

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2016/11

Karar Sayısı : 2016/132

Karar Tarihi : 14.7.2016

R.G. Tarih – Sayı : 23.9.2016 - 29836

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Donanma Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun, 22.1.2004 tarihli ve 5080 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin, Anayasa’nın 2., 10. ve 23. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanıklar hakkında yurt dışına firar suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

1632 sayılı Kanun’un 67. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı 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.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA’nın katılımlarıyla 10.2.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında,

dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Anlam ve Kapsam

3. 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 Kanun'la değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasında da asker kişilerin bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını gerektiren yabancı ülkeye kaçmış sayılma eylemleri (A) ila (D) bentlerinde belirlenmiştir. Bunlardan itiraz konusu (A) bendinde herhangi bir nedenle izinli olursa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günün geçirilmesi, yabancı memlekete firar suçu 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.

4. Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinde öngörülen yabancı memlekete firar suçunu işleyen askeri kişilerin üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacakları biçimindeki kuralın iptali talebiyle yapılan itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin, 21.1.2004 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 edilmiştir. Bu karar Resmî Gazete'de yayımlanmadan önce Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasını değiştiren ve yürürlüğe giren 5080 sayılı Kanun'la suçun unsurlarında bir değişiklik yapılmadan yabancı memlekete firar suçuna uygulanacak hapis cezasının alt sınırı üç yıldan bir yıla indirilmiştir.

5. Yabancı memlekete firar suçunun maddi unsuru, izinli veya raporlu olursa dahi yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yurt dışına çıkma ve yurt dışında üç günü 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- İtirazın Gerekçesi

6. Başvuru kararında özetle, askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli bir asker şahsın, salt yurt dışı izni almadığı veya alamadığı gerekçesiyle yurt dışında üç günü geçirmesinin vasıflı firar olarak kabul edilmesinin hukukun genel ilkelerinden hakkaniyete aykırı düştüğü, adil bir hukuk devletinde kanun koyucunun ceza alanında herhangi bir eylemi suç olarak belirlerken bu suçu işleme kastı olanlarla olmayanları ayırt etmeye elverişli düzenlemeler yapmakla ve ölçülü bir yaptırım belirlemekle yükümlü olduğu, düzenlemenin bu

yönüyle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, herhangi bir nedenle izinli olan askerlerin yurt dışına çıkmaları ile görev başında bulunması gereken askerlerin yurt dışına firar etmelerinin aynı nitelikte görülmesi ve aynı ceza ile cezalandırılmalarının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, öte yandan Anayasa'nın 23. maddesinde 5982 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucuvatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabileceğinin öngörüldüğü, bu düzenlemenin asker ve sivil tüm vatandaşlar bakımından hüküm ifade ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 23. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

8. İtiraz konusu kuralda, asker kişilerin herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirmeleri hâlinde yabancı ülkeye kaçmış sayılacakları ve bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılacakları öngörülmektedir.

9. 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.

10. Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak kanun koyucunun kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

11. Anayasa'nın "*Yerleşme ve seyahat hürriyeti*" başlıklı 23. maddesinde herkesin, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğu; seyahat hürriyetinin, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabileceği, vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararıyla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır.

12. Anayasa Mahkemesinin kararlarında belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır. Dolayısıyla düzenlendiği maddede sınırlama sebebi bulunan haklar bu sınırlama sebepleri ile sınırlanabileceği gibi bu sınırlama sebepleri dışında temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan sınırları nedeniyle de sınırlama yapılması mümkün bulunmaktadır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, hak ve özgürlüklerin özlerine dokunamayacağı gibi demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz.

13. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir.

14. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri ise iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

15. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

16. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" kavramları, bir bütünün parçaları olup, demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

17. İtiraz konusu kuralla asker kişilerin yurt içinde izinli olsalar bile yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yurt dışına çıkarak yabancı memlekette üç günden fazla bulunma eylemi yaptırma bağlanmış olup kuralın bu haliyle kişinin seyahat hürriyetine sınırlama getirdiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralda korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, söz konusu sınırlamanın amacının, askeri disiplinin sağlanması ve askeri hizmete bağlı olan kamusal menfaatin korunması olduğu anlaşılmaktadır.

18. Silahlı kuvvetler, yurt savunması gibi önemli bir görevi ifayla yükümlüdür. Milli savunma hizmetinin planlanması ve yürütülmesi bakımından ne kadar askeri personelin görev başında, ne kadarının izinde ve ne kadarının da yurt dışında olduğunun bilinmesi gerekebilir. Kanun koyucu, askeri disiplinin sağlanması ve korunması amacıyla asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında belirli yükümlülükleri yerine getirmeleri konusundadır yetkisine sahiptir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarının "izin koşuluna" bağlanması da bu kapsamdadır.

19. Diğer taraftan bir hukuk devletinde kanun koyucu, ceza alanında herhangi bir eylemi suç olarak belirlerken, bu suçu işleme kastı olanlarla olmayanları ayırt etmeye elverişli düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. İtiraz konusu kuralda düzenlenen yabancı memlekete firar suçunu oluşturan eylem, herhangi bir nedenle yurt içinde izinli olursa dahi, yabancı ülkeye gitme izni bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günden fazla süre geçirilmesidir. Bu kapsamda suçun işlenmesi bakımından hiçbir şekilde izinli olmaksızın üç günden daha uzun bir süreyi ülke sınırları dışında geçiren askerler ile izinli olmakla birlikte yurt dışına çıkış izni bulunmayan ve söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçiren askerlerin hukuki durumlarındaki farklılık gözetilmeksizin aynı yaptırma tâbi kılınmışlardır.

20. Silahlı kuvvetlerin iç düzeninin sağlanması amacıyla askeri hizmetin gerekleri gözetilerek yabancı memlekete firar suçunu işleme kastı olmayan izinli asker kişilerin yurt dışına çıkış izni bulunmaksızın söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçirme biçimindeki

eylemlerinin disiplin hukuku kapsamında bir disiplin ihlali olarak nitelendirilmesi ve bu ihlali gerçekleştiren asker kişilere disiplin yaptırımını öngörülmesi mümkündür.

21. Bu itibarla askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli asker kişilerin, salt yurt dışı izni almadıkları veya alamadıkları gerekçesiyle yurt dışında üç günü geçirmelerinin itiraz konusu kuralla yabancı memlekete firar suçu olarak nitelendirilmesi ve bu eylemleri gerçekleştiren asker kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen bu sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği de taşımamaktadır.

22. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2., 13. ve 23. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

23. Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

24. Kural, Anayasa’nın 2., 13. ve 23. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa’nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

IV- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

25. Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” denilmekte, 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

26. 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun, 22.1.2004 tarihli ve 5080 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu kurala ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V- HÜKÜM

22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun, 22.1.2004 tarihli ve 5080 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE’DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 14.7.2016 tarihinde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Zühtü ARSLAN	Engin YILDIRIM	Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Recep KÖMÜRCÜ

Üye	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Nuri NECİPOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI

Üye	Üye	Üye
Erdal TERCAN	Muammer TOPAL	M. Emin KUZ

Üye	Üye	Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN	Kadir ÖZKAYA	Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçiren asker kişilerin yabancı ülkeye kaçmış sayılarak bir

seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngören mezkûr hüküm Anayasanın 2., 13. ve 23. maddelerine aykırı bulunmuştur.

Kararın gerekçesinde, hiçbir şekilde izinli olmaksızın üç günden daha uzun bir süreyi ülke dışında geçiren askerler ile izinli olmakla birlikte yurt dışına çıkış izni bulunmayan ve izinlerini ülke dışında geçiren askerlerin hukukî durumlarındaki farklılık gözetilmeksizin aynı yaptırıma tâbi kılındıkları, bu eylemlerin disiplin hukuku kapsamında bir disiplin ihlali olarak nitelendirilip disiplin yaptırımı öngörülmesinin mümkün olduğu, ancak askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli asker kişilerin salt yurt dışına gitme izni bulunmadığı gerekçesiyle mezkûr fiilin yabancı memlekete firar suçu şeklinde nitelendirilerek bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılmalarının öngörülmesinin, hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı ve kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği taşımadığı belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla korunmak istenen hukukî menfaat dikkate alındığında, yapılan düzenlemenin amacının askerî disiplinin sağlanması ve askerî hizmete bağlı olan kamusal menfaatin korunması olduğu, millî savunma hizmetinin planlanması ve yürütülmesi bakımından asker kişilerin yurt dışına çıkışlarının izin şartına bağlanmasının yukarıda belirtilen amaca ulaşılması için gerekli olduğu ve bu kişilerin yurt dışına çıkışlarında belirli yükümlülükleri yerine getirmelerinin öngörülmesinde kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu kararda da kabul edilmektedir.

Ancak Mahkememiz çoğunluğu bu kabule rağmen, anılan fiilin disiplin hukuku kapsamında değerlendirilerek disiplin yaptırımı öngörülmesi yerine yabancı memlekete firar suçu olarak değerlendirilmesinin ve bu suç bakımından yurt içinde izinli olanlarla olmayanlar arasında fark gözetilmemesinin Anayasaya aykırılığı sonucuna varmış bulunmaktadır.

Oysa, kararda ve Mahkememizin başka birçok kararında da belirtildiği gibi, hukuk devletinde suç ve cezalara ilişkin kurallar, Anayasanın temel ilkeleri başta olmak üzere ülkenin sosyal ve kültürel yapısı ile etik değerleri gözönünde bulundurularak tespit edilen ceza siyasetine göre belirlenmekte ve kanun koyucu, hangi fiillerin suç sayılacağı, suçların hangi tür ve ölçüde yaptırımlarla karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Yasama organının belirli hareketleri ceza hukuku veya disiplin hukuku alanında yahut her iki alanda da ayrı fiiller olarak düzenleyip yaptırıma bağlaması da takdir yetkisi kapsamındadır. Yasama organının bu yetkisini kullanırken söz konusu fiillerin niteliğini, korunması amaçlanan hukukîmenfaati ve doğuracağı zararı gözeterek adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak düzenleme yapması gerekmektedir.

Bu çerçevede, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yurt savunması gibi önemli bir görevi yerine getirmekle yükümlü olduğu ve millî savunma hizmetinin planlanması ve yürütülmesi bakımından asker kişilerin bulundukları yerin her an bilinmesinde zorunluluk bulunduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun mezkûr fiili hürriyeti bağlayıcı cezaya bağlanan bir suç olarak düzenlemesinin kanun koyucunun yukarıda belirtilen takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Anılan fiilin sadece disiplin cezası olarak düzenlenmesi de mümkün olmakla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi, fiilin bir suç olarak belirlenip hapis cezasına bağlanması yasama organının takdir yetkisi içindedir.

Diğer taraftan, bu suç bakımından yurt içinde izinli olanlarla olmayanların hukukî durumları arasında farklılık gözetilmeksizin aynı yaptırıma tâbi tutulmasının ve “askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan asker kişilerin salt yurt dışı izni almadıkları veya alamadıkları gerekçesiyle” hapis cezası ile cezalandırılmalarının “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı yönündeki tespite katılmamız da mümkün değildir.

Esasen anılan suçun maddî unsuru “yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın” yurt dışına çıkma ve orada üç günü geçirme olduğundan, kuralın uygulanacağı kişilerin yurt içinde izinli olup olmamalarının suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, itiraz konusu kuralda öngörülen suçun oluşumu bakımından, yurt içinde izinli olanlarla olmayanlar aynı hukukî durumdadır. Anılan suçun manevî unsuruyurtdışına çıkmak için ayrı bir izin alınması gerektiği halde bu izin alınmadan bilerek ve isteyerek yurtdışına çıkma iradesi olduğundan “askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan” şeklindeki iptal gerekçesinin de isabetli olmadığı düşünülmektedir. Söz konusu kast unsuru, Kanunun 66. maddesindeki “fırar” suçu için zorunludur. İtiraz konusu kuralın da içinde yer aldığı 67. maddede düzenlenen suç bakımından ise birinci fıkrada dört bentte sayılanların yabancı ülkeye kaçmış sayılacakları hükme bağlanarak, yurt dışına çıkma izni olmayanlar için bu suçun işlendiği kabul edilmektedir. Kuşkusuz anılan hüküm, bu unsurun bulunup bulunmadığının yargılamayı yapan mahkemelerce her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesini engelleyecek nitelikte değildir.

İptal kararının gerekçesinde, kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, askeri disiplinin sağlanması ve korunması bakımından gerekli olmakla birlikte demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği taşımadığı da belirtilmektedir.

Kararda da belirtildiği üzere, Anayasanın 23. maddesinde düzenlenen seyahat hürriyetinin, anılan maddede belirtilen sınırlama sebepleri dışında, anılan hürriyetin doğasından kaynaklanan sınırları da olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, itiraz konusu kuralın Anayasanın 23. maddesiyle ilgisinin bulunmadığı ve dolayısıyla bu madde bakımından 13. maddeye göre bir ölçülülük testi yapılmasına da gerek olmadığı düşünülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, aynı hükmün 22/3/2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanunla değişik halinin Anayasaya aykırılığı itirazı üzerine anılan fiil için üç seneden beş seneye kadar hapis cezası öngörülmesinde eylemle ceza arasında adil bir dengenin bulunmadığı gerekçesiyle itiraz konusu kuralı Anayasanın 2. maddesine aykırı bularak iptal etmiş (21/1/2004 tarihli ve E.2002/166, K.2004/3 sayılı Karar); 22/1/2004 tarihli ve 5080 sayılı Kanunla hapis cezasının alt sınırının üç seneden bir seneye indirilmesi üzerine yeni düzenlemeye karşı yapılan itiraz başvurusunda ise, itiraz konusu kuralın aykırılığı iddia edilen Anayasanın 13. ve 23. maddeleriyle ilgisini görmemiştir (5/4/2005 tarihli ve E.2004/100, K.2005/16 sayılı Karar).

Mahkememiz bu ikinci kararında, seyahat hürriyetinin yurt dışı seyahati de kapsadığını, yurt dışına çıkma ve yurda girme işlemlerinin kanunla düzenlendiğini, bu çerçevede Türk vatandaşları ile yabancıların Türkiye’ye girebilmek ve Türkiye’den çıkabilmek için yolcu giriş ve çıkış kapılarındaki yetkililere usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçen bir vesika ibraz etmeleri gerektiğini, bu zorunluluğun seyahat hürriyetinin kullanımında evrensel bir şekil şartı olduğunu, Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplini ve askerlik hizmetlerinin gereklerinin yurt dışına çıkmak isteyen asker kişiler için ilave bazı esaslar belirlenmesini zorunlu kılabileceğini ve asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında sivil vatandaşların yerine getirmek zorunda oldukları şekil şartlarına ek olarak mevzuatta belirlenen bazı şekli şartları

yerine getirmek zorunda olmalarının farklı hukukî konumlarının sonucu olduğunu belirterek, asker kişilerin yurt dışına çıkışta izin rejimine tâbi olmalarının ve bu kurala aykırı davranarak yurt dışına çıkıp orada üç gün geçirenlerin fiillerinin itiraz konusu aynı kuralla yaptırıma bağlanmasının, Anayasanın 13.ve 23.maddeleriyle ilgisinin olmadığına hükmetmiş; itiraz konusu kuralı ihlal edenlerin fiilleri için ceza yaptırımınıöngörülmesini de yasama organının takdir yetkisi içinde görerek Anayasanın 38. maddesine aykırı bulmamıştır.

Aynı hükme ilişkin Anayasaya aykırılık itirazının Mahkememizce, Anayasanın seyahat hürriyetini düzenleyen 23.maddesiyle ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesiyle ilgisinin görülmediği dikkate alındığında, bu kararda da anılan görüşümüzden ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmadığı düşünülmektedir.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığını ve itirazın reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ