

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:2011/121

Karar Sayısı:2012/80

Karar Günü:24.5.2012

R.G. Tarih-Sayı:06.10.2012-28433

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hava Kuvvetleri Komutanlığı Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*veya fiilen taarruza teşebbüs eden*" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Amire fiilen taarruza teşebbüs suçu iddiasıyla sanık hakkında açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 91. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

*'Amire veya mafevke fiilen taarruz eden veya **fiilen taarruza teşebbüs eden** üç seneden, az vahim hallerde altı aydan aşağı olmamak üzere hapsolunur.'*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, 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 8.12.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu İbarenin Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu ibareyi içeren ve sırf askeri suç niteliğindeki kuralda, amire veya mafevke fiilen taarruz eden veya fiilen taarruza teşebbüs eden kişilerin üç seneden, az vahim hallerde altı aydan aşağı olmamak üzere hapsolunacağı öngörülmektedir.

Sırf askerî suçlar; sadece asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali sureti ile işlenip, bu sıfatı taşımayan kimseler tarafından işlenmesine olanak bulunmayan ve genel ceza yasasında ne kısmen ne de tamamen öngörülmeyen suçlardır. Bu tanımlamaya göre, sözü edilen suç tipinin belirleyici öğelerini; failin asker kişi olması, suçun unsurlarının yalnız Askeri Ceza Kanunu'nda yer alması, başka bir kanunda suç olarak öngörülmemiş bulunması ve suçu oluşturan eylemin askerî bir hizmet ve görevin ihlâline yol açması oluşturmaktadır.

Askerî ceza hukukunun genel olarak himaye ettiği konu askerî disiplindir. Askerî disiplin aynı zamanda bütün askerî suçların konusunu da oluşturur; çünkü bu suçlar her zaman askerliğin özel görevlerini bozan bir nitelik taşır.

İtiraz konusu ibarede düzenlenen '*Fiilen taarruza teşebbüs*' üst veya amire yönelen bir müessir fiile teşebbüs etmek demektir. Fiili taarruz kasdı, teşebbüs halinde de gereklidir. Taarruza teşebbüste fiili bir hareket vardır ancak müessir fiil mevcut değildir. Kuralda, amirin veya üstün şahsında oluşan hizmetten kaynaklanan otorite, disiplin ve amir veya üstün şahsının fiili saldırıdan korunması amaçlanmaktadır. Askeri disiplinin korunması ve amirlik otoritesinin sağlanması yönünden fiili taarruz ile fiili taarruza teşebbüs arasında bir fark gözetilmemiştir. Fiili taarruza teşebbüs edenler de fiil tamam olmuşçasına aynı ceza ile cezalandırılmaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 1632 sayılı Kanun'un 91. maddesinin suçun tamamlanması ile teşebbüs halinde kalmasını aynı ceza ile cezalandırdığı, oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesindeki düzenlemeye göre benzer eylemlerde teşebbüs halinde kalan suç nedeniyle cezada indirim yapıldığı, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi halinde teşebbüs indiriminden yararlandırılması gerektiği, tekerrür ve teşebbüsün 5237 sayılı Kanun ile 1632 sayılı Kanun'un genel hükümlerinde düzenlendiği, ayrıca 1632 sayılı Kanunda belirli suç tiplerinde suçun maddi unsuru haline getirilerek başlı başına suç olarak kabul edildikleri, uygulamada istikrar kazanan Askeri Yargıtay kararlarına göre; 1632 sayılı Kanundaki mükerrerliğe ilişkin suçların ilga olduğu, buna karşın üste fiilen taarruza teşebbüsün başlı başına bir suç kabul edilip halen yürürlükte olduğunu kabul etmenin, itiraz konusu kuralda yer alan suç yönünden 5237 sayılı Kanun'un teşebbüse ilişkin genel hükümlerinin uygulanamayacağı anlamını taşıdığı, bunun ise hukukun genel ilkelerine, uygulama birliğine ve hakkaniyet kurallarına uymadığı belirtilerek itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, '*Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*' denilerek '*suçun yasallığı*', üçüncü fıkrasında da '*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*' denilerek, '*cezanın yasallığı*' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan '*suçta*

ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

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 gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu 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 suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir.

İtiraz konusu ibarenin bulunduğu kuraldaki düzenleme bağımsız bir teşebbüs suçuna ilişkin olup, 5237 sayılı Kanundaki teşebbüs ile ilgili genel hükmün uygulanmadığı bir kuraldır. Çünkü kural ile suç, teşebbüs derecesinde kalmasına rağmen tamamlanmış gibi kabul edilmiş, tamamlanmış suçun yaptırımı olan aynı ceza öngörülmüştür. Nitekim gerek Türk Ceza Kanunu'nun gerekse özel ceza kanunlarının kimi özel hükümlerinde teşebbüs halinde kalan bazı eylemler tamamlanmış gibi cezalandırılmaktadır. Suçun özelliği, korunan hukuki menfaatin değerinin önemli oluşu, bu konuda teşebbüse ilişkin genel hükmün uygulanmasını istemeyen yasa koyucuyu özel hüküm koymaya sevk etmektedir.

İtiraz konusu ibarenin sırf askeri suç olduğu da dikkate alındığında, askerlik hizmetinin ve askeri disiplinin gerekleri gözetilerek, amire veya mafevke fiilen taarruza teşebbüs fiilinin teşebbüs derecesinde kalmasına rağmen tamamlanmış gibi kabul edilerek tamamlanmış suçun yaptırımı olan aynı cezanın öngörülmesi yasa koyucunun takdir hakkı kapsamındadır.

Öte yandan, itiraz konusu kuralda, gerek suçun gerekse yaptırımın kanunla düzenlenmiş olması karşısında, bir belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 10. maddesi ile bir ilgisi görülmemiştir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 91. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "veya fiilen taarruza teşebbüs eden" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 24.5.2012 gününde karar verildi.

Başkanvekili
Serruh KALELİ
Üye

Başkanvekili
Alparslan ALTAN
Üye

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU
Üye

Mehmet ERTEN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye	Üye	Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ	Recep KÖMÜRCÜ	Burhan ÜSTÜN
Üye	Üye	Üye
Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU	Hicabi DURSUN
Üye		Üye
Celal Mümtaz AKINCI		Erdal TERCAN
Üye		Üye
Muammer TOPAL		Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Askeri Ceza Kanunu'nun itiraz konusu sözcükleri de içeren 91. maddesinin birinci fıkrasında:

*'Amire veya mafevke fiilen taarruz eden veya **fiilen taarruza teşebbüs eden üç seneden, az vahim hallerde altı aydan aşağı olmamak üzere hapsolunur**'* denilmektedir.

Fıkra, iki suç türünün tanımı yapılmaktadır. Bunlardan ilki, amire veya mafevke fiilen taarruz etmek. İkincisi de amire veya mafevke fiilen taarruza teşebbüs etmektir. Tanımı yapılan her iki suçun maddi unsuru, amire veya mafevke fiilen taarruzdur. Bu suçlardan ilki suçun oluşmasında tamamlanmış fiil ararken, diğeri teşebbüs halinde kalan fiili suçun oluşması için yeterli saymıştır. Her iki suç türü için üç seneden, az vahim haller için ise altı aydan aşağı olmamak üzere hapis cezaları öngörülmüştür.

Hukuk devletinde yasa koyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla belli eylemleri suç saymada, suç saydığı eylemlere tayin edilecek cezanın çeşit ve ölçüsünde, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki uyarınca, şartlara ve ihtiyaçlara göre, suç teşkil edecek fiilleri saptayacak ve suçların işlenmesini önleyecek cezaları kanunlaştıracaktır. Bunu yaparken de kuşkusuz, suç ile ceza arasında bulunması gereken adil ve hassas dengeyi sağlayarak adaletli bir hukuk düzenini kurmak durumundadır. Suç ile ceza arasındaki adil dengenin sağlanmasının ise suç ile ihlal edilen kamu düzeninin derecesine uygun, orantılı ve adil bir cezanın öngörülmesiyle mümkün olacaktır.

Hukukun ve ceza hukukunun genel ilkeleri aynı türdeki suçun tamamlanmış halini, teşebbüs halinden daima daha çok kamu düzenini ihlal ettiğini kabul ederek bunlar arasında bir ayırım yapmış ve tamamlanmış suç için daha ağır yaptırımlar öngörmüştür. Bu nedenle adil bir uygulama için, ihlal edilen kamu düzeninin ağırlığına uygun ceza süreleri öngörülmesi ceza hukukunun genel ilkelerinin ve hukuk devleti olmanın gereğidir.

İptali istenilen sözcüklerin de bulunduğu fıkra, aynı türden olan amire veya mafevke fiilen taarruz etme suçunun biri tamamlanmış diğeri teşebbüs halinde olan iki şekli düzenlenmiş ve bu suçların az vahim halleri de dahil olmak üzere her ikisi için ceza süreleri aynı miktarlarda

öngörülmüştür. Amire veya mafevke fiilen taarruz etme suçunun tamamlanmış hali, teşebbüs halinden daha çok kamu düzenini ihlal ettiği ya da teşebbüs hali tamamlanmış halinden daha az kamu düzenini ihlal ettiği konusunda tereddüt bulunmadığı halde her iki suç için aynı miktarlarda ceza süreleri öngörülmesi suç ve ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi '**fiilen taarruza teşebbüs eden**' sözcükler ile tanımlanan suç aleyhine bozmakta, başka bir ifadeyle ceza adaletini ihlal etmektedir.

Her ne kadar, bu suçlar için öngörülen alt ve üst hadler arasında ceza uygulaması yapılabileceği, böylece adil dengenin sağlanacağı akla gelebilir ise de alt ve üst hadler arasında ceza uygulaması yapılırken suçun türünün değil, cezaların şahsileştirilmesi kuralı uyarınca suçlunun kişiliğinin dikkate alınması gerektiğinden, bu yaklaşımın da ceza adaletinin ihlalini önleyemeyeceği açıktır.

Yukarda belirtildiği üzere, '**fiilen taarruza teşebbüs eden**' sözcükleri hukuk devletine ve ceza hukununun genel ilkelerine aykırıdır.

İptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN