

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2004/100

Karar Sayısı : 2005/16

Karar Günü : 5.4.2005

Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 18.11.2005 – 25997

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Kara Kuvvetleri Komutanlığı 1. Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 5080 sayılı Kanun ile değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin, Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinde yer alan yurt dışına firar suçundan açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın, Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III.YASA METİNLERİ

1. İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 5080 sayılı Kanunla değişik 67. maddesinin itiraz konusu (A) bendini de kapsayan birinci fıkrası şöyledir:

“Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar:

A) Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler.

B) Ülke sınırları dışındaki bir askerî birlik veya görev yerinden, deniz veya hava aracından kaçıp da bu durumda üç günü geçirenler.

C) Ülke sınırları dışındaki bir askerî birlikten, deniz veya hava aracından herhangi bir nedenle ayrı düşüp de askerî veya sivil bir Türk resmî makamına veya müttefik devlet makamlarına özürsüz olarak müracaat etmeksizin üç günü geçirenler.

D) Harp esiri iken serbest bırakılıp da askerî veya sivil bir Türk resmî makamına veya müttefik devlet makamlarına teslim olmak üzere harekete geçme imkânı doğduğu halde, özürsüz olarak hareketsiz kalan ve bu durumda üç günü geçirenler.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine dayanılmış, 38. maddesiyle ilgili görülmüştür.

IV.İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılmalarıyla 18.11.2004 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V.ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde firar suçu, kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşmak olarak tanımlanmış, 5080 sayılı Yasa ile değişik 67. maddesinin birinci fıkrasında da “Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar” denildikten sonra yabancı ülkeye kaçma eylemleri A-D bentlerinde düzenlenmiştir. Bunlardan itiraz konusu (A) bendinde herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenlerin eylemleri, yabancı memlekete firar sayılmıştır. Askeri Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde ise firar, izin tecavüzü, yabancı memlekete firar ve sözleşerek firar suçlarını işleyenler hakkında kaçak, kaçtığından altı hafta içinde kendiliğinden geri gelirse bu suçlardan verilecek cezaların yarısına kadar indirileceği öngörülmüştür.

Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi, “İzinsiz vatan hudutlarından dışarı çıkan askeri şahıslar gaybubetleri gününden üç gün sonra” biçiminde iken 4551 sayılı Yasa ile birinci fıkrada öngörülen unsurlarda ve ceza süresinde bir değişiklik yapılmaksızın “Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler” şeklinde değiştirilmiştir. Bu kurala yapılan itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin, 21.01.2004 tarihli ve E:2002/166, K:2004/3 sayılı kararıyla Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi, suç olarak kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiş ve iptal edilen kuralın Anayasa'nın 13. ve 23. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir. Bu karar Resmî Gazete'de yayımlanmadan önce Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendini değiştiren ve yürürlüğe giren 5080 sayılı Yasa ile, suçun unsurlarında bir değişiklik yapılmadan yurt dışına firar suçuna uygulanacak hapis cezasının alt sınırı üç yıldan bir yıla indirilmiştir. Bu suretle, yasanın genel ve madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, yabancı memlekete firar suçundan mahkum olanların ceza mahkumiyetinin sonucu olarak Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası ile cezalandırılmaları önlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre de, yabancı memlekete firar suçunun maddi unsuru, izinli veya raporlu olursa dahi yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yasal veya yasa dışı yollarla yurt dışına çıkma ve yurt dışında üç gün geçirmedir.

Suçun manevi unsuru ise, yurt dışına çıkma için ayrı bir izin alınması gerektiği bilindiği halde bu izin alınmadan bilerek ve isteyerek yurt dışına çıkma iradesidir. Bu unsurun oluşup oluşmadığının her olayda yargılamayı yapan mahkemece değerlendirileceği açıktır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde, seyahat hürriyetinin temel hak ve özgürlüklerden birisi olarak düzenlendiği, temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama sebeplerinin Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kaldırılmış olması nedeniyle, Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenen seyahat hürriyetinin ancak özel sınırlama sebepleriyle sınırlanabileceği, bu maddede özel sınırlama sebepleri olarak sadece vatandaşlık ödevi, ceza soruşturması ve kovuşturmasının öngörüldüğü, Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının özel konumlarının söz konusu olduğu durumlarda Anayasa'nın 67., 76., 129. ve 137. maddelerinde olduğu gibi özel düzenlemelerin yapıldığı, Anayasa'nın 23. maddesinde asker kişilere ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığı ve asker kişiler açısından ek olarak herhangi bir sınırlama getirilmediği, bu nedenlerle seyahat hürriyetine asker kişiler açısından ek kısıtlama getiren itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verilebileceğinden itiraz konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlanabileceği, 23. maddesinin beşinci fıkrasında vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabileceği öngörülmüş, 38. maddesinde de suç ve cezalara ilişkin esaslar belirlenmiştir.

Serbestçe yer değiştirme olarak nitelendirilebilecek seyahat hürriyeti yurt içi ve yurt dışı seyahati kapsamaktadır. Mevzuatımızda yurt dışına çıkma ve yurda girme işlemleri 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda düzenlenmiştir. Anılan Yasa'nın 2. maddesine göre, Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye'ye girebilmek ve Türkiye'den çıkabilmek için yolcu giriş ve çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar. Bu zorunluluk, seyahat özgürlüğünün kullanımında evrensel bir şekil şartı olduğu gibi, Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplini ve askerlik hizmetlerinin gerekleri yurt dışına çıkmak isteyen asker kişiler için buna ek olarak bazı esaslar tespit edilmesini zorunlu kılabilir. İdarenin, savunma hizmetlerinin planlanması ve yürütülmesi için ne kadar askeri personelin görev başında, ne kadarının izinde ve ne kadarının da yurt dışında olduğunu bilmesi gerekebilir. Nitekim, 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 127. maddesinde yurt dışı izinlerinin esasları düzenlenmiş ve bu izni vermeye yetkili makamlar belirlenmiştir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında sivil vatandaşların yerine getirmek zorunda oldukları şekil şartlarına ek olarak, mevzuatta belirtilen bazı biçimsel şartları yerine getirmek zorunda olmaları farklı hukuksal konumlarının sonucudur.

Asker kişilerin yurt dışına çıkışta izin rejimine tabi olmaları ve bu kurala aykırı davranarak yurt dışına çıkan ve orada üç gün geçirenlerin eylemleri itiraz konusu kuralla

yaptırıma bağlanmıştır. Yasa koyucu, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya ertelenebileceği gibi konularda takdir yetkisini haizdir. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir.

Bu nedenle itiraz konusu kuralı ihlal eden faillerin eylemleri için ceza yaptırımı öngörülmesi Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 23. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşlere değişik gerekçe ile katılmıştır.

Cafer ŞAT ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı “Askeri Ceza Kanunu”nun 5080 sayılı Yasa ile değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Cafer ŞAT ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 5.4.2005 gününde karar verildi.

Başkanvekili

Üye

Üye

Haşim KILIÇ

Sacit ADALI

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Üye

Üye

Tülay TUĞCU

Ahmet AKYALÇIN

Mehmet ERTEN

Üye

Mustafa YILDIRIM

Üye

Cafer ŞAT

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Ali GÜZEL

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

DEĞİŞİK GEREKÇE

İtiraz konusu kuralla, asker kişilerin herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirmeleri halinde hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. Buna göre, asker kişilerin, yurt dışına izinsiz çıkmaları suç kabul edilerek yaptırıma bağlandığından konunun başvuru dilekçesinde ileri sürüldüğü gibi seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuktan kaynaklanan kimi yükümlülükler içeren 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda yer alan genel, soyut ve nesnel nitelikteki kuralların, “suç ve ceza” bağlamında incelenen itiraz konusu (A) bendinin Anayasa'ya uygunluk denetiminde yardımcı norm olarak kullanılması olanaklı değildir.

Sivil kişiler için suç oluşturmayan kimi eylemler, askerlik hizmetinin gerekleri gözetilerek asker kişiler için suç kabul edilerek yaptırıma bağlanabilir. Ceza siyaseti ile ilgili olan bu konu Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir.

Açıklanan nedenlerle karara değişik gerekçe ile katılıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- “Sırf askeri suçlar” kategorisinde bulunmak itibariyle tecil edilmesi ya da para cezasına çevrilmesi imkânı olmayan “fırar” suçu, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenmekte ve bir askerin **askerlik vazifesinden kaçıp kurtulmak kastıyla**, kıt'asından veya isbatı vücut etmeye mecbur olduğu mevkiden uzaklaşması, bu suça sebebiyet vermektedir. Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenen “**yurtdışına fırar**” suçu ise fırar suçunun vasıflı hali olup, fırar suçuna nazaran farklı (daha ağır) yaptırıma bağlanmıştır.

22.5.1930 tarihli olup 15.6.1930 tarihinde yayımlanan Askeri Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi, 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe değin (70 yıl boyunca) “**izinsiz vatan hudutlarından dışarı çıkan askeri şahıslar**”ın, gaybubetleri gününden üç gün sonra yabancı memlekete kaçmış sayılacaklarını hükme bağlamış; Anayasa Mahkemesi'nin 21.1.2004 tarih ve E.2002/166, K.2004/3 sayılı (RG. 2.7.2004, S.25510) iptal kararı ile “suç kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı” gerekçesiyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edilen 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanun'la değişik 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendiyle ise “**Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler**”in yurtdışına fırar suçunu işlemiş sayılacakları hüküm altına alınmıştır. Söz konusu iptal kararından sonra kabul edilen 22.1.2004 tarih ve 5080 sayılı Kanun'la 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin yeniden düzenlenmesinde söz konusu suçun unsurunda hiçbir değişiklik yapılmamış, yalnız “üç seneden beş seneye kadar hapis cezası” olan yaptırım, “bir seneden beş seneye kadar hapis cezası” olarak değiştirilmiştir.

İzinliyen, yurt dışı izni olmaksızın yurt dışına çıkan asker kişilerin bu davranış biçimlerinin, askeri disiplin ve askerlik hizmetinin gerekleri yönünden bir yaptırıma bağlanması gerektiği, bir askeri cürüm ya da disiplin suçu olarak düzenlenmesinin yasakoyucunun takdir alanında bulunduğu kuşkusuzdur. Ne var ki, fırar (askerlikten kaçıp kurtulmak) kastı olmadığının açık olmasına rağmen, izinli bir asker şahsın, sırf yurtdışı izni almadığı/alamadığı gerekçesiyle yurt dışına çıkışının “vasıflı fırar” (yurtdışına fırar) kabul edilmesi hukukun genel ilkelerinden “hakkaniyet”e aykırı düştüğü gibi, adaletsiz bir sonuca yol açtığı da kuşkusuzdur. Oysa, adil bir hukuk devletinde yasakoyucu, ceza alanında herhangi bir eylemi suç olarak belirlerken, bu suçu işleme kastı olanlarla olmayanları ayırt etmeye elverişli düzenlemeler yapmakla ve buna göre “ölçülü” bir yaptırım belirlemekle yükümlüdür. 70 yıllık bir uygulamadan sonra, askerlikten kaçıp kurtulmak kastı olmayan asker kişilerin izinli (ancak yurtdışı izni almamış/alamamış) olsalar da ülke sınırları dışında üç gün geçirmeleri halinin yurtdışına fırar kabul edilmesi, fırar suçlarının genel esprisi ve korunmak istenen hukuki değerle örtüşmediği gibi; itiraz konusu kuralın neden olduğu bu adaletsiz durum, adil bir hukuk düzeni kurmak ve kişilere hukuk güvenliği, sağlamakla yükümlü bir hukuk devletinde kabul edilemez. Bu bakımdan, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

2. Asker kişilerin, herhangi bir nedenle izinli olsalar bile, yurt dışı izni olmaksızın yurt dışına çıkmaları ile görev başında bulunması gereken asker kişilerin -izinli olmaksızın- yurt dışına fırar etmelerinin aynı nitelikte görülmesi ve aynı şekilde cezalandırılmaları “eşitlik” ilkesini de zedelemektedir. Gerçekten, yıllık izin, hastalık veya diğer bir mazereti nedeniyle izinli olduğu sırada, ancak yurtdışı izni almadan ülke sınırları dışına çıkan ve izin süresi içinde ülkeye geri dönen asker kişinin söz konusu eylemi, yasakoyucunun bu konudaki takdir hakkına

göre, bir disiplin cezasını ya da firar suçu dışında ayrı bir suç olarak kabulünü gerekli kılabilir. Ancak, askerlikten kaçıp kurtulma kastı olmadığı aşikâr olan bir asker kişinin, sırf yurtdışı izni almadığı gerekçesiyle, yurt içinde izinli olduğu arada yurt dışına çıkarak üç gün geçirmesinin “yurt dışına firar suçu”na sebebiyet veren bir hareket olarak kabulü, firar suçunda korunan hukuki değer bakımından bir eşitsizliğe yol açmaktadır. Çünkü, firar suçunda korunan hukuki değer, askerlik bağının kasıtlı veya kusurlu olarak kopartılmasıdır. Oysa, yurt içinde izinli bulunduğu sırada yurt dışına çıkan ve izin süresi içinde ülkeye geri dönen kişinin böyle bir kastı olmadığı gibi, ancak ortada bir idari kanunun (926 sayılı TSK Personel Kanunu) yurt dışı iznini düzenleyen hükümlerinin ihlâlinden söz edilebilir. Yukarıda işaret edildiği üzere, bu hareket tarzı ancak ayrı bir suç tipine yol açabilir ve her halükarda bu suç için öngörülecek yaptırımın, cezası ve sonuçları çok ağır olan yurt dışına firar suçundan farklı şekilde düzenlenmesi gerekir.

Bu bakımdan, firar kastıyla hareket eden asker kişilerle, firar suçunu işleme kastı olmadığı açık olan asker kişiler arasında, cezalandırma açısından hiçbir fark gözetilmemesi; farklı durumda bulunan bu asker kişilerin aynı hukuki muameleye tâbi tutulmamasını haklı ve meşru gösterir bir hukuki nedenin bulunmaması karşısında; itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine de aykırı düştüğü görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı düştüğü ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan; aksi yöndeki sayın çoğunluk kararına katılmıyoruz. 5.4.2005

Üye

Cafet ŞAT

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR