

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2012/9

Karar Sayısı : 2012/103

Karar Günü : 5.7.2012

R.G. Tarih-Sayı : 21.11.2012-28474

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun;

1- 47. maddesinin birinci fıkrasının 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (A) bendinin,

2- 31.3.2005 günlü, 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının,

3- 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 10. maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanığın izin tecavüzü suçundan cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, itiraz konusu kuralların iptalleri için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren maddeleri şöyledir:

1- 'Cezaların tecili ve hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler

Madde 47- (Değişik: 13/5/1940 - 3823/1 md.) Türk Ceza Kanununun birinci kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla askeri şahıslar hakkında da tatbik olunur.

A) (Değişik : 22/3/2000 - 4551/12 md.) Askeri mahkemelerden Askeri Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Fasilında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Fash ile 84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 inci ve 130 uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar

tecil edilemez. Ancak fiili işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarla, hüküm zamanında yetmiş yaşına girmiş olanların mahkum oldukları bir seneden az hapis cezaları tecil olunabilir.

B) Türk Ceza Kanunu mucibince bir kabahat fiilinden dolayı mahkum olan ve cezası tecil edilen kimse bir sene içinde ve yine mezkûr kanuna tevfikân hapis cezası ile mahkum olan ve cezası tecil edilen bir kimse beş sene içinde; askeri bir suçtan dolayı hapis veya daha ağır bir cezaya mahkum olur ve bu askeri cürüm Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucip fiillerden bulunmazsa, ikinci mahkumiyet evvelki cezanın teciline mani olmaz.

C) Evvelki mahkumiyet askeri bir suç için verilmiş bir ceza olur ve bu askeri suç Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucib bir fiil bulunmazsa ikinci fiilden dolayı Türk Ceza Kanunu mucibince verilecek cezanın teciline birinci fiil mani olamaz.'

2- 'Ek Madde 8- (Ek: 31/3/2005 ' 5329/1 md.) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.

Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz.

Kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma veya bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına dair güvenlik tedbirleri, Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları hakkında, öngörülen süre kadar açığa çıkarılma şeklinde uygulanır. Yedek subaylar ile erbaş ve erler hakkında bu tedbirin uygulanması, askerlik hizmetlerinin tamamlanmasından sonra yerine getirilir.

Yedek subaylar hariç olmak üzere subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar ve Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında, askerî ve adliye mahkemelerince verilen kısa süreli hapis cezaları Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olanlar dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilemez.'

3- 'Ek Madde 10- (Ek: 26/2/2008-5739/1 md.) Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9 uncu maddeleri ile 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz.'

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 9.2.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, sınırlama sorununun esas inceleme aşamasında ele alınmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin, ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının ve ek 10. maddesinin ikinci fıkrasının iptalini talep etmiştir.

İtiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'de, sanığın izin tecavüzü suçu nedeniyle 1632 sayılı Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış olup bu eylemin yaptırımı ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 75. maddesinde, ön ödeme hükümlerinin yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçlar açısından uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu itibarla anılan maddede düzenlenen suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçtiğinden 5237 sayılı Kanun'un 75. maddesinin birinci fıkrası karşısında, anılan suç ön ödeme kapsamında kalan bir suç değildir.

Diğer taraftan, suç tarihi itibarıyla sanık yirmi yaşını doldurmuştur. Bu nedenle itiraz konusu 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin son cümlesinde yer alan '*Ancak fiili işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarla, hüküm zamanında yetmiş yaşına girmiş olanların mahkum oldukları bir seneden az hapis cezaları tecil olunabilir.*' şeklindeki düzenleme, görülmekte olan davada uygulanacak kural niteliği taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 22.05.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun; 47. maddesinin birinci fıkrasının, 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile

değiştirilen (A) bendinin son cümlesinin ve 31.3.2005 günlü, 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*ön ödeme hükümleri uygulanmaz.*" ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümle ve ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

Başvuran Mahkeme'ce iptali talep olunan 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinde, failin işlediği 1632 sayılı Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar (79 ilâ 81. maddeler) nedeniyle verilen cezaların tecil edilemeyeceği, para cezası ya da tedbire çevrilemeyeceği, ayrıca bu babın üçüncü faslı (63 ilâ 78. maddeler) ile beşinci (84. madde hariç olmak üzere 82 ilâ 107. maddeler) sekizinci faslındaki (130. madde hariç olmak üzere 131 ilâ 133. maddeler) suçlar nedeniyle hükmolunacak cezaların tecil edilemeyeceği; ek 8. maddenin ikinci fıkrasında, sırf askerî suçlar ile bu Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanmayacağı; ek 10. maddenin ikinci fıkrasında ise 1632 sayılı Kanun'da yazılı suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkralarının uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davanın konusunu oluşturan izin tecavüzü suçu sırf askerî suçlardan olup 1632 sayılı Kanun'un üçüncü babının üçüncü faslında yer almaktadır. Dolayısıyla bu suç nedeniyle hükmolunan hapis cezasının teciline, seçenek yaptırımlara çevrilmesine ve sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına itiraz konusu kurallar engel teşkil etmektedir. Ancak itiraz konusu kurallar, 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen birçok suç açısından uygulanma olanağı bulunan ortak hüküm niteliğindeki kurallardır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralların kapsamında olan diğer suçların düzenlendiği maddelerin, itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin önündeki davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu kurallara ilişkin esas incelemenin '*izin tecavüzü suçu*' yönünden sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

Bu nedenle, 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun;

1- 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin son cümlesi dışında kalan bölümüne,

2- 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının, "*ön ödeme hükümleri uygulanmaz.*" ibaresi dışında kalan bölümüne,

3- 5739 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 10. maddesinin ikinci fıkrasına, ilişkin esas incelemenin '*izin tecavüzü suçu*' yönünden yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- 1632 Sayılı Kanun'un 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının, 4551 Sayılı Kanun'un 12. Maddesi ile Değiştirilen (A) Bendinin Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda yer alan 1632 sayılı Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlar nedeniyle hükmolunacak cezalara ilişkin erteleme, tedbir ya da para cezasına çevrilme yasağı ile üçüncü, beşinci ve sekizinci fasıllarda düzenlenen suçlara ilişkin tecil yasağının aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özelliklerini dikkate alınarak hükmolunacak cezanın kişiselleştirilmesi imkânını ortadan kaldırdığı belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1632 sayılı Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, kıt'asından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur bulundukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmeyen asker kişilere bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür.

İtiraz konusu 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinde, failin işlediği 1632 sayılı Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar (79 ilâ 81. maddeler) nedeniyle verilecek olan cezaların tecil edilemeyeceği, para cezası ya da tedbire çevrilemeyeceği belirtilmiş, ayrıca bu babın üçüncü faslı (63 ilâ 78. maddeler) ile beşinci faslı (84. madde hariç olmak üzere 82 ilâ 107. maddeler), sekizinci faslındaki (130. madde hariç olmak üzere 131 ilâ 133. maddeler) suçlar nedeniyle hükmolunacak olan cezaların tecil edilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun '*Hapis cezasının ertelenmesi*' başlıklı 51. maddesinde, mahkemelerce hükmolunacak hapis cezalarının ertelenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında, miktar ve tür bakımından hangi cezaların ertelenebileceği ile erteleme koşulları düzenlenmektedir. Buna göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilecektir. Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir. Ancak itiraz konusu kural karşısında, 1632 sayılı Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen '*izin tecavüzü*' suçunu işleyen asker kişinin iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilmesi hâlinde hükmolunan cezanın ertelenmesine imkân yoktur.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen 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 kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Yasa koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa'ya ve ceza

hukukunun temel ilkelerine bağılı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir.

Ceza hukukunda, cezanın infaz edilmesiyle güdülen amaç kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkili bir uyarıda bulunmak ve etkin pişmanlık duymasını sağlamaktır. Mahkemelerde hükmolunan cezasının infazıyla hükümlünün gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir hayat sürmeye yatkın duruma getirilmesi gerekmektedir. Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının belirlenmesindeki temel amaç ise suçlunun ıslahı, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne geçme ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirilmesini sağlamaktır. Bu nedenle günümüzde suçlar için ceza yanında ya da yerine bir kısım tedbirler uygulanması söz konusu olmaktadır. Yine sanık hakkında hükmolunacak olan hapis cezasının ertelenebilmesi ile suçlunun, toplum içinde özgürlüğü kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve her şeyden de önemlisi hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmesi amaçlanmaktadır. Cezaların kişiselleştirilmesine yönelik bu düzenlemeler, kamu yararının da bir gereğidir.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde, maddede belirtilen suçlar nedeniyle hükmolunacak kısa süreli hapis cezalarının para cezası ya da diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi yahut ertelenmesinin bu suçların etkili bir şekilde cezalandırılmasını engelleyeceği, kişilerin suç işleme yönündeki eğilimlerini artıracığı ve disiplini bozacağı, bu nedenle söz konusu kısıtlamanın gerekli olduğu belirtilmişse de yasa koyucu, askeri ceza hukukunda erteleme kurumunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağılıdır. Bu ilke ise '*elverişlilik*', '*gereklilik*' ve '*orantılılık*' olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. '*Elverişlilik*', başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, '*gereklilik*' başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, '*orantılılık*' ise başvuru olan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla getirilen kural ve gerekçesi dikkate alındığında, belirli suçlar açısından askeri disiplinin tesisinin suçluların yalnızca hapis cezasıyla cezalandırılmalarıyla sağlanabileceği şeklinde bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Yasa koyucunun, 1632 sayılı Kanun'da erteleme kapsamı dışındaki suçları belirlerken suçların niteliğini, işleniş şekillerini, ağırlığını, askeri disiplin üzerindeki etkisini, öngörülen ceza miktarlarını ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenleri gözeteceği açıktır. Oysa itiraz konusu kuralla erteleme kapsamının dışında tutulan suçlar arasında savaş ve seferberlik halinde işlenen suçlar ile ceza üst sınırı on yıl hatta müebbet hapis cezası olanlarla birlikte cezası çok hafif olan suçlar da bulunmaktadır. Bu yaklaşım daha hafif suçlar açısından, suçla yaptırım arasında olması gereken

adil dengenin, çağdaş ceza hukukundaki ceza ve ceza yerine uygulanabilecek olan alternatiflerin ve cezanın şahsileştirilmesi ilkesinin göz ardı edildiğini göstermektedir.

Bu durumda, izin tecavüzü suçunun ağırlığı, düzenleniş amacı ve askeri disiplin üzerindeki etkisi dikkate alındığında itiraz konusu kuralın, kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural '*izin tecavüzü suçu*' yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Haşim KILIÇ, Mehmet ERTEN, Burhan ÜSTÜN ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

2- 1632 Sayılı Kanun'un 5329 Sayılı Kanun'un 1. Maddesiyle Eklenen Ek 8. Maddesinin İkinci Fıkrasının '*Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenak yaptırımlar ile...*' Bölümünün İncelenmesi

Başvuru kararında, itiraz konusu kural nedeniyle sırf askeri suçlar ile 1632 sayılı Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlarla ilgili olarak hükmolunacak cezalar hakkında 5237 sayılı Kanun'un kısa süreli hapis cezasına seçenak yaptırımlar ile ön ödemeye ilişkin hükümlerinin uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; askerlik hizmetinin özelliği, askeri disiplin ve askeri yargının kendine mahsus özellikleri gibi soyut gerekçelerin bu ayrımı haklı gösteremeyeceği, bu düzenlemenin mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özelliklerini dikkate alarak hükmolunacak cezanın kişiselleştirilmesi imkânını ortadan kaldırdığı belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu 1632 sayılı Kanun'un ek 8. maddesinin ikinci fıkrasında, sırf askeri suçlar ile 1632 sayılı Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenak yaptırımların uygulanmayacağı kurala bağlanmıştır. Dolayısıyla sırf askeri suç olarak kabul edilen '*izin tecavüzü*' suçu nedeniyle hükmolunabilecek olan bir yıla kadar hapis cezalarının 5237 sayılı Kanun'un 50. maddesindeki genel hükümler gereğince seçenak yaptırımlara çevrilmesine itiraz konusu kural karşısında imkan bulunmamaktadır.

5237 sayılı Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırılmakta; 50. maddenin birinci fıkrasında ise kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenak yaptırımlar gösterilerek bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır. Kanun'un 50. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezalarının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etmeye, belirli yerlere ya da belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanmaya, ilgili ehliyet ya da ruhsatın geri alınmasına veya belirli meslek ya da sanatı yapmaktan yasaklanmaya yahut kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilebilmesi imkânı bulunmaktadır.

İtiraz konusu kural, izin tecavüzü suçundan kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan sanıkların toplum içinde özgürlükleri kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmelerine engel teşkil etmekte ve sanıklarda gözlenen iyi halin ve pişmanlığın değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Sonuç olarak izin tecavüzü suçunun askeri disiplin üzerindeki etkisi, düzenleniş amacı ve ağırlığı dikkate alındığında anılan suçtan kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan sanıklar yönünden seçenek yaptırımlara çevrilme yasağı öngören itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural '*izin tecavüzü suçu*' yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Haşim KILIÇ, Mehmet ERTEN, Burhan ÜSTÜN ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

3- 1632 Sayılı Kanun'un 5739 Sayılı Kanun'un 1. Maddesiyle Eklenen Ek 10. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, itiraz konusu kural nedeniyle 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kuralların uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; askerlik hizmetinin özelliği, askeri disiplin ve askeri yargının kendine mahsus özellikleri gibi soyut gerekçelerin bu ayırımı haklı gösteremeyeceği, bu düzenlemenin mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özelliklerini dikkate alarak hükmolunacak cezanın kişiselleştirilebilmesi imkânını ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürmüştür.

1632 sayılı Kanun'un ek 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkralarının uygulanmayacağı kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme nedeniyle diğer bütün koşulları bulursa dahi 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla '*izin tecavüzü suçu*' nedeniyle yargılanan sanıklar açısından da itiraz konusu kural uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu günümüzde Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında

tutmaktadır. Tabi tutulduğu denetim süresi içinde davranışları olumlu bulunduğu takdirde sanık için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarındandır.

5721 sayılı Kanun'un 231. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, mahkeme, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıysa, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda, sanık beş yıl denetim süresine tabi tutulacak, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği takdirde hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Görüldüğü üzere kurum, yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması da amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralın, askeri yargının özellikleri dikkate alınarak askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplinin tesisi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından birisidir. İtiraz konusu kuralla, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulama dışı bırakılması, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hakimnin takdir hakkını da ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan, askeri ceza hukukunda, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her sanığın cezalandırılması yerine, sanığa davranışlarının sonuçlarını ve sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanması çağdaş ceza hukukunun bir gereğidir. Sonuç olarak izin tecavüzü suçunun askeri disiplin üzerindeki etkisi, düzenleniş amacı ve ağırlığı dikkate alındığında anılan suçtan iki yıl veya daha az süreli hapis cezasıyla cezalandırılan sanıklar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel olan itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural '*izin tecavüzü suçu*' yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Haşım KILIÇ, Mehmet ERTEN, Burhan ÜSTÜN ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

22.05.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun;

A) 1- 47. maddesinin birinci fıkrasının, 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin son cümlesinin,

2- 31.3.2005 günlü, 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ön ödeme hükümleri uygulanmaz." ibaresinin,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümle ve ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 1- 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin son cümlesi dışında kalan bölümüne,

2- 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının, "ön ödeme hükümleri uygulanmaz." ibaresi dışında kalan bölümüne,

3- 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 10. maddesinin ikinci fıkrasına,

ilişkin esas incelemenin 'izin tecavüzü suçu' yönünden yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

C- 1- 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin,

2- 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının 'Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile...' bölümünün,

3- 5739 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 10. maddesinin ikinci fıkrasının,

'izin tecavüzü suçu' yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşım KILIÇ, Mehmet ERTEN, Burhan ÜSTÜN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

5.7.2012 gününde karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru kararında, Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan;

1- Cezaların tecil edilemeyeceğine, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemeyeceğine ilişkin 47. maddesinin A) bendinin birinci cümlesinin,

2- Kısa süreli hapis cezasına seçenek olan yaptırımlar ile ön ödeme hükümlerinin uygulanmayacağına dair Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının,

3- Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kuralların, uygulanmayacağı yolundaki Ek 10. maddesinin ikinci fıkrasının,

Askeri Ceza Kanunu'nda yaptırıma bağlanan izin tecavüzü suçu yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

İptali istenilen kurallar cezaların tecil edilmesine, para cezasına ya da tedbire çevrilmesine, seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümlerinin ve hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin, Askeri Ceza Yasası'ndaki kimi suçlar bakımından uygulanamayacağını hükme bağlamaktadır.

Anayasa'da öngörülen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, onları koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırılıktan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan yargı denetimine açık devlettir.

Hukuk devletinde, temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla hak ihlalleri yaptırım altına alınabileceği gibi, kamu düzenini korumak için de kimi temel hak ve özgürlükler sınırlanabilir. Ancak, bu sınırlama ölçülülük ilkesinde yer alan kayıtlara uygun olmak durumundadır. Yasa koyucu, suç ve suçluyla mücadelede takdir yetkisini kullanırken Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine, ülkenin sosyal, siyasal ve ekonomik durumuna uygun olacak şekilde ceza politikasını belirlemesi gerekir.

Ceza yaptırımlarının amacı toplumsal barışı sağlamaktır. Bu amaca ulaşmak için, suçun niteliği, işleniş biçimi ve kamu düzeninde yarattığı tehlike gözetilerek ne miktar ceza verileceğini ve tecil, paraya çevirme, ön ödeme, hükümün açıklanmasının geri bırakılması gibi ceza tedbirlerinin hangi tür suç ve cezalar için uygulanacağını, yukarda açıklanan ilkeler çerçevesinde yasa koyucu takdir edecektir.

İtiraz konusu kuralların gerekçelerinin kimi bölümlerinde;

,

"Askerlik görevinden kurtulmak isteyen suçlular etkili bir şekilde cezalandırılmadıkları takdirde, suç işleme temayülünde bir artış olduğu ve disiplinin bozulduğu gözlenmektedir.

Bu nedenlerle, Askerî Ceza Kanununun 47 nci maddesinde bu tür suçlardan verilen cezaların para cezasına çevrilmesini engelleyici bir değişiklik yapmak gereği hasıl olmuş ve Tasarı bu amaçla hazırlanmıştır'

" Mecburî askerlik sisteminin geçerli olduğu Türk Silâhlı Kuvvetlerinin disiplini ile sıkı sıkıya bağlı olan 'fırar, emre itaatsizlikte ısrar ve üste fiilen taarruz' gibi sırf askerî suçlardan dolayı verilecek hapis cezaları kanunda belirtilen ceza süreleri nedeniyle ertelenebilecek ve adlî para cezası veya seçenek diğer yaptırımlara çevrilebilecektir. Bu durum ise disiplinin tesisinde zafiyetlere yol açabilecektir'

" Maddenin ikinci fıkrasıyla, Askeri Ceza Kanununda yazılı suçlar bakımından askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplin ve bu yargının kendine mahsus özellikleri dikkate alınarak Askeri Ceza Kanununda yazılı suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkralarında düzenlenen denetimli serbestlik ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin müessesenin askeri yargıda yer almaması amacıyla değişiklik yapılmıştır. '

denilmektedir.

Söz konusu gerekçeler incelendiğinde, Türk Silâhlı Kuvvetlerinin sıkı bir disipline ihtiyaç duyduğu, bu ihtiyacı karşılayabilmek için de askerlik görevinden kurtulmak isteyen suçluların etkili bir şekilde cezalandırılarak, suç işleme temayülündeki artışın önlenmesi ve disiplinindeki bozulmanın düzeltilmesi gerektiği, itiraz konusu düzenlemelerin bu amaçla getirildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, ceza uygulamasında belli bir alanı düzenleyen itiraz konusu kuralların, korumak istedikleri kamu düzeninin önemi dikkate alındığında, söz konusu kurallarla sınırlanan temel hak ve özgürlüklerde, ölçülülük ilkesinde yer alan elverişlilik, orantılılık gibi unsurların gözetildiği ve yasa koyucunun takdir yetkisini kullanırken Anayasa'yı ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle itirazın reddine karar verilmesi gerektiğinden, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadık.

Başkan

Üye

Haşim KILIÇ

Mehmet ERTEN

Üye

Üye

Esas Sayısı : 2012/9
Karar Sayısı : 2012/103

Burhan ÜSTÜN

Muammer TOPAL