

KARAR İNCELEME CEZA KANUNLARI İLE SUÇ POLİTİKASININ TEMEL İLKELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN ANAYASAL BAĞLAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

CASE ANALYSIS
EVALUATION OF THE RELATION BETWEEN PENAL LAWS AND
FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE POLICY OF CRIMINAL
OFFENSE IN REGARD TO THE CONSTITUTION

Erdi YETKİN*

Özet: Ceza kanunları suç politikası çerçevesinde hazırlanmaktadır. Suç politikasının temel ilkelerini gözetmeyen bir ceza kanununun ise ceza kanunları ile ulaşılmak istenen amaçları gerçekleştiremeyeceği açıktır. Keza günümüzde ceza kanunları hazırlanırken anayasa hukukunun ve insan hakları hukukunun da ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Çalışmamız Anayasa Mahkemesi'nin bir kararının incelenmesinden ibarettir. İlk bölümde iptal davasını açanın görüşleri ile Anayasa Mahkemesi'nin görüşleri ve ulaştığı sonuçlar izah edilecektir. İkinci bölümde hukuk devleti ilkesi ve işkence yasağı çerçevesinde ilgili karar analiz edilecektir. Üçüncü bölümde ise güvence fonksiyonu ve uygulamaları incelenen karar çerçevesinde değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde ise ulaştığımız düşüncelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suç Politikası, Askeri Ceza Kanunu, Hukuk Devleti, İşkence Yasağı, Anayasa Mahkemesi

Abstract: Penal laws are formed according to the policy of criminal offense. A penal code which does not protect the fundamental principles of the policy of criminal offense can not reach the aim of penal laws. Currently, not only fundamental principles of the policy of criminal offense, but also the ones of constitutional law and human rights law are taken into consideration while forming penal laws. This study is composed of the analysis of a decision of the Constitutional Court. In the first section, comments of the suitor of the action for nullity, comments and final conclusions of the Constitutional Court are explained. In the second section, aforesaid deci-

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans programında "Ceza Hukuku Reformu ile Getirilen Yenilikler" dersi kapsamında hazırlanan ödevin yayım amacıyla düzenlenmiş halidir.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi/Stajyer Avukat, İstanbul Barosu

on is examined pursuant to the principle of the state of law and prohibition of persecution. In the third section, assurance function and its application is analysed in the frame of the decision examined. In the conclusion part, our opinions on this subject are presented.

Keywords: Policy of Criminal Offense, Military Penal Code, State of Law, Prohibition of Torture, Constitutional Court

I. OLAY

Dönemin ana muhalefet partisi olan Fazilet Partisi (FP); 24.05.2000 tarihli dava dilekçesi ile 22.03.2000 tarihli, 4551 sayılı “Askeri Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 10. maddesinin son fıkrası ile 17. maddesinin tamamen, 1., 3., 4., 11., 32. ve 34. maddelerinin ise sivil personel yönünden Anayasa’nın 2., 10., 17., 128., 129. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM), davacının dayanmış olduğu Anayasa hükümleri haricinde Anayasa’nın 19 ve 38. maddelerini de dava ile ilgili görmüş ve anılan maddeler yönünden de inceleme yapmıştır.

İptali istenen maddeler incelendiğinde, 4551 sayılı Kanun’un 1., 3., 4., 11., 32., 34. maddeleri ile Milli Savunma Bakanlığı (MSB) ve Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil personelin Askeri Ceza Kanunu’nun (ACK) kapsamına alındığı görülmektedir. Yine anılan sivil personele ceza veya disiplin cezası olarak göz ya da oda hapsi cezalarının verilmesi mümkün hale gelmekte ve bu kişiler hakkındaki cezaların ya da tutuklama kararlarının infaz yeri olarak bazı şartlar dâhilinde askeri cezaevleri kabul edilmektedir. 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin son fıkrası ile erbaşlar bakımından rütbenin geri alınması cezasının, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirileceği düzenlenmektedir. Son olarak 4551 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında, 765 sayılı Türk Ceza Kanun’unun ikinci kitabının dördüncü bap yedinci faslında yer alan hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

AYM, 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin son fıkrasını Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmayacağı ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile üç üyenin muhalif kalması ve oy çokluğu ile iptal etmiştir. AYM, 17. maddenin ise “ Suçta ve cezada kanunilik” ilkesine aykırı

olmadığı sonucuna vararak oy birliği ile iptal isteminin reddine karar vermiştir. Son olarak AYM, diğer maddeler hakkındaki iptal istemlerini iki üyenin muhalif oyu ve oy çokluğu ile reddetmiştir.¹

II. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ MESELELER

İncelenen karar kapsamında çözümü gereken hukuki sorunları üç ana başlık etrafında tasnif etmek mümkündür.

1. 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddeleri suç politikasının temel ilkelerinden olan "Hukuk Devleti" ilkesine aykırı mahiyette midir? Keza anılan maddeler "Eşitlik İlkesi" ile "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkını" ihlal eder nitelikte midirler?
2. 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrası suç politikasının temel ilkelerinden biri olan "Hümanizm İlkesini" ihlal etmekte midir? Bu bağlamda "Askeri Hizmetlerin Gereklere" nedeniyle silahlı kuvvetlerle ilgili hususlarda Anayasa'nın ilgili hükümleri de göz önüne alındığında farklı sonuçlara ulaşılabilir mi?
3. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi ceza hukukunun güvence fonksiyonuna aykırı mıdır?

III. İPTAL DAVASINI AÇANIN VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÖRÜŞLERİ VE ULAŞILAN SONUÇLAR

A. İPTAL DAVASINI AÇANIN GÖRÜŞLERİ

1. 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddeleri Hakkındaki Görüşleri

İptal davasını açan FP, bu başlık altında incelenen maddelerin Anayasa'nın 2. maddesi bakımından "Hukuk Devleti" ve "Sosyal Devlet" ilkelerine, Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında "Eşitlik İlkesi" ne, Anayasa'nın 128 ve 129. maddeleri bağlamında ise memurların Anayasa ile teminat altına alınan statülerine aykırı olduğu iddiasındadır. Zira FP'ye göre, askeri hizmetin gereklere ile memurların ve işçilerin

¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/34, K. 2005/91, T. 25.11.2005, (Çevrimiçi), Kararlar Bilgi Bankası, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9a64aecf-9aa1-4336-b2fd-13bd54e9ac40?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 1Ekim 2014.

statüleri arasındaki denge, memurların ve işçilerin aleyhine söz konusu düzenlemeler ile bozulmuştur. Yapılan yasa değişiklikleri ile Türk Silahlı Kuvvetleri'ne (TSK) intisap etmiş memurlar ile diğer memurlar arasında eşitlik ilkesi zedelenmiştir. TSK'da görev yapan memur ve işçilerin statüleri belirlenirken Anayasa'nın 128 ve 129. maddelerinde düzenlenen ilkelere uyulması zaruri iken 4551 sayılı Kanun'un iptali istenen maddelerinde, belirtilen anayasal ilkelere uyulmamıştır.

2. 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin Son Fıkrası Hakkındaki Görüşleri

İptal davasını açan FP, 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 17/3 hükmünde düzenlenen "İnsan Haysiyeti ile Bağdaşmayan Ceza veya Muamele Yasağına" aykırı olduğunu iddia etmiştir. Zira rütbesi sökülecek erbaşın rütbe sökme işleminin kısıtı huzurunda gerçekleştirilecek oluşu, insan haysiyeti ile bağdaşmamaktadır. Böylelikle rütbesi sökülecek erbaş bu cezanın utancını devamlı suretle yaşayacak olup bu durum, günümüz ceza hukukunun geldiği nokta itibariyle kabul edilemez niteliktedir.

3. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi Hakkındaki Görüşleri

FP, 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Bu madde ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2'inci kitabının 4'üncü bab 7'inci faslında yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte atıf yapılan faslında "taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek" suçu da bulunmaktadır. Anılan suça atıf yapılmadığından, söz konusu suç işlenmesi halinde cezalandırılmayacaktır. Yargı kararları ile bu boşluğun doldurulması halinde ise "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi" ihlal edilmiş olacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÖRÜŞLERİ VE ULAŞTIĞI SONUÇLAR

1. 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddeleri Hakkındaki Görüşleri ve Ulaştığı Sonuç

AYM, anılan maddeler ile TSK bünyesinde görev yapan memurların statüsünde bir değişiklik olmadığı, aksine 4551 sayılı Kanun ile

yapılan düzenleme sonucunda belirsizliklerin giderildiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca yapılan düzenlemelerin daha önceki tarihlerde benzer konularda yapılan düzenlemelere uygun olduğunun altı çizilmiştir. Silahlı kuvvetlerde yapılan hizmetin niteliğinin ve gereklerinin farklı çalışma koşullarını, özlük haklarını ve disiplin hükümlerini beraberinde getirmesinin olağan olduğu belirtilerek bu nedenle eşitlik ilkesinin zedelenmediği vurgulanmıştır. Anayasa'nın 129/4 hükmündeki "Silahlı Kuvvetler mensupları... Hakkındaki hükümler saklıdır" ibaresinin Anayasanın 38. maddesine paralel olarak TSK bünyesinde görev yapan devlet memurlarını da kapsadığı ve bu nedenle Anayasa m. 129'un ihlal edilmediği belirtilmiştir.

AYM, iptal davasının dayanakları arasında gösterilmemiş olsa da Anayasa'nın 19 ve 38. maddeleri kapsamında da bir değerlendirme yapmıştır. AYM, dava konusu düzenlemelerle TSK bünyesindeki memurlara verilebilecek göz ve oda hapsi cezalarının, özgürlüğü bağlayıcı ceza sayılmayacağını ve bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Keza Anayasa'nın 38. maddesinde idarenin, kişi hürriyetini kısıtlayacak müeyyide uygulayamayacağı belirtilmişse de aynı madde de silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu kurala kanunla istisna getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Maddede geçen "silahlı kuvvetlerin iç düzeni" ibaresinin kapsamına Silahlı Kuvvetlerde görev yapan sivil personel de dâhildir. Bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılamaz.

Sonuç olarak AYM, bu başlık altında incelenen iptal davasına konu yasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmederek iptal taleplerinin reddine oy çokluğu ile karar vermiştir.

2. 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin Son Fıkrası Hakkındaki Görüşleri ve Ulaştığı Sonuç

AYM, işlenen suç nedeniyle failin boyunduruk, dayak veya teşhir gibi cezalara çarptırılmasının insan onuruyla bağdaşmayacağını altını çizmiştir. Keza anılan tür cezalar, cezanın ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır. Erbaşların rütbelerinin kıtalarının önünde sökülmesi teşhir niteliğinde olup Anayasa m. 17/3 hükmüne aykırılık teşkil eder. Açıklanan nedenlerle AYM, anılan yasa hükmünün iptaline oy çokluğu ile karar vermiştir.

3. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi Hakkındaki Görüşleri ve Ulaştığı Sonuç

AYM, 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile değişik ACK m. 76. ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçırmaya aracı olmak suçlarının bir suç tipi olarak düzenlendiğinin altını çizmektedir. Keza 765 sayılı TCK'nın 2'inci kitabının 4'üncü bab 7'inci faslında yer alan suçlara tek tek değil bir bütün olarak atıf yapıldığı da belirtilmektedir. Bu nedenle taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçu düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 303. maddesine de atıf yapıldığının kabulü gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle AYM, oy birliği ile 4551 sayılı Kanun'un iptali istemini reddetmiştir.

C. KARARLARA MUHALİF KALAN ÜYELERİN GÖRÜŞLERİ

1. Yargıçlar Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU'nun Görüşleri

Anayasa'nın 38. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir", 129. maddesinin dördüncü fıkrasında da "Silahlı kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır" denilmektedir. Anılan maddelerin disiplin hukuku bakımından yalnızca Silahlı Kuvvetler mensupları bakımından istisnai düzenlemelerin getirilebileceği şeklinde yorumlanmalıdır. Silahlı Kuvvetler bünyesinde görev yapan sivil memurların istisnai düzenlemelerin kapsamında oldukları düşünülemez. Zira temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan hükümlerde dar yorum yapılması esastır. Açıklanan nedenlerle Yargıçlar Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddelerinin iptal istemlerinin reddi kararlarına muhalif kalmışlardır.

2. Yargıçlar Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Görüşleri

Anayasa'nın kimi maddelerinde silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından istisnai düzenlemelerin öngörülebileceği düzenlenmektedir. AYM de birçok kararında silahlı kuvvetlerdeki hizmetin farklı niteliğini göz önünde bulundurmuştur. 4551 sayılı Kanun'unun 10. maddesinin son fıkrası ile de askeri hizmetlerin gereklerine uygun bir

düzenleme yapılmıştır. Rütbesi sökülecek erbaşın rütbe sökme işleminin kıtası huzurunda yapılması, rütbeye bağlanan görev ve yükümlülükler düşünüldüğünde belirtilen durumdan tüm kıta personelinin haberdar edilmesi amacına matuftur. Keza cezanın her halükârda insana acı ve yoksunluk verecek olması ve belli bir ölçüde onurunu incitecek olduğu da açıktır. Yine belirtilmesi gereken bir husus da “katıksız hapis” cezası bakımından anılan cezanın insan onurunu küçültücü mahiyette bir ceza olmadığı yönündeki AYM kararlarıdır.² Tüm

² Anayasa Mahkemesi, E. 1963/57, K. 1965/65, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S.4, Ankara, Ankara Üniversitesi Basım Evi, 1992, s. 3-12.; Anayasa Mahkemesi, E. 1965/41, K. 1965/66, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, s. 12-19. Katıksız hapis cezası, yukarı sınırı yirmi gün olan kısa hapis cezalarının türlerinden biridir. Bu ceza mahkeme hükmü veya disiplin amirinin kararı ile verilebilir. Katıksız hapis cezasını verebilecek disiplin amirleri ise yüzbaşılar ve üs rütbedeki askeri personel ile Milli Savunma Bakanı'dır. Bu cezada kişi bir odada cezasını tek başına geçirmektedir. Katı bir minderde yatan cezalıya yalnızca su ve yetecek kadar ekmecek verilir. Tütün ve sairden mahrumdur. Yoksunluklar hapsin dört, sekiz ve on ikinci günlerinde ve bundan sonra her üç günde bir kaldırılır. Cezalının sağlığı elverişli değil ise bir alt ceza uygulanabilir, ceza sonraya ertelenebilir, aralıklarla çektirilebilir. Her halde cezalının sağlık durumu doktordan sorularak kontrol edilir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında katıksız hapis cezasına dair hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak bu kararların isabeti son derece tartışmalı olduğu gibi incelenen kararda üyelerin bir kısmının bu kararlara atf yapmasının yerindeligi de sorgulanmalıdır. Bir kere bu kararların 1960'lı yıllarda verildiği görülmektedir. İncelediğimiz karar ise 2005 yılında verilmiştir. Mahkemelerin içtihatlarında tutarlı olması kuşkusuz hukuk güvenliği bakımından önemlidir. Ancak içtihatlarda tutarlılık düşüncesi ile hukukun gelişimi engellenmemelidir. Keza bu kararların verildiği dönemde AYM'nin kuruluşunun üzerinden kısa bir zaman geçmiştir. Dünyada soğuk savaş, Türkiye'de ise 27 Mayıs askeri müdahalesinin etkisi hissedilmektedir. Dünya çapında derin bir güvenlik endişesi mevcuttur ve bu durum temel hak ve özgürlükler bakımından günümüzde gelinen noktanın gerisinde olunmasına neden olmaktadır. Yine güvenlik endişesinin sonucu olarak silahlı kuvvetlere atfedilen önem muazzam boyuttadır. Soğuk savaş tabiri caizse ensesinde hisseden Türkiye'de ise Silahlı Kuvvetlerle ilgili her mesele son derece hassas şekilde ele alınılmaktadır. O halde tüm bu açıklamalar ışığında kanaatimizce katıksız hapse ilişkin AYM kararlarına yapılan gönderme yerinde değildir. Ayrıca AYM'nin söz konusu kararlarındaki gerekçelerine de katılmaya olanak yoktur. Öncelikle AYM'nin kararında, askerlik görevinin zorluğundan, özveri gerektirdiğinden, farklı düzenlemeleri gerektirdiğinden bahsetmiştir. Tüm bunlara katılmakla birlikte anılan kavramlarla temel hak ve özgürlüklere ket vurulmasının insan hakları öğretisi ile uyumsuz olduğunun altını çizmek isteriz. AYM'nin cezaya ilişkin değerlendirmeleri de problemlidir. Örneğin hapisteki bir kişiye içki verilemeyeceği gibi sigara içmekten de mahrum bırakılmasının doğal olduğunun belirtilmesi veya sert minderde yatılmasının haphane şartları düşünüldüğünde haphanelerde de yumuşak yatak olmadığından bahisle meşru gösterilmesi başkaca izaha gerek kalmayacak şekilde durumu ortaya koymaktadır. Yine cezalının sağlık durumunun kontrol edildiğinin gerekçede yer alması da şaşırtıcıdır; zira

bu gerekçeler ile yargıçlar Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığı ve anılan düzenlemenin iptali talebinin reddinin gerektiği sonucuna varmışlardır.

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

A. Hukuk Devleti ve Eşitlik İlkeleri ile Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yönünden İlgili Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi

4551 sayılı Kanun'un iptali istenen maddelerinden 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddelerini "Hukuk Devleti İlkesi", "Eşitlik İlkesi" ve "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı" yönlerinden değerlendirmek gerekmektedir. "Hukuk Devleti İlkesi" suç politikasının temel ilkelerinden biridir.³ Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku bağlamında şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki görünümü bulunmaktadır.⁴ Şekli anlamda hukuk devleti ilkesi, bireylere hukuki güvenliğin sağlanması iken maddi anlamda hukuk devleti ilkesi ise cezaların içeriğinin insan onuru kavramına ve insan haklarına uygun olmasıdır.⁵ Eşitlik ilkesinin ise normatif dayanağı Anayasa'nın 10. maddesidir.

İptali istenilen kanun maddeleri incelendiğinde, MSB ve TSK'da görev yapan devlet memurlarına ceza ve disiplin cezası olarak göz ve oda hapsi cezalarının verilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Yine bu kişilerin ACK kapsamında asker kişi sayılmaları ve belirli koşullar halinde bu kişiler hakkındaki tutuklama ve ceza kararlarının

idarenin yani katıksız hapis cezasında Silahlı Kuvvetlerin ceza muhatabının sağlık durumunu gözetmesi her durumda gereklidir. Bu zorunluluğun ayrıca verilen bir hak gibi sunulmasını kabul etmek mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle AYM'nin kararlarına iştirak etmediğimizi ve bu kararların oy çokluğu ile alındığını vurgulamak istiyoruz. Son olarak belirtilmelidir ki katıksız hapis cezasına ve bu cezanın uygulanmasına ilişkin ACK hükümleri 22.03.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile ilga edilmiştir. AYM kararı ile ulaşılmaması gereken bir sonuca 35 yıl sonra bir kanun ile ulaşılmış olması her şeye rağmen sevindirici ve insan hakları bakımından olumlu bir gelişmedir.

³ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2014, s. 42.; Kayıhan İçel, Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel kısım 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Bası, Beta, İstanbul, 1999, s. 71-72.

⁴ İlkenin, anayasal bağlamdaki anlamı için bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin, Bursa, 2010, s. 82-87.

⁵ Koca, Üzülmöz, a.g.e, s. 42.; İçel, Donay, a.g.e, s. 72.

askeri tutukevi ve cezaevlerinde infazı öngörülmektedir. AYM söz konusu maddeleri oy çokluğu ile Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal etmemiştir.

Eşitlik ilkesine aykırı mahiyetteki ceza kanunları maddi anlamda hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktırlar. Kişi özgürlüğünü sınırlayan ceza kanunlarında eşitliğin sağlanmaması ceza hukukunun sosyal barışı sağlama düşüncesine tezattır.

4551 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde MSB ve TSK bünyesindeki devlet memurlarına disiplin cezası olarak göz ve oda hapsi cezalarının öngörülmesi Anayasa'ya aykırı niteliktedir. Anayasa m. 38 ve 129 hükümlerinde Silahlı Kuvvetler bakımından ayrıksı düzenlemelere gidilebileceğine ilişkin hükümleri dar yorumlamak gerekmektedir. Zira bilindiği üzere özgürlükler geniş, sınırlamalar ise dar yorumlanır.⁶ O halde bahsedilen Anayasa maddelerinde belirtilen istisnai düzenlemelerin kapsamına memurlar girmemelidirler. Bu bağlamda idarenin kişi özgürlüğünü sınırlayan bir müeyyide uygulayamayacağı kuralına MSB ve TSK bünyesinde görevli memurlar bakımından silahlı kuvvetlerin iç düzeni sebebiyle istisna getirilmesi mümkün değildir. Silahlı kuvvetlerdeki hizmetin gereğini özgürlüklerin kısıtlanmasında gerekçe olarak kullanmak ise doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü belirtilen şekilde soyut gerekçeler ile özgürlüklerin kısıtlanması bizatihi hukuk devletine aykırıdır.

TSK, 31.1.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile yeni bir disiplin kanununa sahip olmuştur. 6413 sayılı Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde MSB ve TSK bünyesinde görev yapan devlet memurları bu Kanun'un kapsamında sayılmamıştır. Yine 6413 sayılı Kanun'un 45/3. maddesinde ACK'nin disiplin cezalarına ilişkin hükümlerin ilga edildiği kararlaştırılmıştır. Sonuç olarak AYM tarafından iptal edilmeyen bu hükümler 8 yıl sonra kanun koyucunun tasarrufu ile ortadan kaldırılmıştır.

6413 sayılı Kanun ile disiplin cezaları bakımından düzenleme yapılmış olmasına karşın iptal davasına konu olan cezalara ve cezaların infazına ilişkin hükümler yürürlükte bulunmaktadır. İptal davasına bakıldığı dönemde askeri yargının görev alanını düzenleyen 145.

⁶ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Ek Baskı, Ekin Bursa, , 2010, s. 98.

madde ise kamuoyunda “12 Eylül 2010 Referandumu” olarak bilinen halk oylaması sonucunda 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun’un 15. maddesi gereğince değişmiştir. Anayasa’nın 145. maddesinin değişiklikten önceki hali düşünüldüğünde AYM’nin kararına askeri cezalar yönünden, disiplin cezalarına ilişkin yapmış olduğumuz eleştirileri yöneltmemiz mümkün görünmemektedir. Ancak AYM yakın tarihli bir kararında⁷ 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 10. maddesinin C bendini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu madde ise, 353 sayılı Kanun kapsamında Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personelin asker kişi sayılacağına dairdir. AYM, Anayasa değişikliği ile savaş hali dışında asker olmayan kişilerin işledikleri suçlar nedeniyle askeri mahkemelerde yargılanamayacağı anayasal olarak teminat altına alındığı gerekçesi ile anılan kanun hükmünü iptal etmiştir. İtiraz yoluyla konuyu AYM’nin önüne getiren Askeri Mahkeme de ACK m. 3’ün Anayasa’ya aykırı olduğunu dava dilekçesinde belirtmiş ve fakat önündeki davaya uygulayacağı norm olmaması nedeniyle ACK m. 3’ü AYM önüne iptal istemiyle taşımamıştır. Bununla birlikte AYM’nin kararı ve gerekçesi değerlendirildiğinde ACK m. 3’ün AYM’nin önüne gelmesi durumunda iptal edilmesi pek muhtemeldir.

B. Hümanizm İlkesi Çerçevesinde 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin Son Fıkrasının Değerlendirilmesi

“Hümanizm İlkesi suç politikasının temel ilkelerinden biridir. Bu ilke ile insan onuruyla bağdaşmayacak bir cezaya hükmedilemeyeceği ve cezanın da insan onuruna aykırı şekilde infaz edilemeyeceği kastedilmektedir.⁸ Keza “İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı” ilkesi kendisine birçok uluslararası sözleşmede yer bulmuştur. Örnek olarak Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB) m.5, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 3, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) m.7,

⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/45, K. 2012/125, T. 20.9.2012, (Çevrimiçi), Kararlar Bilgi Bankası, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cfc36587-dcd6-4a9b-ba57-62d23a1a4f0f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , 1Ekim 2014.

⁸ Koca, Üzülmöz, a.g.e., s. 42.; İçel, Donay, a.g.e., s. 72-73.

İşkenceye Karşı Sözleşme bu bağlamda sayılabilir.⁹ Anılan sözleşmelere Türkiye taraftır ve Anayasa m. 90 gereği söz konusu sözleşmeler kanun hükmündedir. Ayrıca belirtilen sözleşme hükümleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduklarından, kanunlarla çatışmaları durumunda sözleşme hükümleri uygulanacaktır. İç hukuka bakıldığında ise Anayasa m. 17/3 hükmüyle hiç kimseye işkence veya eziyet yapılmayacağı ve hiç kimsenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza ya da muameleye maruz bırakılmayacağı düzenlenmiştir.

Haklar ve özgürlüklerin sınırlanması hususu Anayasa m. 13'te hüküm altına alınmıştır. Buna göre haklar ve özgürlükler; Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sınırlama ölçütleri çerçevesinde, hakların özlerine dokunulmaksızın, demokratik ülke gereklerine, laik devlet düzenine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla ancak yasayla sınırlanabilir.¹⁰ İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin Anayasa m. 17/2'de ise herhangi bir sınırlama ölçütüne yer verilmemiştir. O halde işkenceye ve kötü muameleye maruz bırakılmama hakkı sınırlandırılmaz bir haktır. Yine belirtilmelidir ki Anayasa m. 15 temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü rejimlerde (savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hal) durdurulmasına veya askıya alınmasına ilişkindir.¹¹ Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise olağanüstü rejimlerde bile kullanımı durdurulamayacak veya askıya alınamayacak haklar sayılmıştır. Dokunulmaz haklar veya başka bir ifade ile hakların sert çekirdeği, olağanüstü rejimlerde dahi kullanımları durdurulamayacak veya askıya alınamayacak haklardır. Bahsi geçen fıkrada, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaması dokunulmaz haklardan sayılmıştır. O halde işkence, insanlık dışı veya aşağı-

⁹ EİHS m. 5: "Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamaz."; AİHS m. 3 "Hiç kimse, işkenceye ya da insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele yahut cezaya tâbi tutulmayacaktır."; MSHS m.7 "Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılmayacaktır. Özellikle hiç kimse, kendi serbest rızası bulunmaksızın tıbbi ya da bilimsel bir deneye tabi tutulmayacaktır.". Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untit2007/avinanaliz.pdf>, s. 22, 24, 26, 10 Ocak 2015.

¹⁰ Hakları sınırlandırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, İstanbul, Legal, 2010, s. 1633-1639.

¹¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1639-1641.; Gözler, a.g.e., s. 133-136.

layıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmama hakkı, dokunulmaz haklardandır ve hiçbir koşulda (olağanüstü rejimlerde dahi) bu hakkın kullanımı durdurulamaz veya askıya alınamaz.¹²

İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz bırakılmama hakkının mutlak niteliğini vurgulamak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Gafgen v Almanya (Gafgen Kararı) kararına da kısaca değinmek yerinde olacaktır.¹³ Gafgen Kararı'na konu olayda kamu görevlileri, hayatından endişe ettikleri bir kişiyi bulmak amacıyla şüpheliye işkence tehdidinde bulunmuşlardır. AİHM Gafgen Kararı'nda, AİHS m.3'te düzenlenen hakkın dokunulmaz nitelikte bir hak olduğunu ve bu hakkın bir insan hayatı söz konusu olsa dahi hatta ulusun yaşamını tehdit eden olağan üstü hallerde bile ihlal edilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM, anılan kararda hak ihlaline karar vermiştir. Bu yakın tarihli karar ile işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmama hakkının dokunulmaz niteliği bilhassa ulusun yaşamı tehlikedeysen bile ihlal edilemeyeceği mahkeme tarafından vurgulanarak çarpıcı şekilde ortaya konulmuştur.¹⁴

Günümüz ceza hukuku, temel hak ve hürriyetlerin korunması ile sosyal barışın ve düzenin korunması amaçlarının birlikte gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır.¹⁵ Sosyal barışın ve düzenin tesisi bakımından kanunlarda "suç" olarak kabul edilen haksızlıkların cezalandırılması zorunludur. Bununla birlikte insan onuruyla bağdaşmayan, suç politikasının temel ilkelerine uygun olmayan, kişilerin mutlak haklarını ihlal eden bir cezalandırma; sırf sosyal barış ve düzen sebepleri ile meşru görülemez. Esasen bu tarz bir cezalandırma yönteminin sosyal barış ve düzen bakımından yararlı olduğunu söylemek de bir hayli

¹² AİHS, MSHS ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde hangi hakların dokunulmaz haklar olarak kabul edildiği hususunda bkz.: Gemalmaz, a.g.e., s. 1642.

¹³ Anayasa Mahkemesi, AİHM Kararları, (Çevrimiçi), www.anayasa.gov.tr/files/inan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-ALMANYA.pdf, 10 Ekim 2014. Kararın ayrıntılı bir analizi ve özellikle hukuka aykırı deliller bağlamında tartışılması hakkında Bkz.: Dülger, Murat Volkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gafgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014 S. 111, 2014, s. 325-410.

¹⁴ AİHM'nin terörizm ve örgütlü suçlulukla mücadele alanlarında dahi işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak olarak yasak olduğu hakkındaki içtihatları için bkz.: Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 159, dipnot. 266.

¹⁵ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul, , 1985, s. 101-102.

güçtür. Bu bağlamda “Şiddetli Ceza Doktrini” adı verilen yaklaşımın, yani aşırı derecede sert cezalar yoluyla suçu önleme fikrinin hem başarısız olduğu hem de günümüz ceza hukukunda yeri olmadığı isabetle belirtilmiştir.¹⁶

İptali istenen yasa hükmünü yukarıda yer verilen ilkeler ve değerlendirmeler ışığında incelemek gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki AYM’nin 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin son fıkrası hakkında ulaştığı sonuç yerindedir. Anılan madde incelendiğinde erbaşların rütbesinin geri alınması düzenlenmektedir. Hangi hallerde erbaşların rütbesinin geri alınacağı ve rütbenin geri alınmasının sonuçlarını düzenleyen ilk iki fıkra bakımından Anayasa’ya aykırılık iddiası bulunmamaktadır. Ancak rütbe sökme işleminin erbaşın kıtasının huzurunda gerçekleştirileceği hükmü iptal davasının konularından birini oluşturmaktadır.

Askeri hizmette hiyerarşinin önemi herkesin malumudur. Silahlı Kuvvetlerde bir üst rütbede bulunmak kimi hak ve yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Askerlik hizmetine ülkemizde verilen değeri de bu bağlamda dikkate almak gerekir. “Vatan Hizmeti” başlıklı Anayasa’nın 72. maddesi de vatan hizmetinin her Türk’ün hakkı ve ödevi olduğunu belirtmektedir. Anayasa’da görüldüğü üzere “Vatan Hizmeti” düşüncesi toplumumuzda önemli bir kavramdır ve askerlik süresince alınacak her rütbenin manevi değeri mevcuttur. Bu bakımdan rütbe alma işleminin askerler bakımından bir nevi gurur duyulacak başarı olarak algılanacağı ortadayken söz konusu rütbeyi kaybetmek de bir o kadar manevi yönden acı verici nitelikte olacaktır.

Cezanın, failer bakımından kefaret ödeme veya toplum açısından ibret verici olma niteliklerinden ziyade ıslah edici olma yönü günümüz ceza hukukunda ağır basmaktadır.¹⁷ Böylelikle fail, cezasını çek-

¹⁶ Dönmezer, Erman, a.g.e., s. 103-104.; Beccaria da günümüz ceza hukukunun pek çok ilkesinin temeline yer verdiği eserinde benzer görüşleri savunmuştur. Öncelikle cezaların insanları suça iten nedenler ve suçun kamuya verdiği zarar ile orantılı olması gerektiğini belirtmiştir. Beccaria; cezaların caydırıcılığının şiddetinde değil kaçınılmaz olmasında ve suçun işlenmesinden hemen sonra icra edilmesinde olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, 3. Baskı, İmge, yayın yeri yok., 2013, s. 45-48, 101-103, 129-133.

¹⁷ Cezaların aleni şekilde infazı cismani cezalara çarptırma ve ölüm cezasının infazının uzun sürecek şekilde ayarlanması ile birlikte cezanın ibret olması düşüncesine örnek olarak gösterilmişlerdir. Bkz.: Dönmezer, Erman, a.g.e., s. 103. İncelenen kanun maddesiyle de cezanın aleni şekilde infaz edilmesinin amaçlandığı bariz bir biçimde görülmektedir.

tikten sonra yeniden toplumun arasına karışacaktır. Elbette ki bahsedilen ıslah amacına ulaşabilmek için gerek cezaların gerekse cezaların infaz sürecinin insan onuruyla ve temel hak ve özgürlükler ile uyum içinde olması gerektiği muhakkaktır. Ancak incelenen kanun hükmünün, aşağılayıcı nitelikte bir cezayı ihtiva ettiği görülmektedir.¹⁸

İptali istenen 10. madde ile rütbesi sökülecek erbaş, rütbe sökme işlemi kıtasının huzurunda gerçekleştiğinden dolayı cezanın utancını belirli bir süre daha manevi yönden hissedecektir. Böylece, işlemiş olduğu fiilden dolayı yalnızca rütbesini kaybetmekle kalmayacak bir de bu cezanın utancı ile adeta ikinci kez cezalandırılacaktır. Rütbe sökme işleminin kıta huzurunda gerçekleştirilmesi, ıslah edici bir karaktere sahip olmadığı gibi tam aksine adeta kişiye bir bedel ödetme ve topluma da ibret olma amacına matuftur. Failin damgalanmasına yol açan bir anlayışı kabul etmek mümkün değildir.¹⁹ Silahlı Kuvvetlerin görmüş olduğu hizmetin farklı ve özel niteliği dokunulmaz haklara sınır getirmeye imkân tanımaz. Tüm bu gerekçeler ile kanaatimizce AYM'nin bu maddeyle ilişkin iptal kararı isabetlidir.

C. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesinin Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Suç politikasının temel ilkelerinden birinin "Hukuk Devleti İlkesi" olduğundan yukarıda bahsedilmişti. Hukuk devleti ilkesinin şekli

¹⁸ Bir cezanın aşağılayıcı nitelikte olduğunun kabulü bakımından bu cezanın; mağduru başkaları önünde büyük ölçüde küçük düşürmesi, mağduru iradesi veya vicdanına aykırı davranmaya sevk etmesi, mağduru aşağılama amacı olması ve meydana getirdiği sonuçların kişinin şahsiyetini olumsuz yönde etkiler nitelikte olması gerektiği ileri sürülmüştür. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 163. Tüm bu unsurların incelenen kanun hükmü bakımından da geçerli olduğunu belirtmek isteriz. Zira rütbesi sökülecek erbaş askerliğe toplumumuzda verilen değer de düşünüldüğünde arkadaşlarının huzurunda küçük düşecektir. Yine kanun hükmünün esas amacının rütbesi sökülecek erbaş utanca boğmadır. Son olarak uzun bir süre sürekli olarak beraber olduğu arkadaşlarının önünde rütbesi sökülecek erbaşın şahsiyetinin bu durumdan etkilenmemesi düşünülemez.

¹⁹ TCK m. 127/2'de ispat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi durumunda cezaya hükmedileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun anılan düzenlemeyi sevk etmesi, suçluların zaten cezasını çektiğini bir kez daha işlenen fiilden hareketle hakarete maruz kalarak sürekli bu fiilin utancını yaşamalarını önleme amacına matuftur. O halde incelediğimiz kanun maddesini de hukuk düzeninin bir bütün olduğu da gözetilerek yorumlamak gerekir. Bu halde ulaşılabilecek sonuç ise kişiyi işlediği fiilin utancını yaşaması için sevk edilen bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde olacaktır.

anlamda sonucu ise hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Ceza hukuku bağlamında hukuk güvenliğinin sağlanması ise ceza hukukunun “Güvence Fonksiyonu” ile gerçekleştirilmektedir.

Ceza hukukunda güvence fonksiyonunun çeşitli görünümüleri bulunmaktadır. Kıyas veya kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yasağı, suçta ve cezada kanunilik, belirlilik ilkesi bu doğrultuda örnek olarak verilebilir.

Belirlilik ilkesi gerek eski TCK gerekse yeni TCK’da kendisine yer bulmuş bir ilkedir. Belirlilik ilkesi, suç içeren normların açık olması, herkes tarafından kolaylıkla anlaşılabilmesi anlamına gelmektedir.²⁰ Suç içeren hükümlerin, kişi hak ve hürriyetleri bakımından doğurabileceği önemli sonuçlar düşünüldüğünde, herkesçe kolaylıkla anlaşılabilmesinde büyük yarar olduğu kolaylıkla görülmektedir. Bu nedenle de TCK m.2’de kanunların açıkça suç olarak saymadığı bir fiilden dolayı hiç kimseye ceza verilemeyeceği ve hiç kimseye güvenlik tedbiri uygulanamayacağı isabetle belirtilmiştir.

Belirlilik ilkesi gereğince kanunlardaki suç tanımları açık ve seçik olmalı ve farklı anlamlara gelebilen, anlamı belirlenmeye muhtaç ifadelere yer verilmemelidir.²¹ Keza başka bir kanuna atıfta bulunarak bu kanuna aykırılıklara cezai müeyyide bağlanması da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.²² İncelenen kanun hükmünde ise, suç düzenlemeleri soyut olarak belirtilmiş, bu suçları işleyen asker kişilerin hakkında 765 sayılı TCK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Değerlendirilen 4551 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile ACK’nın 76. maddesi aynen aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak

Madde 76 – (Değişik: 22/3/2000 - 4551/17 md.) Askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişilerin hakkında, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan hükümler uygulanır.

Ancak, askeri ceza ve tutukevlerinden altı gün veya daha fazla süre ile

²⁰ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2010, s. 111.; İçel, Donay, a.g.e., s. 75.

²¹ Koca, Üzülmez, a.g.e., s. 54.

²² Özgenç, a.g.e., s. 111.

kaçan asker kişilere verilecek hapis cezası veya asıl cezaya ilave olunacak hürriyeti bağlayıcı ceza bir yıldan az olamaz."

AYM, söz konusu kanun hükmünün oybirliği ile Anayasa'ya aykırılığını olmadığı sonucuna ulaşmıştır. AYM, kanun koyucunun ACK m. 76 ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçırmaya aracılık etmek suçlarını bir suç tipi olarak düzenlediğini ve bu nedenle 765 sayılı TCK'ya yapılan atıf ile taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunun da bu kapsamda olduğunu ifade etmiştir. Hemen belirtelim ki AYM'nin görüşüne iştirak etmemekteyiz.

Değerlendirilen kanun maddesi belirlilik ilkesi ile çeşitli nedenlerle çelişmektedir. İlk olarak düzenleme sisteminin yerinde olduğu söylenemez. Yukarıda da belirtildiği şekliyle atıf yapılarak suç ihdası birçok problemi beraberinde getirmesinden dolayı Yeni TCK ile bu yol benimsenmemiştir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz kanun hükmü ile de herhangi bir unsuruna yer verilmeyen yalnızca ismi belirtilen bir suç ihdas edilmiştir. Ardından 765 sayılı TCK hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bireylerin özgürlükleri hakkındaki bir düzenlemenin bu yöntemle oluşturulmaması gerektiği her türlü izahtan varestedir.

Bir diğer dikkat çekici nokta ise 765 sayılı TCK'nın 298 ve 308. maddelerinin tümüne atıf yapılmasıdır. Bu maddeler arasında tutukevi veya cezaevinden kaçma veya kaçırmaya aracılık etme suçlarıyla ilgisiz suç tipleri de yer almaktadır. Örneğin tutukevi veya cezaevine yasak eşyalar sokma, bulundurma, kullanma suçu 307/a hükmünde düzenlenmiştir. Bu hususta örnekleri çoğaltmak mümkündür. Kanun koyucu atıf yapmak istediği maddeleri numaralarını belirtmek suretiyle en azından asgari ölçüde belirleme yoluna bile gitmemiştir. Böylelikle bireyler adeta eylemlerinin hangi suça sebebiyet verdiğini kanun maddeleri arasında araştırma yaparak öğrenme durumunda kalacaklardır. Ceza kanunlarının açık ve seçik anlaşılır olması gereğine bu düzenleme de riayet edilmemiştir.

AYM, taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunun atıf yapılan maddeler içinde yer aldığından dolayı Anayasa'ya aykırılık görmemiştir. Bu değerlendirme de bir hayli tartışmalıdır. Zira taksirli fiilden dolayı ceza sorumluluğuna gidebilmek için taksirli suç tipinin kanun da ayrıca ve açıkça suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

tedir.²³ ACK m. 76 ise taksirli sorumluluğa ilişkin bir hükmü ihtiva etmemektedir. 765 sayılı TCK'nın 298 ila 308 arasındaki tüm hükümlere atıf yapıldığından hareketle taksirli sorumluluğunda cezalandırılabilir olduğu görüşü yerinde değildir. Kanun koyucu taksirli bir fiili cezalandırmak istiyorsa ayrıca bu hususta düzenleme yapmalıdır. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereğidir. Suçta kanunilik ilkesi gereğince kanunların açık ve seçik olarak suç olarak tanımlamadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.²⁴ Aksi halde taksirli suçlara ilişkin özel suç tiplerinin bir anlamı kalmayacaktır. Kanun koyucu ACK m. 76 ile böylece ceza hukukunun güvence fonksiyonunu ihlal etmiştir.

Yukarıda açıklanan gerekçeler ile taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunu ACK m. 76 atfıyla 765 sayılı TCK'nın 303. maddesi gereğince asker kişiler bakımından suç olarak kabulü mümkün değildir. Yani ACK m. 76 gereğince taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçu cezalandırılmaz. Aksi düşüncenin kabulü ceza hukukunun güvence fonksiyonunu ihlal eder. ACK m. 76 belirlilik ilkesine aykırı olup hangi fiilleri suç olarak kabul ettiği belirsizdir. Taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunu ACK m. 76 uyarınca cezalandırmak ise suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil eder. Bu nedenlerle kanaatimizce ceza hukukunun temel prensiplerine uymayan ACK m. 76'yı düzenleyen 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi Anayasa'ya aykırıdır.

²³ TCK m.22'de bu durum "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" ile belirtilmiş iken 765 sayılı TCK'nın 45/1'de ise "Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır." ibaresi ile ifade edilmiştir.

²⁴ Özgenç, a.g.e., 103.; Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 51.; Anayasalarımızda ve 765 sayılı TCK'da suçta ve cezada kanunilik ilkesi için bkz.: İçel, Donay, a.g.e., s. 78-83.; İlkenin temelleri, tarihsel gelişimi, tartışmalar ve karşılaştırmalı hukuktaki görünümü için bkz.: Dönmezer, Erman, a.g.e., s. 16-32.; Toroslu ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin klasik anlamı dışında farklı bir tanımını da vurgulamıştır. Öze ilişkin kanunilik ilkesine göre kanunlarda açıkça suç olarak tanımlanmasa bile anti sosyal fiiller suç olarak kabul edilmelidir, keza aynı şekilde kanun tarafından suç sayılan ve fakat sosyal yönden tehlikeli olmayan fiiller cezalandırılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi ve klasik anlayış ile öze ilişkin kanunilik ilkesine ilişkin değerlendirmeler için bkz.: Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi Ankara, , 2006, s. 39-42.

Kaynakça

Kitaplar ve Dergiler

- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S. 4, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1992, s. 3-19.
- Becceria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, 3. Baskı, İmge, yayın yeri yok, 2013.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
- Dülger Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014 S. 111, 2014, s. 325-410.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal, İstanbul, 2010.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin, Bursa, 2010.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Ek Baskı, Ekin, Bursa, 2010.
- Koca Mahmut, Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Ankara, 2014.
- İçel Kayıhan, Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel kısım 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Bası, Beta, İstanbul, 1999.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2010.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.

Elektronik Kaynaklar

- www.anayasa.gov.tr, (Çevrimiçi), 10 Ekim 2014.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/avinanaliz.pdf>, 10 Ocak 2015.

Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, E. 2000/34, K. 2005/91, T. 25.11.2005, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S. 4, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1992, s. 3-12.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1965/41, K. 1965/66, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi, E. 1963/57, K. 1965/65, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S. 4, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1992, s. 12-19.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2012/45, K. 2012/125, T. 20.9.2012, (Çevrimiçi), Kararlar Bilgi Bankası, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cfc36587-dcd6-4a9b-ba57-62d23a1a4f0f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 1Ekim 2014.
- Gafgen v. Almanya Kararı, Anayasa Mahkemesi, AİHM Kararları, (Çevrimiçi), www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-Almanya.pdf, 10 Ekim 2014.