmesinin suçun niteliğini değiştirmeyeceğine ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisinin 25/4/1945 günlü, 243 sayılı yorum kararı ise ikinci grubu oluşturan suçlar yönünden konuya yeteri kadar açıklık kazandırmaktadır. (3/5/1945 günlü ve 5996 sayılı Resmî Gazete-3. Tertip Düstur. Cilt 26, S. 343). Ayrıca Yargıtayın ve Askerî Yargıtayın yerleşmiş içtihatları da, Askerî Ceza Kanununun 135. maddesi ile ilgili yorum kararı doğrultusunda olarak, cezası Türk Ceza Kanununa gönderme yapılmak suretiyle saptanan bütün suçların askerî suç sayılmalarını öngörmektedir.

ab) Askerî Ceza Kanununun 1. maddesinin açık anlatımına, özellikle askerî cürüm ve askerî kabahat tanımlamalarının başında yer alan "bu kanunun" biçimindeki sözcüklere bağlı kalındığında, bu anlatımla Askerî Ceza Kanunu amaçlandığına göre, örneğin 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda yazılı olan ve pek çoğu Askerî Ceza Kanununun kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı askerî kabahat niteliğindeki eylemlerin bu yasaya aktarılması suretiyle oluşturulan disiplin suçları da sözü edilen tanım kapsamına sokulamıyacak, dolayısıyla askerî suç sayılamayacaktır.

Bununla birlikte, Askerî Ceza Kanununda yer alan ve istendiğinde bu Yasa kapsamına sokulan her suçun, niteliği ne olursa olsun, kesinlikle askerî suça dönüşeceği de kuşkusuz düşünülemeyecektir.

Yapılan açıklamalar Askerî Ceza Kanununun askerî suça ilişkin tanımındaki eksikliği, yetersizliği ve bu tanıma dayanılarak doğru sonuçlara ulaşılmasındaki güçlükleri belirgin biçimde ortaya koymaktadır.

Nitekim, 138. maddenin düzenlenmesi, sırasında Anayasa Koyucu da Askerî Ceza Kanunundaki tanımı benimsememiş ve asker olmayan kişilerin askerî mahkemelerde yargılanabilmelerini suçun özel yasada belirtilmiş olması yanında askerî suç olması koşuluna bağlamış bulunmaktadır. Bu düzenleme, suçun salt özel yasada yer almasının onun askerî suç sayılmasını sağlayamayacağını, her hangi bir suça askerî suç niteliği kazandırmak hususunda yasama organının dokunulmaz hakkına sahip bulunduğundan söz edilemeyeceğini de göstermektedir. Gerçekten genel nitelikteki bir suça salt yasama organı istediği ve özel yasa niteliğindeki Askerî Ceza Kanununda açıkça yer verildiği için askerî suç vasfı verilemeyecektir. Tersine, niteliği bakımından bir suçun tartışmasız kabul edilmesi gereken askerî vasfı, o suçun askerî suç sayılmasını zorunlu kılacak, yasama organının özel yasada belirtmeye ilişkin takdir yetkisi de bu zorunluktan doğacaktır.

b -Askerî suçun niteliği, belirleyici özellikleri :

Askeri suçların niteliklerini, bu suçları diğer suçlardan ayıran özellikleri saptayabilmek için, ayrı bir askerî yargının ve ayrı bir Askerî Ceza Kanununun hangi gereksinmelerin ürünü olduğunu belirlemekte yarar vardır.

Türk yurdunu ve Anayasa ile belirlenen Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumakla görevli Türk Silahlı Kuvvetleri, bu amaçla harp sanatını öğrenmek ve öğretmek görevini de üstlenmiş bulunmaktadır. İçten ve dıştan gelebilecek her tür tehlikeye karşı sürekli olarak güçlü ve kuvvetli olmayı zorunlu kılan hayatî nitelikteki bu görevler ve askeri hizmetin özellikleri Silahlı Kuvvetlerin her kademesinde üstün bir disiplin anlayışının ve örnek bir disiplin düzeyinin egemen olmasını da gerektirmektedir.

Askerliğin temelini oluşturan disiplin; yasalara, nizamlara (tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, talimnameler ve yönergeler) ve âmirlerle kayıtsız koşulsuz itaat, ast'ının ve üst'ünün hukukuna uyma demektir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin, Türk Vatanının, bağımsızlığımızın ve

Türkiye Cumhuriyetinin varlığı ve sürekliliği ile doğrudan doğruya ilgili temel öğelerden biri olan disiplini korumak ve sürdürmek için özel yasalarla cezaî önlemler alınması, yine özel yasa ve nizamlarla ayrıca yönetsel önlemler konması çok eski bir geçmişe dayalı geleneklerimizin ve toplumumuzun bu alandaki gereksinmelerinin sonucudur. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun, ceza kurallarını içeren başka askeri yasalar, Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ve askerlikle doğrudan doğruya ilgili öteki yasalar gerçekten sözü edilen gereksinmelerin, ayrıca disiplin ile adaletin en iyi biçimde gerçekleştirilip bağdaştırılması ilkesinin ürünleridir.

Disiplini korumak ve sürdürmek, adalet ile disiplin arasında uyum sağlamak, başka bir deyişle adil ve sürekli bir disiplin düzeni oluşturmak ve suçun işlenmesiyle bozulan, disiplini gecikmeksizin yeniden kurmak amacıyla kabul edilen özel ceza yasalarının ve askerî yargının barış zamanındaki işlerlik ve geçerlilik alanı ve temel öğeleri kural olarak askerî yerler (mahaller), asker kişiler, askerlik hizmet ve görevleri ile sınırlıdır. Bu nedenle askerî suçlarda suçu işleyen kimsenin asker kişi olması asıldır. Bununla birlikte ayrık da olsa asker olmayan kişilerin işledikleri kimi suçlar askerî suç kapsamı içinde değerlendirilmekte ve işlenen suçun belirtilen niteliğine bakılarak uygulama yapılmaktadır.

Askerî suçların doktrin ve uygulama alanlarında "sırf askerî suç" ve "askerî suç benzeri" biçiminde ikiye ayrılması da asker olmayan kişilerin kimi askerî suçlarla kural dışı olan ve fakat zorunlu bulunan ilgisinden doğmaktadır.

Öğretide genellikle sırf askerî suçlar, "bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlâli suretiyle işlenipte, bu sıfatı haiz bulunmayan kimseler tarafından işlenmesi kabil olmayan ve genel ceza kanununda ne kısmen ve ne de tamamen öngörülme-yen askerî suçlardır" biçiminde tanımlanmaktadır.

Bu tanımlamaya göre, sözü edilen suç tipinin belirleyici öğeleri; failin asker kişi olmasında, suçun unsurlarının yalnız Askerî Ceza Kanununda yer almasında ve başka bir yasa da suç olarak öngörülmemiş bulunmasında, son olarak, suçu oluşturan eylemin askerî bir hizmet ve görevin ihlâline yol açmasında toplanmaktadır.

Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu da 20/6/1975 günlü, 1975/6-4 sayılı kararında; sırf askerî suçların öğelerini belirlerken, yukarıda sözü edilen tanımın ilk iki ölçütünü "asker kişi" yerine "asker" sözcüğünü kullanarak benimsemiş ve sadece Askerî Ceza Kanununun suç saydığı, öteki ceza yasalarının cezalandırmadığı eylemlerden "yalnız askerler tarafından işlenebilen" lerin sırf askerî suç sayılacaklarına işaret etmiştir. Bundan başka, unsurlarının tamamı ya da bir kısmı Türk Ceza Kanununda yer alan askerî suçlardan yurt savunması sanatını öğrenmek ve yapmak göreviyle doğrudan doğruya ilgili olup Askerî Ceza Kanununun üçüncü bab'ının beşinci faslında yer alan ve "Askerî İtaat ve inkıyadı Bozan Suçlar" başlığı altında (düzenlenen suçları da sırf askerî suç olarak nitelendirmiş bulundurmaktadır. Ayrıca, Askerî Ceza Kanununun dışında hiç bir ceza yasasının cezalandırmadığı eylemlerden bir bölümünün yalnız askerler tarafından işlenebilmesine karşın aynı nitelikteki bir bölüm askerî suçun ise askerlerden ayrı olarak öteki askerî şahıslar tarafından işlenebileceği de gözönünde tutulmak suretiyle (Hiç bir ceza yasasında yer almayan ve yalnızca askerler tarafından işlenebilen) askerî suçlardan, öteki askerî şahıslar tarafından işlenebileceği yasalarda özellikle gösterilenlerin de sırf askerî suç sayılacakları belirtilmiştir. Böylece, örneğin 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 14. ve 115. maddelerine göre askerler dışında Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil personel hakkında da uygulanma olanağı bulunan Askerî Ceza Kanununun ilgili hükümlerinde yazılı suçların da sırf askerî suç kapsamına sokulması öngörülmüştür. (26/10/1975 günlü, 15396 sayılı Resmî Gazete).

Askerlerle yasaların asker kişi saydığı öteki kişiler tarafından işlenebilen ve fakat olmayan kişiler tarafın işlenemeyen sırf askerî suçlar konumuz dışında kalmaktadır. Bu nedenle incelemenin doğrudan doğruya askerî suç benzerleri üzerinde yapılması gerekir.

Yine öğretide genellikle, askeri suç benzerleri; asker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olup, askerî bir menfaati korumak gayesini güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel ceza kanununda öngörülen ve askerî ceza kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alman suçlar olarak gösterilmektedir.

Buna göre, askerî suç benzerlerinin failleri de kural olarak asker kişilerdir. Askerî suç benzeri olan suçların asker olmayan kişilerce işlenmesi halinde, suçun askerî suç sayılabilmesi, ancak o suçun yasalarda açıkça belirtilmiş bulunmasına bağlıdır. Askerî suç benzerlerinin temel öğeleri; askeri bir yararı korumak amacı gütmesi ve Askerî Ceza Kanununda öngörülmüş veya bu yasanın genel ceza yasasına açık göndermede bulunmuş olması biçiminde sıralanabilir. Bu bakımdan, askerî suç kavramı içinde yer alan sırf askerî suçlar ile askerî suç benzerlerinden askerî yarar ve gereklerin korunması asıl olduğuna göre, hem asker kişiler hem de asker olmayan kişiler tarafından işlenebilen askerî suç türünün de başlıca özelliği kuşkusuz askerî bir yararı korumak amacını gütmesidir.

Askerî hukuk düzeninin asıl amacı; askerlik hizmetlerini aksamadan yerine getirmek ve bu doğrultuda oluşan askerî yararları korumak ve bu yolla ulusal savunmanın sağlanmasına yardımcı olmaktır. Belirtilen bu amacın gerçekleşmesini engelleyen, başka bir deyişle askerî yararların bozulmasına, zarara uğratılmasına yol açan kastı ve ihmali eylemler askerî hukuk düzenine aykırı düşer. Böylece, askeri hukuk düzeninin korumayı amaç edindiği askerî yararın önemine ve niteliğine göre "askerî cürüm", "askeri kabahat" ve "disiplin suçu" diye adlandırılan askerî suç türleri oluşmaktadır.

Öyleyse, asker kişi ya da asker olmayan herhangi bir kimse tarafından işlenen suçun askerî bir yararı ihlâl etmediği, dolayısıyla askersel nitelikten yoksun bulunduğu belirgin ise bu suçun genel kurallara bağlı genel nitelikte bir suç olarak kabul edilmesi gerekecek, Askeri Ceza Kanununda açıkça yer verilmiş olması bile askerî suç sayılmasına yetmeyecektir.

Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçunu belirleyen öğeler gözönünde tutulduğunda, bu suçun, askerî suçu oluşturan niteliklerden yoksun bulunduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Gerçekten "Tahkir", aşağılamak, aşağı görmek, "tezyif" ise küçültmek, saygıda eksiklik göstermek demektir. Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde ki "tahkir" ve "tezyif" sözcüklerinin de bu maddede sayılan varlıkların aşağılanması, aşağı görülmesini, bu varlıklara karşı saygı eksikliğini, gösterilmesi gereken saygı görevinin bozulmasını, ortak saygı duygusunun incitilmesini suç saymak amacı ile kullanıldığında kuşku yoktur. Bu suçun belirtilen temel nitelikleri ise askerî yararların ihlâl edilmesiyle doğrudan doğruya bir ilgisi bulunmadığını göstermektedir.

Yapılan açıklamalardan anlaşılaçağı üzere;

Ayrı bir askerî yargının ve askerî mevzuatın varoluş nedenleri, bunların kural olarak asker kişilerle ilgili ve ilişkili olması, asker olmayan kişilerin ayrık durumlarda bu yasalara ve askerî yargıya bağlı kılınmaları zorunluğu;

Bir suçun askerî suç sayılabilmesi için sadece Askerî Ceza Kanununda yer almasının yetmemesi, maddî, manevî ve hukuka aykırılık öğeleri yanında askersel yönünün de ağırlık taşımasına kesinlikle gereksinme duyulması;

Askersel nitelik kazanabilmesi için de suçun, ulusal savunmanın sağlanmasını, askerlik hizmetlerinin sağlıklı biçimde ve aksamadan yürütülmesini ve ordu disiplininin kurulmasını, başka bir deyişle tüm askerî yararların korunmasını amaçlayan yasalara aykırı düşen, kısaca askerî yararları zedeleyen bir eylem olarak ortaya çıkmasında zorunluk bulunması;

karşısında Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçunu, nitelikçe, askerî suç sayma olanağı yoktur.

Anayasanın 138. maddesinin ikinci fıkrasında (asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen suçları) deyimini yerine "..... asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları..." deyimine yer verilmiş olmasının asıl amacı, özel yasada belirtilen suçun gerçek anlamına uygun askerî bir suç olmasını açıkça belirtmek, yasa koyucu tarafından Askerî Ceza Kanununa sokulan her suçun askerî suç oluşturmayacağını kesinlikle vurgulamaktır.

Bu bakımdan askerî suçun tanımında, çoğunlukla, suçun niteliğinden söz edilmeksizin, (Askerî Ceza Kanununda yer alan ya da bu kanunca Türk Ceza Kanununa göndermede bulunulan) yahut (unsurları ve cezaları Askerî Ceza Kanunu ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kurulu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda gösterilen suçlarla unsur ve cezaları itibarıyla Askerî Ceza Kanununun Türk Ceza Kanununa göndermede bulunduğu) suçların askerî suç sayılması gerektiğini belirten salt Askerî Ceza Kanununun 1 ve 477 sayılı Yasanın 41. maddelerine dayalı açıklamalar eksik kalmaktadır.

Askerî Yargıtay içtihatları Birleştirme Kurulunun yukarıda günü ve sayısı belirlenen kararında "askerî menfaat ve gereklerin korunması" amacının askerî suçların başlıca ölçütü olduğundan sözedilmesi ve bütün askerî suçların bu hususa yönelik bulunduğu değinilmesi uygulama alanında klasik tanımlamadan uzaklaşıldığını kanıtlamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 353 sayılı Yasanın 11/B. maddesi hakkında verdiği 10/3/1965 günlü, Esas : 1964/50 ve Karar : 1965/14 sayılı iptal kararında; özel bir yasa sayılan Askerî Ceza Kanununda, 353 sayılı Yasanın 11. maddesinin (B) bendinde yazılı asker olmayan kişilerin işlediği suçlara ait ceza hükümlerinin yer almadığına değinildikten sonra, ortada özel yasada belirtilen, askerî bir suç varlığından söz edilemeyeceğine de kısaca işaret edilmesi, bunun gerçek nedenlerinin açıklanmaması, o tarihte bu suçlara Askerî Ceza Kanununda yer verilmemiş, askerî suçun, tanımı ve belirleyici nitelikleri üzerinde ayrıntılı biçimde durulmasını gerektiren koşulların bu nedenle gerçekleşmemiş olmasından dolayıdır. Sözü edilen karar, bu bakımdan, Askerî Ceza Kanunu kapsamına alınan her suçun askerî suç niteliğini kazanacağı izlenimine elverişli bir içerik taşımamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalara göre; Devletin Askeri Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçu, niteliği bakımından askerî suç sayılamayacağına, dolayısıyla bu suçun özel yasa niteliğindeki Askerî Ceza Kanununda düzenlenmesini Anayasa Koyucu kesinlikle engellediğine göre, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 1590 sayılı Yasa ile eklenen itiraz konusu (Ek madde 2)'nin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan hükümler tümüyle Anayasanın 138 maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bulunmaktadır.

B. Anayasanın değişik 32. maddesi açısından inceleme :

Anayasanın "Kanunî Yargı Yolu" başlıklı değişik 32. maddesinde; hiç kimsenin, kanunen bağlı olduğu mahkemeden başka bir yargı yeri önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen bağlı olduğu mahkemeden başka bir yargı yeri önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü yargı yerlerinin kurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Madde açıkça olağanüstü yargı yerlerinin tabîi yargı yeri, tabîi hâkim niteliğini taşıyamayacağı esasını koymuştur. 1488 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte her ne kadar eski metindeki "tabîi hâkim" yerine "kanunen tabi olduğu

mahkeme" deyimini kullanılmış ise de, olağanüstü bir yargı yerinin yasa ile kurulmuş olması, onu Anayasaya uygun duruma getiremez. Çünkü anayasal düzen "kanun devleti" temeline değil "hukuk devleti" temeline oturtulmuştur. Nitekim değişikliğin gerekçesinde de, ortada bir anlam ayırımı bulunmadığına işaret edilerek aynı görüş benimsenmiş olmaktadır.

Hukuk düzenini korumaya yönelik bir devlet faaliyeti olan yargı işlevini Anayasa Koyucu, adlî, idarî ve askerî olmak üzere 3 bölüme ayırmış, her bölümü ayrı bir yüksek mahkemeye bağlamak suretiyle üç ayrı yargı rejimi kabul etmiştir. Anayasada, adlî yargı rejimi yanında, 140. madde çerçevesinde nasıl idarî yargı rejimi benimsenmiş ve Danıştayın görev alanı belirlenmişse, aynı biçimde, 138. ve 141. maddeleriyle de ayrı bir askerî yargı rejimi öngörülmüş ve askerî mahkemeler, incelenmekte olan konu ile ilgili olarak, asker olmayan kişilerin ancak özel yasada belirtilen askerî suçlarına bakmakla görevli kılınmışlardır. Başka bir anlatımla, Anayasa Koyucu asker olmayan kişilerin yargılanmaları bakımından askerî mahkemelerin görevlerini, belirlenen konu ile ilgili olarak suçun, askerî olması koşulu ile sınıflamış bulunmaktadır.

Nitekim, Askerî Ceza Kanununun 75, 79. maddeleriyle 78. maddesinin (C) fıkrasının 2 numarasında ve askerî eşyayı satın almak, rehin olarak kabul etmek ve gizlemek fiillerine dair 131. maddesinde yazılı suçların askerî mahkemelere tabi olmayan siviller tarafından işlenmesi halinde, genel mahkemelerin bu kanun hükümlerini uygulayacaklarını hükme bağlayan 192. maddesinde de; tabii hâkim ilkesine Yasa Koyucu tarafından atfedilen değerin değişik bir örneği yer almaktadır.

Askerî Mahkemelerin, Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçundan dolayı asker olmayan kişiler yönünden olağan mahkeme ve tabii yargı yeri sayılabilmeleri için bu suçun gerçek anlamına uygun biçimde askerî bir suç olması, dolayısıyla Anayasanın 138/2. maddesi gereğince bu mahkemelerin görev alanına girmesi zorunludur. Hal böyle olduğuna göre Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçu, askerî bir suç sayılabildiği takdirde askerî mahkemeler asker olmayan kişiler yönünden tabii hâkim olacak, aksi halde bu suçtan dolayı genel adliye mahkemeleri bunların tabii hâkimi sayılacaktır.

Yukarıda (A) Bölümünde Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçlarının askerî suçun temel öğelerinden ve belirleyici özelliklerinden yoksun bulunduğu, dolayısıyla askerî suç niteliğini taşımadığı ayrıntılarıyla saptandığına, askerî mahkemelerin sözü edilen suçlar yönünden asker olmayan kişiler için olağan mahkeme ve tabii yargı yeri sayılmaması da bu nedenle zorunlu bulunduğu göre itiraz konusu kural Anayasanın 32. maddesine de aykırı düşmektedir.

C. Anayasanın 12. maddesi yönünden inceleme :

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan İkinci Kısımının "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 12. maddesi ile düzenlenen eşitlik ilkesi uyarınca kişilere, yasa karşısında dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezheplerine göre ayrırmalı davranılması kesinlikle yasaklanmıştır. Herkesin yasa önünde eşit olması ilkesine aykırı bir tutumu oluşturan kişi, aile, zümre veya sınıf ayrıcalıkları tanınması da ayrıca ve açık olarak yasaklanmış bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 159. maddesi, bu Yasanın "Cürümler" ile ilgili İkinci Kitabında, "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" hakkındaki Birinci Babın "Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler" e ilişkin İkinci Faslında yer almakta ve içeriği bakımından "Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevî şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin Askerî veya emniyeti muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler" in bir yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılmalarını öngörmektedir.

Açıklanan hükmün, Devletin Siyasal ve hukuki varlığını ve aynı doğrultudaki yararlarını korumayı amaçladığında kuşku yoktur. Devlet kavramını ve Devletin varlığını oluşturan ve herbiri bölünmez ve ayrılmaz bir sentezin başlıca öğeleri sayılan müesseselerin madde metninde ayrı ayrı sayılması ve bunlara yöneltilen hakaretlerin yaptırım altına alınmasıyla güdülen amaç gerçekten Devletin manevî şahsiyetinin, saygınlığının ve hukuki yararının korunmasıdır. Yoksa bu müesseselerin, ya da onları oluşturan kişilerin veya grupların korunması değildir.

Türk Ceza Kanununun kimi hükümlerine kaynaklık eden İtalyan Ceza Kanununun ön projesi hakkındaki raporda siyasal yönden örgütlenmiş bir toplumda düşünülebilen en büyük ve en yüce varlığın Devlet olduğu, ve bu varlığı koruyan normlara öncelik tanındığı belirtilmektedir. Konuya bu açıdan bakıldığında, Devletin Askerî Kuvvetlerine karşı işlenen tahkir ve tezyif suçunu Türk Ceza Kanununun 159. maddesi kapsamında yani Devlet Kuvvetlerine karşı işlenen ve Devletin yararını ihlâl eden suçlar içinden çıkarıp askerî suçlar arasına sokmak hem Türk Ceza Kanunun sistematiğine hem de kanun koyucunun gerçek amacına uygun düşmeyecek, böylece, örneğin Devletin Emniyet Kuvvetlerine yönelik tahkir ve tezyif suçlarının toplum içinde en büyük ve en yüce varlık olan Devletin siyasal ve hukukî yararlarını ihlâl ettiğini, buna karşı Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif edici kastî eylemlerin ise, sadece askerî yararları zarara uğrattığını kabul etmek zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

İtiraz konusu kural esasen Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde suç sayılan bir eylemi suç saydığına ve cezası yönünden de bu maddeye göndermede bulunduğu göre iki kural arasında tam bir özdeşlik var demektir.

Gerçekten, Devletin manevî kişiliğinin korunması amacıyla, onu oluşturan başlıca öğelere ve müesseselere yöneltilen tahkir ve tezyif Yukarıda (A), (B) ve (C) bölümlerinde açıklanan nedenlerle 22/5/1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununa 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) nin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan hükümler tümüyle Anayasanın 12., 32. ve 138/2. maddelerine aykırıdır ve iptaline karar verilmelidir.

2 - 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kurulusu ve Yargılama Usulü Kanununun 1596 sayılı Yasa ile değiştirilen 11. maddesinin (D) bendinin Anayasaya uygun olup olmadığı sorunu :

353 sayılı Yasanın 11. maddesi asker olmayan kişilerin hangi suçlardan dolayı askerî mahkemelerde yargılanacaklarına ilişkin kuralları içermektedir.

8/6/1972 günlü, 1596 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik (Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçlarını) da bu madde kapsamına almış, böylece asker olmayan kişilerin bu suçlarla ilgili davalarına da askerî mahkemelerde bakılması sağlanmıştır.

Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde esasen suç sayılmış ve yaptırım altına alınmış olan eylemin 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa 25/5/1972 günlü, 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek madde 2) ile ayrıca Askerî Ceza Kanunu kapsamına da alınmasının tek amacı, bu suça askerî suç niteliği kazandırmak, dolayısıyla faillerini askerî mahkemelerde yargılamak olduğuna, daha sonra 8/6/1972 günlü, 1596 sayılı Yasa ile getirilen 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesinin itiraz konusu (D) bendi de aynı amaçla yürürlüğe konduğuna göre, yukarıda (Ek Madde 2) nin Anayasaya aykırı olup olmadığı incelenirken ayrıntıları ile açıklanan nedenler karşısında, 353 sayılı Yasanın 11/D. maddesinde yer alan kuralın da Anayasa'nın 138/2., 32. ve 12. maddelerine aykırı düştüğü ortadadır.

Gerçekten Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçlarının askerî suç niteliğinde olmadığı daha önce açıkça belirlendiği, özel Yasada gösterilme nedeni böylece anlamsız kaldığı için anılan maddenin (D) bendi de askerî suç sayılmayan, dolayısıyla özel Yasada gösterilmesine gerek

Esas Sayısı:1977/130

Karar Sayısı:1978/13

bulunmayan, belirleyici tüm özellikleri bakımından genel nitelikteki bir suçta askerî mahkemelerin görev alanı içine sokmakla Anayasanın 138/2. maddesine aykırı bir içeriği benimsemiş olmaktadır.

Öte yandan, kararın (I/B) bölümünde açıklandığı üzere, Devletin Askerî Kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçlarını işleyen asker olmayan kişiler yönünden askerî mahkemeler, kanunî yargı yeri ve tabîî hâkim de sayılamayacağından itiraz konusu kural Anayasa'nın 32. maddesine de aykırı düşmektedir.

Eşitlik ilkesi açısından bakıldığında; aynı amaçla yaptırım altına alınmış bulunan eşdeğerdeki suçları işleyen asker olmayan kişilerden bir bölümünün haklı bir neden olmadan askerî mahkemelerde yargılanması Anayasanın 12. maddesiyle belirgin biçimde çelişmektedir.

Bu nedenlerle 353 sayılı Yasanın 1596 sayılı Yasa ile değişik 11. maddesinin (D) bendi hükmü de Anayasanın 138/2., 32. ve 12. maddelerine aykırıdır ve iptaline karar verilmelidir.

VI. SONUÇ ;

22/5/1930 günlü, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 25/5/1972 günlü, 1590 sayılı Yasa ile eklenen (Ek Madde 2) nin birinci ve ikinci fıkralarında yeralan hükümlerle, 25/10/1963 günlü, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 8/6/1972 günlü, 1596 sayılı Yasa ile değişik 11. maddesinin (D) bendi hükmünün Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline,

14/2/1978 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
Kâni Vrana

Başkanvekili
Şevket Müftügil

Üye
Ziya Önel

Üye
Abdullah Üner

Üye
Ahmet Koçak

Üye
Fahrettin Uluç

Üye
Muhittin Gürün

Üye
Lütfi Ömerbaş

Üye
Ahmet Erdoğdu

Üye
Hasan Gürsel

Üye
Ahmet Salih Çebi

Üye
Adil Esmer

Üye
Nihat O. Akçakayalıoğlu

Üye
Ahmet H. Boyacıoğlu

Üye
Necdet Darıcıoğlu