

ASKERİ CEZA KANUNU AÇISINDAN HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN UYGULAMASI

Kurtuluş KAFALI¹
Adem PALUT²
Abdurrahim ALTİKAT³

ÖZ

Ceza Muhakemesi Kanunu'muzun 231'inci maddesinin 5 ila 14'üncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu gerek yasa koyucu tarafından yapılan yasal düzenlemelerle gerek yüksek mahkemelerin vermiş olduğu içtihatlarla ceza muhakemesi hukukunda uygulaması her geçen gün daha da genişleyen bir kurum haline gelmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun adli yargıdaki uygulaması bu denli geniş olmasına karşın, bu kurumun askeri ceza hukukunda uygulanmasını yasaklayan 1632 sayılı AsCK Ek md.10/2 sebebiyle askeri yargı bakımından uygulaması yok denecek kadar azdır ; ancak ilgili yasal düzenleme 17.01.2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin 2012/80 E. - 2013/16 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bu çalışmamızda amaç, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun genel mevzuatımızdaki yerini ve hukuki niteliğini, askeri ceza mevzuatındaki yerini, askeri suç kavramını, anayasa mahkemesinin iptal kararını ve bu iptal kararının sonuçlarını sırası ile ele almaktır.

Anahtar Kelimeler:Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Askeri Ceza Kanunu, Anayasa Mahkemesi

POSTPONING THE DECLARATION OF VERDICT AS A CONCEPT AND ITS APPLICATIONS IN TERMS OF MILITARY CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The subject of delay of the provision that was regulated in between the 5. and 14. paragraphs of the 231.st article of The Code of Criminal Procedures has become a wider subject to be applied in The Law Of Criminal Procedures day by day by both the regulations which was made by legislature and the opinions of high courts.Even if the applying the subject of delay of the provision in general juridical is really extensive, applying this subject in Military Criminal Law almost does not exist due to the 10/2 article of 1632 Military Criminal code which banned this subject to become effective in Military Criminal Law.However the regulations related were repealed by decision of Supreme Court in 17.01.2013.The purpose of study this study is to explain the position of this subject in positivelaw and in military criminal law, the concept of military crime, decree of nullity of Supreme Court and the conclusion of this decree respectively.

Key Words: The subject of delay of the provision, Military Criminal Law, Supreme Court

¹ Kara Harp Okulu Dekanlığı_ Öğrenci İşleri Şube Md.lüğü_ [Ankara_kkafali@kho.edu.tr](mailto:kkafali@kho.edu.tr)

² Asliye Ceza Hakimliği_ Gümüşhane Adliyesi_ Gumushane_palutadem@hotmail.com

³ S.D.Ü.Hukuk Fakültesi_ Ceza Hukuku A.B.D._ Isparta_ altikatabdurrahim@gmail.com.tr

1. GİRİŞ

Klasik Okul'un en önemli temsilcilerinden olan ve 18'inci yüzyılda yaptığı yorumlarla günümüz ceza hukukunun birçok temel ilkesini belirleyen *Cesare Beccaria*'nın "*suçlar ve cezalar yahut beşerin mecelliyesi*" adlı eserinde belirttiği gibi "*İşlenen bir suç karşısında verilen cezaların ağır olmasından ziyade caydırıcı olması önemlidir*"(Beccaria,1764:183). Bu bakış açısıyla, işlenen bir suça ilişkin verilen cezanın niteliği ve niceliğinden ziyade, islah ediciliğinin önem arz ettiğini söyleyebiliriz.

Suç işleyen bireye ceza verilmesinin birçok amacı vardır. Bu konuda genel kabul edilen görüş karma görüştür. Bu görüşe göre suç işleyen bireye ceza verilmesinin en temel amaçlarından birisi suç işleyen şahsın islahının sağlanarak topluma yeniden kazandırılması ve böylece hem kamu güvenliğinin hem de toplum barışının sağlanmasıdır(Artuk,Gökçen,Yenidünya,2012:713;Centel,Zafer,Çakmut,2011:537; Demirbaş,2012:535; Koca,Üzülmez,2012:472).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da suç işleyen kişinin islahı, toplum barışının temini, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla ceza muhakemesi hukukunda yerini almış olan alternatif çözüm yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla birlikte, hayatında ilk defa işlediği suçtan dolayı mahkum olan bir şahsa bir şans daha tanınmakta ve böylece bu şahsın islahı kararda belirtilen denetim süresi içerisindeki kurallara bağlı kalması suretiyle gerçekleştirilmektedir (Ayhan,1963:5).

Tarihte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna benzer ilk uygulamaya İngiltere'de çıkarılan bir yasada rastlıyoruz. İngiltere'de 1360 yılında çocuklar için çıkarılan bu yasa 1879 yılından sonra yetişkinler için de uygulanmaya başlanmıştır. Bahse konu yasaya göre, suç işlemesinden korkulan kimseden taahhütte bulunması ya da borç altına girmesi istenir veya belli bir şekilde hareket etmeyi kabul etmesi beklenirdi. Bu koşulların kabul edilmesi halinde kişi serbest bırakılır ve serbest bırakıldıktan sonra herhangi bir denetime tabi tutulmazdı. Serbest bırakılan kişi taahhüdüne uygun davranmazsa yani suç işlerse taahhüt ettiği para kendisinden alınır;

taahhüdüne uygun davrandığı takdirde ise hiç suç işlememiş gibi sayılırdı(Dönmezer, Erman, 1980:6).

İlk uygulamasına İngiltere’de rastlanılan bu kurum ilerleyen zamanlarda ABD, İsviçre, Fransa, Almanya, Macaristan gibi ülkelerin mevzuatlarında da yer almaya başlamıştır(Demirbaş,2012:652).

Mukayeseli hukukta olduğu gibi, kurumun Türk Hukukunda uygulanmaya başlanması da çocukların işlediği suçlar hakkında verilecek hükümlerin açıklanmalarının geri bırakılmasıyla olmuştur.

CMK md.231’de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı, gerek yasa koyucu tarafından yapılan kanuni bazı düzenlemelerle gerekse yüksek mahkemelerimiz ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen içtihatlarla sınırlandırılmıştır.

Yargıtay’ın imar kirliliğine neden olma suçu(TCK md.184) ile kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı maddebulundurma suçu(TCK md.191) bakımından istikrarlı bir uygulaması olmamakla birlikte bu kurumu uygulamadığını görüyoruz; çünkü bu suçlar, içerisinde özel düşme nedenlerini barındırmaktadır. Bu özel düşme nedenleri hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına göre daha lehedir. Bu nedenle bu suçlar için hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilmemektedir. Ancak Yargıtay’ın bu konudaki kararları yeknesaklık göstermeyip, aksi yönde kararları da mevcuttur(Artuç,2010:28-33; Kumbasar,2012:143-148; İpek,2010:52-55). AİHM ise 03.07.2012 tarihinde *Taylan v. Türkiye Davası*’nailişkin verdiği kararında,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) içinde önemli bir yeribulunan işkence yasağını(AİHS md.3) ihlal eden sanığın cezasının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında değerlendirilmesini kabul etmemiştir.⁴ Bu kararıyla birlikte AİHM, AİHS’te önemli bir yere sahip olan hakların ihlali halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğini belirtmiş olmaktadır.

08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesiyle CMK md.231’e eklenen 14’üncü fıkrasında yer alan“*Bu*

⁴inhak@adalet.gov.trErişim tarihi:19.03.2013.

maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasa'nın 174'üncü maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz." hükmü ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5739 sayılı yasa ile değişik 13.maddesinde yer alan *"Bu kanun Terörle Mücadele Kanununun Kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; ancak bu hükümler, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz."* hükmü, bu kurumun uygulanmasına yasa ile getirilen sınırlandırmalardandır.

Bu konuyla ilgili bir diğer sınırlandırma ise çalışmamızda da ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız, Askeri Ceza Kanunu(AsCK)'na 26.02.2008 tarihli ve 5739 sayılı yasa ile eklenen Ek md.10/2'ydi. Buna göre *"Bu kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları uygulanamaz."* şeklindeydi. Bu düzenlemeye göre AsCK kapsamında yer alan suçlarda şartları gerçekleşmiş olsa bile hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasına gidilemiyordu; ancak Anayasa Mahkemesi'nin 2012/80 E,2013/16 K. sayılı iptal kararıyla askeri suçlar açısından da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının yolu açılmış oldu.

Bu çalışmamızda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun genel mevzuatımızdaki yeri, hukuki niteliği ve askeri mevzuatındaki yeri, Askeri Ceza Kanunu Ek md.10/2'de yer alan bu istisnai hükmün konuluş amacı, askeri suç kavramı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla birlikte dönemler itibariyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulamasının ne şekilde olacağı ile bunun sonuçları sırasıyla ele alınacaktır.

2. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ HUKUKUMUZDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ ve HUKUKİ NİTELİĞİ

a) Hukukumuzdaki Düzenleniş Şekli

Hukukumuzda daha önceden benzerleri 1989,1997,1999 ve 2002 tarihli ceza muhakemeleri usulü kanunu tasarılarıyla gündeme gelen ancak

bir türlü yasalaşamayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ilk olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23'üncü maddesiyle hukuk sistemimizde yer almıştır(Kumbasar,2012:33). Bu kurumun bizim hukukumuzda ilk uygulanış amacı tıpkı diğer ülkelerde olduğu gibi suça sürüklenen çocukları korumak ve onları topluma tekrardan kazandırmaktır.

İlk olarak Çocuklar için 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'yla getirilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 06.12.2006 tarihinde5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinde yapılan değişiklikle yetişkinler için de uygulanmaya başlanmıştır.

CMK'nın 231'inci maddesinde yer alan bu hüküm 2008 ve 2010 yıllarında bir dizi değişiklik geçirmiş ve bugünkü halini almıştır.⁵

⁵**CMK 231. (5)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.)** Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. **(Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.)** Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

b) Hukuki Niteliği

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliği konumuz bakımından oldukça önemlidir. AsCK bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması çeşitli değişiklikler geçirmiş veyapılan bu son değişiklik Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. AsCK kapsamında kalan suçun işlendiği tarihe göre uygulanan yasal hüküm de değişmektedir. Aynı zamanda, işlenen bir suçun uzun süren yargılaması sırasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin bir değişikliğin olduğu varsayımında bu olaya hangi hükmün uygulanacağı sorunu ve yasa hükmünün kıyasının mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkarmaktadır. İşte bu sorunun cevabı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliğinde gizlidir.

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.)Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14)(Değişik: 23/1/2008 – 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.

KAFALI – PALUT - ALTIKAT

KHO BİLİM DERGİSİ CİLT: 23 SAYI: 1 YIL: 2013

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hukuki niteliği konusunda doktrinde 3 görüş vardır. Bu görüşlerden ilki bu kurumun bir muhakeme hukuku kurumu olduğu yönündedir (Aras,Bahattin,2008:67). Bu görüşe göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ve şartları ceza muhakemesinde düzenlenmiştir, bundan dolayı bu kurumun bir muhakeme hukuku kurumu olarak kabul edilmesi gerekir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir muhakeme hukuku kurumu olduğu kabul edilirse bunun sonucu olarak da derhal uygulama ilkesinin devreye girmesi gerekir. Yani yukarıda belirttiğimiz gibi AsCK kapsamına giren bir suçun uzun süren yargılaması sırasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin meydana gelen bir değişiklik ister sanığın lehine ister aleyhine olsun derhal uygulanır. Aynı zamanda kişi hak ve özgürlükleri ile ilgili olmayan durumlarda kıyas yoluna gidilebilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hukuki niteliğine ilişkin ikinci görüş ise bu kurumun bir ceza hukuku kurumu olduğuna dair görüştür(Mahmutoğlu,2009:356). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte sanık ile ceza arasındaki bağlantı belli süre ve koşullarda askıya alınmakta, kesilmektedir. Denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi ve yeni bir kasıtlı suç işlenmemesi durumunda düşme kararı verilmekte, devletle kişi arasındaki ceza ilişkisi son bulmaktadır. Bu sebepten dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bir ceza hukuku kurumu olduğu kabul edilirse kanunların geçmişe yürümesi ilkesi uyarınca, lehe olma koşulu ile yürürlüğe girdikleri tarihten önce meydana gelmiş olaylara da uygulanabilirler. Aynı zamanda kıyasın her türlü yasaktır. Yani bu olasılıkta devam etmekte olan bir yargılamada hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin bir değişiklik olması durumunda bunun geçmişe etkili olması yapılan yasal düzenlemenin sanık lehine olması şartına bağlıdır.

Bu kurumun hukuki niteliği konusunda üçüncü görüş Yargıtay, Askeri Yargıtay ve doktrin tarafından da genel kabul edilen görüş olan karma görüştür.⁶ Bu görüşe göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu

⁶Y.CGK. T.03/02/2009, E.2009/12, YKD,Mart 201,s. 499; Y.6.CD.T.21/01/2010

Ceza Muhakemesi Kanunu içerisinde yer alışından dolayı usul kuralı sayılabilir nitelikte ise de denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmemesi ve denetim tedbirlerine uygun davranılması halinde kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğurması ve devletle birey arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi dolayısıyla maddi hukuk yönü ağır basan karma nitelikte bir kurum olarak kabul edilir (Artuç,2010:7; Parlar,2010:15; İpek,2010:19).Bu görüş sanık lehine bir görüştür; buna göre lehe kanunun tespitinde suç tarihinde yürürlükte olan kanunlarla bağlı kalınmayacak sanık lehine olması kaydıyla daha sonra yürürlük kazanan kanun hükümleri de geçmişteki olaylara uygulanabilecektir; böylece uzun süren bir yargılama sırasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin meydana gelen bir yasal değişiklik sanığın lehine ise uygulanabilecek ancak aleyhine ise eski yasa hükmü uygulanmaya devam edecektir. Bunun yanında bu kurumun muhakeme hukuku yönü ağır basan karma nitelikte bir kurum olduğunu savunan görüşlerde mevcuttur (Özgenç,2008:57).

3. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ ASKERİ CEZA MEVZUATINDAKİ YERİ

a. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce 15.06.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na 5739 sayılı ve 26.02.2008 tarihli yasayla eklenen AsCK Ek md.10/2'ye göre "*Bu kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'unun 231'inci maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları uygulanamaz*" hükmü yer alıyordu. Madde metninde de görüldüğü gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanma yasağı bu suçların AsCK kapsamında olması şartına bağlanmıştır.Bu sebeple burada ilk ele alınması gereken husus Askeri Ceza Kanunu sistematigi içerisinde askeri suç kavramının ne olduğunu irdelemektir ama ondan önce askeri ceza kanununa böyle bir hükmün konuluş amacına değinmek önem arz eder.

E.2007/24501, K.2010/345, YKD, Haziran 2010, s.1135; Y.CGK. T.17/02/2009, E.2009/9-7,K.2009/24, YKD, Temmuz 2009, s. 1399;⁶ Bkz. As.Yrg. DK., 07.03.2008/34-31 E.-K. (AsYD 2009, sy: 22, sh:396-400).

b. Amacı

Giriş kısmında da belirttiğimiz gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu sayesinde, hayatında ilk defa kasten işlediği bir suçtan dolayı hakkında mahkumiyet kararı verilen bir şahsın ıslahı ona belli kurallara uyması şartıyla sosyal ve gündelik hayatına dışarıda devam etmesi olanağının tanınmasıyla gerçekleşmektedir. Bu kurum hem modern ceza hukuku yaptırım siyasetine hem cezanın bireyselleştirilmesine hem de onarıcı adalet kurumuna hizmet etmektedir (Çetintürk, 2009:210).

Ancak bazen korunan hukuki menfaatin önemi nedeniyle istisnai yasal düzenlemeler de yapılmıştır. AsCK Ek md.10/2de bu düzenlemelerden bir tanesidir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sıkı bir disipline ihtiyaç duyması, bu disiplinin bozulmaması konusundaki ihtiyaçlarının giderilmesi ve Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde işlenen suçların en aza indirilmesi amacıyla Askeri Ceza Kanunu kapsamında kalan suçlar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında Türk Silahlı Kuvvetlerinin mevzuatlarında yer alan istisnai düzenlemeler için şöyle demiştir: *“Askerlik, Anayasa’da yeri olan bir müessesedir. Bu müesseseyi kendi önem ve özelliğinin getirdiği zorunluluklar ve sorunlarla birlikte kabul etmek gerekir. Nitekim, aynı zamanda askerlik alanını da ilgilendiren kimi konularda, Anayasa, hizmetin gereklerini göz önünde bulundurarak ayrışik hükümler tanımak yoluna gitmiştir... Askerliğe ilişkin cezalarda ve cezalandırmalarda elbette ki değişik yönler ve tutumlar bulunacaktır. Bunlar askerlik gerçeklerinden tecrit edilerek incelenirse hiçbir zaman isabetli bir değerlendirmeye varılamaz.”*⁷Bu karar bize Askeri Ceza Kanunu’nda yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağına ilişkin istisnai düzenlemenin gerekçesi hakkında fikir vermektedir.

c. Askeri Suç

⁷AyKD,1965: 12 1965/41 E.-1965/66 K.

KAFALI – PALUT - ALTIKAT

KHO BİLİM DERGİSİ CİLT: 23 SAYI: 1 YIL: 2013

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağı Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan suçlar için geçerlidir. Bundan dolayı askeri suç kavramının tanımı önem arz etmektedir. AsCK'da askeri cürüm ve askeri kabahat kavramlarının tanımı yapılmasına rağmen askeri suç kavramının bir tanımı yapılmamıştır.

Askeri Ceza Kanunu md.1/1 ve md.1/2'ye bakıldığında askeri suç, askeri ceza kanununun ölüm, ağır hapis, hapis ve kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suçlardır.⁸ Ancak askeri suç, kanunumuzun askeri suçun tanımı konusunda kabul ettiği düzenlemeyi dikkate alarak tanımlamak sakıncalıdır. Bu durumun nedenini AsCK içerisinde yer alan bazı suçlara verilen cezaların yukarıda sayılan dört cezadan farklı olmasıyla açıklayabiliriz.

Örnek olarak, AsCK md.153'te yer alan iffetsiz biriyle evlenme veya böyle biriyle yaşama suçunu işleyen kişiye verilecek ceza askerlikten ihraç ve bu fiil askerlikten çıkmak maksadı ile işlenmişse tadd⁹'dan ibarettir. Diğer bir örnek ise AsCK md.146'da yer alan başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olma suçunun işlenmesi halinde 146.maddedeki atıf dolayısı ile TCK md.89 gereğince para cezasına da hükmedilmesi durumudur. Ancak para cezası yukarıda saydığımız dört çeşit cezanın içinde yer almayan bir cezadır. Bu nedenle askeri suç tanımlarken kanundaki tarife itibar etmeyip, askeri suçun niteliğini göz önünde tutarak doktrindeki farklı görüşleri de nazara almamız gerekir.

Erman'a göre askeri suç; Milli savunmayı sağlamak ve korumak, askerlik hizmetinin aksamadan yerine getirilmesini temin etmek maksadı ile, yani askeri bir menfaati korumak gayesi ile, kabul edilmiş olan kanunlarda yer almış bütün suçlardır(Erman,1983:148).Bu tanım, askeri menfaati koruma gayesinden anlaşılması gerekenin ne olduğunu tam

⁸ “Bu kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar askeri cürümlerdir.”(AsCK md.1/1).

“Bu kanunun kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı suçlar askeri kabahatlerdir.” (AsCKmd. 1/2).

⁹ Görevden uzaklaştırma anlamına gelmektedir. Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2011.

olarak belirtememektedir. Bu nedenle askeri suçun tanımı konusunda eksik kalmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre askeri suç; TCK'da kısmen veya tamamen düzenlenmeyen, askeri bir hizmet ve görevin ihlalini ifade eden suçlarla, bu nitelikte olmamakla beraber, askeri bir menfaati koruma amacı güden, Askeri Ceza Kanununda düzenlenen ve Türk Ceza Kanunu'na yapılan gönderme dolayısı ile bu kanunun uygulama alanına giren suçlar olarak tanımlanmıştır¹⁰(Koç, 2012:284).

Bu iki tanımı da içine alan ve Askeri Yargıtay uygulamasında da kabul edilen sistematik bir tanım yapacak olursak, askeri suçlar; unsurlarının ve cezalarının tamamı AsCK'da yazılı olan, bir diğer ifade ile AsCK dışında hiçbir ceza kanunu ile cezalandırılmayan suçlar ile unsurları kısmen AsCK'da kısmen de diğer ceza kanunlarında gösterilen ve TCK'ya atıf suretiyle askeri suç haline getirilen suçlar olarak tanımlanabilir¹¹(Koç, 2012:284).

Buna göre unsurlarının ve cezasının tamamı bu kanunda düzenlenen (örn: AsCK md.66,70,79,81 vb.) suçlar, unsurlarının tamamı askeri ceza kanununda düzenlenen ancak yaptırımını diğer ceza kanunlarında düzenlenen (örn: AsCK md.146) suçlar ile unsurlarının ve yaptırımının tamamı diğer ceza kanununda gösterilen sadece askeri ceza kanununda atıf ile yetinilen(örn: AsCK md.135) suçlar askeri ceza kanununda düzenlenen suçlardan sayılmaktadır. AsCK kapsamında kalan bu suçların işlenmesi halinde verilecek sonuç ceza CMK md.231'in şartlarını taşıyor olsa bile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.

AsCK kapsamında askeri suçlar kendi içinde askeri cürüm ve askeri kabahat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

1) Askeri Cürüm

Askeri cürüm AsCK'nın ölüm, ağır hapis ve hapis cezasıyla cezalandırdığı suçlardır (AsCK md.1/1). AsCK'da askeri suçlar sadece

¹⁰ Uys. Mah., 04.04.1986 gün ve E.1986/96 ve K.1986/95.

¹¹ As. Yrg.İçt.Brİ.Krİ.K.20.06.1975,E.6,K.4.

askeri cürümlerden ibaret değildir. Bunların dışında askeri kabahatler de askeri suç kavramı içine girmektedir(Erman,1983:159; Kangal,2010:76).

Madde metnine bakıldığında, ölüm cezasının hala lafzi olarak yasada bulunduğu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kaldırılan ağır hapis ve hapis cezası ayrımının da hala yasa metninde yer aldığı görülmektedir. Ancak 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla Anayasa'nın 15, 17, 38 ve 87'nci maddelerinde yapılan değişikliklerle ölüm cezası kaldırılmıştır. 14.7.2004 gün ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla da ölüm cezaları, ağırlaştırılmış müebbet hapse dönüştürülmüştür. Bu sebeple içerisinde ölüm cezası bulunan kanunlardaki bu cezayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak değerlendirmek gerekir(Tiftik,İnciroğlu,Değirmenci,2009:2-1).

Ağır hapis ve hapis cezası ayrımı sorununa gelecek olursak bu sorun Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 11.05.2005 gün ve 5349 sayılı Kanunun 3'üncü maddesiyle değişik 6'ncı maddesinin kanunlarda öngörülen ağır hapis cezalarını hapis cezalarına dönüştüren hükmü ile aşılmıştır. Bu nedenle AsCK, TCK'ya henüz uyumlu hale getirilmediği için bazı maddelerinde ağır hapis cezası ifadesi yer almaya devam etmektedir. Bu şekildeki ağır hapis cezası ifadelerinin hapis cezası olarak değerlendirilmesi gerekir(Koç,2012:284).

2) Askeri Kabahat

Askeri kabahatler ise, AsCK'nın kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suçlardır(AsCK md.1/2). Bunlar oda hapsi ve göz hapsi cezalarından oluşmaktadır. AsCK Ek md.10/2'de hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağının AsCK'da yer alan suçlar için geçerli olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. AsCK md.1/2'de askeri kabahatlerin de bir suç olduğunun açık bir şekilde yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağı kısa hapis ile cezalandırılan askeri suçlar için de geçerlidir.

Ancak 31.01.2013 tarih, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu(TSKDK) 'nunyürürlüğe girmesi ileAsCK içinde yer alan ve kısa hapis cezası ile cezalandırılan fiiller TSKDK ile mülga edilmiştir. Bu

düzenlemeyle birlikte AsCK içinde her ne kadar kısa hapis cezasının genel özelliklerine ilişkin düzenlemeler yer almaya devam etse de bu yaptırım gerektiren fiiller kanun içinden çıkarılmış ve böylece AsCK içerisinde kısa hapis cezası ile cezalandırılan bir fiil kalmamıştır.

TSKDK md.45'te AsCK içinde yer alan ve içinde kısa hapis cezalarını barındıran md.93/2, md.117/2 gibi maddeler yürürlükten kaldırılmış ayrıca md.137/1'de yer alan fiilin cezasını gösteren “ *kısa hapis veya*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu nedenle artık hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağı uygulaması yukarıda da belirttiğimiz gibi askeri kabahatler açısından bir önem teşkil etmemektedir.

Bunun yanında 1 Haziran 2005 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile artık kabahat teşkil eden fiillerin bu kanun kapsamından çıkarılıp ayrı bir kanun teşkil eden 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamına alınmasından sonra buna benzer bir düzenlemenin 31.01.2013 tarihinde 1632 sayılı AsCK'da da yapılarak askeri kabahatlerin ve disiplinsizlik eylemlerinin ayrı bir kanun olan TSKDK altında toplanmasının geç kalınmış olsa da yerinde bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir.

4. ASKERİ CEZA KANUNU EK MD.10/2'YE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI, DEĞERLENDİRMESİ ve SONUÇLARI

a. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı

Askeri Mahkemelerce yapılan yargılama esnasında taraflarca birçok dosyada AsCK içerisinde erteleme uygulamasını sınırlandıran AsCK md.47'nin, ön ödeme kurumunun uygulanmasını sınırlandıran AsCK Ek md.8/2'nin ve konumuzla ilgili olan askeri suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını yasaklayan AsCK Ek md.10/2'nin Anayasanın 2 ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve ciddi bulunan bu iddialar Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi önünde bu konularla ilgili görülen davalara ilişkin birleştirme

kararı vererek, iptali istenen diğer hükümlerin yanında AsCK Ek md.10/2 hükmünün de iptaline karar vermiştir.¹²

b. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararının Değerlendirmesi

AsCK Ek md.10/2 ile birlikte işlenen suç sonucunda verilen ceza ne olursa olsun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını yasaklayan hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2'ncimaddesine, dolayısıyla ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Aynı zamanda bu hükmün 10. maddede yer alan eşitlik ilkesiyle de uyuşmadığı ileri sürülmüş ancak Yüksek Mahkeme 2'nci madde yönünden aykırılığı yerinde görmüş 10'uncu madde yönünden ise bir değerlendirmeye gerek görmemiştir.

Ölçülülük ilkesi hukuk devletinin önemli unsurlarından biridir. Bu ilke, içerisinde orantılılık, elverişlilik ve gereklilik ilkelerini barındırmaktadır. İptal kararının gerekçesinde de belirtildiği üzere “*elverişlilik*”, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*” başvuru

¹²“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. Kanun 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 durumda, asker kişiler yönünden itiraz konusu kuralla erteleme kapsamı dışındaki suçlar belirlenirken suçların niteliği, işleniş şekilleri, ağırlığı, askeri disiplin üzerindeki etkisi, öngörülen ceza miktarları ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenlerin göz ardı edildiği, bu yönüyle de kuralın kamu yararı ve bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

...

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edilen kuralın ayrıca 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.”**17.01.2013 gün, 2012/80 E. - 2013/16K.**

önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “*orantılılık*” ise başvuru olan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Yapılan bir yasal düzenlemenin bu üç ilkeye uygun olmaması ölçülülük ilkesine aykırılığı doğurur.

AsCK Ek md.10/2’de yapılan bu düzenleme, askeri disiplinin sağlanması bakımından gereklilik ilkesine uygun olduğunu söyleyebiliriz. Zira Türk Silahlı Kuvvetleri’nin yapısı incelendiğinde 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 gerekmektedir.¹³ Ayrıca söz konusu maddenin elverişlilik ilkesi bakımından da uygun olduğunu söylemek mümkündür. Ancak orantılılık ilkesi bakımından aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir.

AsCK Ek md.10/2’nin orantılılık ilkesi bakımından değerlendirmesine geçmeden önce birkaç hususa değinmekte yarar vardır. AsCK içinde barındırdığı cezai hükümler, bu cezai hükümlere uygulanan ağırlatıcı nedenler ve asli cezalara uygulanan ferî cezalar bir arada değerlendirildiğinde sanıklar üzerinde cezai anlamda çok ağır sonuçlar doğuran bir kanundur. Örneğin AsCK md.30’a göre kasıtlı bir suçtan dolayı sonuç cezası 3 aydan fazla hapse mahkum olan bir sanık (subay, astsubay, uzman jandarma ve özel kanunda belirtilen asker kişiler) takdire; 1 yıldan fazla olan bir sanık ise zorunlu olarak asıl mahkumiyetinin yanında askerlik mesleğinden ihraç cezasına mahkum edilir. Bu düzenlemeye göre, 3 aydan fazla hapis cezasına çarptırılan bir sanığın askerlik mesleğinden ihraç edilmesi, son derece ağır bir yaptırımdır. AsCK md.32’ye göre ise askeri öğrencilerin kasıtlı bir suçtan dolayı aldığı sonuç ceza 3 aydan fazla hapis cezası ise asıl mahkumiyetinin yanında askeri öğrencilik hakkının kaybedilmesi cezasına da hükmedilir. Bu düzenlemeye göre 3 aydan fazla hapis cezasına çarptırılan bir asker öğrencinin zorunlu olarak askeri öğrencilik hakkını kaybetme cezası alması da sonucu ağır olan başka bir yaptırımdır. Aynı zamanda askeri ceza kanunu içerisinde işlenen bir suçta uygulanan ağırlatıcı nedenler sistematik bir şekilde gerek maddeler içinde gerek genel bir hükümde yer almaktadır. Ancak hafifletici sebepler

¹³ 5.7.2012 gün, 2012/9 E. – 2012/103K.

konusunda kanunda tam bir netlik yoktur. Buradan da kanunun ağır yükümlülükleri içinde barındırdığı yorumu yapılabilmektedir.

AsCK'nın 46'ncı ve ek 8'inci maddelerinde sınırlı da olsa bazı suçlar için TCK'da yer alan ön ödeme, cezanın ertelenmesi ve seçenek yaptırımlara çevirme gibi kurumlara yer verildiği görülmektedir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu konusunda hiçbir istisnai hükme yer verilmeden bu kurumun tüm suçlar bakımından uygulanması yasaklanmıştır. İşte bu husus orantılılık ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle yapılan bu düzenlemenin ölçülü olmadığı konusundaki Anayasa Mahkemesi kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Askeri Ceza Kanunu içerisinde düzenlenen ancak hafif nitelikte olan suçlar da mevcuttur. En azından bu suçlar nedeniyle verilen cezaların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kapsamına alınarak sınırlı bir düzenlemenin yapılmasının ölçülülük ilkesi bakımından daha da uygun olacağı kanaatindeyiz.

c. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararının Sonuçları

1) Genel Olarak

AsCK bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması çeşitli yasal değişiklikler geçirmiş ve daha sonra yapılan bu son değişiklik Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Bu değişiklikler dolayısı ile AsCK kapsamında kalan suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı değişikliklerin yapıldığı zamana göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından 17.01.2013 tarihinde AsCK Ek md.10/2'nin iptal edilmesi ile birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun AsCK bakımından uygulanmasını 3 dönem itibariyle incelemek yerinde olacaktır.

Bu dönemlerden ilki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yetişkinler için de uygulanacağını gösteren 5560 sayılı yasa ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenen 231/5-14'inci maddesinin yürürlük tarihi olan 19.12.2006 tarihi ile bu kurumun Askeri Ceza Kanununun bakımından uygulanmasını yasaklayan 5739 sayılı yasa ile

AsCK'ya eklenen Ek md. 10/2'nci maddesinin yürürlük tarihi olan 01.03.2008 tarihi arasındaki dönemdir.

İkinci dönem ise 5739 sayılı yasa ile AsCK'ya eklenen Ek md.10/2'nin yürürlük tarihi olan 01.03.2008 tarihi ile Anayasa Mahkemesi tarafından Ek md.10/2'nin iptaline ilişkin kararın yürürlük tarihi olan 23.01.2013 tarihi arasındaki dönemdir.

Son dönem ise, Anayasa Mahkemesi tarafından AsCK Ek md.10/2'nin iptaline ilişkin kararın yürürlük tarihi olan 23.01.2013 tarihi ve sonraki dönemdir.

2) Birinci Dönem (19.12.2006 tarihi ile 01.03.2008 tarihleri arası)

CMK md.231/5-14'ün yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinde herhangi bir ayırım yapılmadan, bir kimse gerek AsCK kapsamında kalan bir suç gerekse TCK kapsamında kalan bir suç işlesin bu suça verilen sonuç ceza 1 yılın altında ise ve CMK md.231'de yer alan diğer şartlar da sağlanıyorsa bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmekteydi.¹⁴ Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte AsCK'da bu kanunun uygulanmasını yasaklayan herhangi bir hükme rastlanılmamaktaydı. Örnek olarak 20.12.2006 tarihinde asker kişi tarafından işlenen ve AsCK 84'üncü maddede yer alan yalan yere veya usulsüz yere şikayet suçunun işlenmesi sonucunda yapılan yargılamada sonuç ceza 1 yılın altındaysa ve CMK md.231'deki diğer şartlar sağlanıyorsa bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmekteydi. Burada sürenin 1 yıl olmasına dikkat edilmesi gerekir; zira 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren ilk düzenlemeye göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması için tayin edilen sonuç cezanın 1 yıl veya altında olması gerekir. Ancak bu sınır 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı yasa ile 2 yıla çıkarılmıştır. Bu nedenle 08.02.2008 tarihinden önce işlenmiş ancak yargılaması hala devam eden

¹⁴ “Diğer yandan, geçmişte herhangi bir suçtan dolayı sabıkası bulunmayan ve suç vaka raporunda herhangi bir disiplin cezası görülmeyen, duruşma tutanağına yansımış herhangi bir olumsuz davranışı da bulunmayan sanık hakkında, CMK'nın 231/6'ncı maddesinde belirtilen kriterlerle bağdaşmayan “*eylemlerinin çokluğu*” şeklindeki gerekçe ile takdiren HAGB müessesesinin uygulanmamasının da kanuna aykırı olduğuna işaret edilmiştir.” (As.Yar.3.D., 16.12.2009, E.2763, K.2859).

KAFALI – PALUT - ALTIKAT

KHO BİLİM DERGİSİ CİLT: 23 SAYI: 1 YIL: 2013

suçlar ile bu tarihten sonra işlenmiş olan suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırının 2 yıl olarak dikkate alınması gerekir.

Şunu da belirtmek gerekir ki 19.12.2006 tarihinden önce işlenmiş ancak yargılaması bu tarihten sonra da devam eden askeri suçlar ile 19.12.2006-01.03.2008 tarihleri arasında işlenmiş ancak yargılaması 01.03.2008 tarihinden sonra da devam eden askeri suçlar bakımından da eğer şartları oluşmuşsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmekteydi. Bunun nedeni hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu doktrin ve Yargıtay tarafından maddi hukuk yönü ağır basan karma nitelikte bir kurum olarak kabul edilmektedir. Buna göre lehe kanunun tespitinde suç tarihinde yürürlükte olan kanunlarla bağlı kalınmayacak sanık lehine olması kaydıyla daha sonra yürürlük kazanan kanun hükümleri de geçmişteki olaylara uygulanabilecektir.¹⁵

Bu nedenle sonuç olarak 19.12.2006 tarihinden önce işlenmiş ancak yargılaması bu tarihten sonra da devam eden suçlar¹⁶ ile 19.12.2006-01.03.2008 tarihleri arasında işlenmiş olan ancak yargılaması bu tarihten sonra da devam eden AsCK kapsamında yer alan suçların¹⁷ yargılaması

¹⁵Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanunun 562. Maddesi ile değişik 5271 sayılı kanunun 231. Maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, ceza miktarının üst sınırının 2 yıla çıkarılması, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlarla ilgili olan sınırlandırılmasının da kaldırılması nedeniyle yerel mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması.” Y.1.CD, 28.02.2008 T, 2007/6822 E, 2008/1436 K; (Gündüz, B; Son Değişiklikler Işığında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, ABD, Y.66, S.1, 2008: s.164.)

¹⁶“Ancak; 8.2.2008 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun’un 562’nci maddesiyle, CMK’nın 231’inci maddesinde yapılan değişiklik sonucu, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesi bakımından, mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.” (As.Yar.4.D., 27.10.2009, E.2274, K.2264;As.Yar.4.D. 29.04.2009,E.951,K.941).

¹⁷ Hükümlünün, 17.07.2007 -20.08.2007 ve 20.08.2007-07.09.2007 tarihleri arasında işlediği mükerrer firar suçlarından önce, 24.01.2007-18.02.2007 tarihleri arasında temadi

sonucunda eğer CMK md.231'in şartları gerçekleşmişse hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmekteydi.

3) İkinci Dönem (01.03.2008 tarihi ile 23.01.2013 tarihleri arası)

Bu dönemde AsCK kapsamında kalan bir suçun işlenmesi halinde verilecek olan ceza ne olursa olsun AsCK Ek md.10/2 hükmü gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün değildir.

Bazı yazarlarca AsCK kapsamında yer alan ancak yargılaması adli mahkemelerce yapılan bakaya, saklı, yoklama kaçağı gibi suçların işlenmesi halinde adli mahkemelerce verilen hükmün ertelenebileceği belirtilmiş olsa da bu görüş bizce yerinde değildir (Kumbasar, 2012: 139). Zira AsCK Ek md.10/2 de bu yasağın askeri ceza kanunu kapsamında yer alan suçlar için uygulanacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Yukarıda askeri suçun tanımı bölümünde de belirttiğimiz gibi bakaya, saklı, yoklama kaçağı gibi suçlar tüm unsurlarıyla birlikte Askeri Ceza Kanunu kapsamında yer alan suçlardandır. Bu nedenle bu suçların yargılamaları adli mahkemelerde yapılsa bile Askeri Ceza Kanununda yer alan suçlardan kabul edilmesi nedeniyle bu suçlarda da AsCK Ek md.10/2'de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağının uygulanması gerekir.

Bunun yanında gerek unsurlarının bir kısmı AsCK'da bir kısmı diğer ceza kanunlarında gerekse unsurlarının tamamı diğer ceza kanunlarında yer alan ve Askeri Ceza Kanununda bu ceza kanunlarında atıfla yetinilen suçlar da askeri suç olarak kabul edilmeleri nedeniyle bu dönemde işlenen bu tip suçlarda da hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağının uygulanması gerekir.

4) Üçüncü Dönem (23.01.2013 ve sonrası)

eden firar suçundan dolayı, Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nin, 20.04.2007 gün ve 2007/692-193 E.K. sayılı hükmü ile neticeten 10 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı, bu hükmün 22.06.2007 tarihinde kesinleştiği, anılan mükerrer firar suçlarını bu tarihten sonra işlemeye başladığı anlaşıldığından, "daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum" olan hükümlünün 5271 sayılı CMK'nın 231/6'ncı maddesini a bendi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinden yararlanma imkanı bulunmadığından, mükerrer firar suçları yönünden hükümlünün itirazının reddine karar verilmiştir." (As.Yar.4.D., 08.07.2008, E.1521, K.1511)

KAFALI – PALUT - ALTIKAT

KHO BİLİM DERGİSİ CİLT: 23 SAYI: 1 YIL: 2013

AYM tarafından 17.01.2013 tarihinde AsCK Ek md.10/2 hükmünün iptal edilmesi ile birlikte artık AsCK da yer alan suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını engelleyecek bir hüküm kalmamıştır. AYM tarafından verilen bu iptal kararı 23.01.2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesince bir kanunun tümünün Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmez, bu nedenle 23.01.2013 tarihinde ve bu tarihten sonra işlenen suçlarda şartlarının oluşması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması gerekmektedir.

Buna ek olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun 01.03.2008 tarihi ile 23.01.2013 tarihleri arasında işlenmiş olan ancak yargılaması 23.01.2013 tarihi itibarıyla devam eden davalar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Anayasanın 153/5’inci maddesinde “iptal kararları geriye yürümez” denilmektedir. Ancak bu düzenlemenin Anayasanın Cumhuriyetin nitelikleri arasında Hukuk Devleti’ne yer veren 2’nci, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13’üncü ve ceza hukukuna ilişkin temel hükümleri içeren 38’inci maddesindeki kaidelerden bağımsız şekilde yorumlanması doğru sonuçların ulaşılmasını engelleyebilir. Doğaldır ki, failin aleyhine bir durum yaratan Anayasa Mahkemesi iptal kararı geçmişteki olaylara uygulanamaz. Keza CMK md.231’de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun karma hukuki niteliği sebebiyle failin lehine olan kanunun uygulanacağından, aleyhe sonuç doğuran iptal kararının önceki eylemlere uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin iptal kararı lehe bir durum yaratmışsa derhal tatbik edilmelidir. Aksi halde Anayasanın yukarıda zikrettiğimiz hükümlerine, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı ve çelişkili durumlara düşülebilir. Bu ise anayasal güvenceye bağlanmış olan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Yargıtay da bu konuda aynı görüştedir. Yargıtay’a göre Anayasa Mahkemesi’nin verdiği karar neticesinde eğer sanık lehine bir durum ortaya çıkarsa bu karar doğrultusunda sanığın durumunun düzeltilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay, “iptal edilen kanun, ilga edilen kanun

gibidir. Bu nedenle, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla kocanın zinası suçları yaptırımsız kalmıştır. Bu halde TCK'nın 2. maddesindeki genel kuralın sanıklar yararına uygulanması gerekmektedir. Bu durumun Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini düzenleyen Ay 153/5 fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülebilirse de Anayasa Mahkemesince bir kanunun tümünün Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmez.¹⁸ kararında bu durumu işaret etmektedir.

Ayrıca Askeri Yargıtayda yeni tarihli ve benzer bir konudaki kararında aynı şekilde karar vermiştir. "5329 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle ASCK'na eklenen Ek 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Söz konusu kararın yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle, Askeri ceza kanununda düzenlenen suçlardan tayin olunan iki yıl ve daha az hapis cezalarının, yasal şartların oluşması hâlinde, TCK'nın 51'inci maddesi gereğince ertelenmesi, dosya içeriğine göre sabıkasız oldukları anlaşıldığından (Dz.53) CMK'nın 231'inci maddesi gereğince de hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ayrıca bir yıldan kısa süreli olarak tayin olunan hapis cezalarının TCK'nın 50'nci maddesi gereğince adli para cezasına veya maddede yazılı diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmesi mümkün hâle gelmiştir.

Bu sebeplerle sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar veya erteleme konularında askeri mahkemece bir değerlendirme yapılmasına imkan sağlamak üzere mahkumiyet hükümlerinin uygulama yönünden ayrı ayrı bozulmasına karar verilmiştir.¹⁹ Kararda iptal kararı doğrultusunda, sanıkların durumunun tekrar gözden geçirilmesinden bahisle yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.

5. SONUÇ

¹⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 9.3.1988, 82/854 (Artuk, Gökçen, Yenidünya; 2012:155)

¹⁹ (As.Yar.1.D. 23.01.2013, E.0153, K.0078)

KAFALI – PALUT - ALTIKAT

KHO BİLİM DERGİSİ CİLT: 23 SAYI: 1 YIL: 2013

Askeri ceza ve disiplin yargılamasında askerlik hizmetinin özelliklerinden kaynaklı bir takım istisnalar kabul edilebilir. AsCK Ek md.10/2'de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağına ilişkin düzenleme de bu yaklaşımın bir sonucu olarak AsCK'ya eklenmiştir. Ceza yargılaması hukukuna birçok alternatif çözüm yolları getirilmiştir. Bunlar ön ödeme, seçenek yaptırımlara çevirme, uzlaşma, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumlardır.

AsCKmd. Ek md.8/2'de "*Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında ön ödeme hükümleri uygulanmaz.*" hükmü ile ön ödeme kurumunun kısmen de olsa AsCK bakımından uygulanmasına izin verilmiştir. Aynı zamanda AsCK Ek md.8/4'te "*Yedek subaylar hariç olmak üzere subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler 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.*" hükmü ile hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine kısmen de olsa imkan tanınmıştır. Bunun yanında AsCK md.47'de Anayasa Mahkemesi tarafından 17.01.2013 tarihinde iptal kararı verilmeden önce kısmen de olsa TCK md.51 anlamında erteleme kurumu uygulanmaktaydı.²⁰

AsCK kapsamında düzenlenen ön ödeme, hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme kurumlarına ilişkin hükümlere bakıldığında kısmen de olsa bu kurumların Askeri Ceza Kanunu kapsamındaki suçlara uygulandığı görülebilmektedir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını yasaklayan AsCK Ek md.10/2 hükmüne bakıldığında bu kurumun uygulanmasına olanak tanıyan istisnai hükme yasada yer verilmemiştir.

Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek

²⁰ Yeni TCK'da cezaların ertelenmesinin niteliği ve koşulları hakkında geniş bilgi için bkz. Turhan, s. 27-54

KAFALI – PALUT - ALTIKAT

KHO BİLİM DERGİSİ CİLT: 23 SAYI: 1 YIL: 2013

cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerine ve ağır yaptırımlara bağlanmalarına bakıldığında bu düzenlemenin bu denli ağır olan bir yasada yer almasının ölçülülük ilkesi bakımından yerinde olmadığı görülmektedir. Diğer hukuk alanlarında olduğu gibi 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. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesinin iptaline konu olan düzenleme ise amaçla uyumlu olması gereken bu oranı aşmıştır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının genel gerekçesi de bu ilkeye dayanmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümlerinde de belirttiğimiz gibi askeri ceza hukuku hukuk sistemimiz içerisinde diğer hukuk dallarından farklı konumdadır. Bu tip istisnai hükümleri içerisinde barındırması gerek yargısal merciler tarafından verilen kararların gerekçelerinde gerekse yasa koyucu tarafından yapılan yasal düzenlemelerin gerekçelerinde de belirtilmektedir. Ancak evrensel hukuk ilkeleri her zaman her yerde ve herkes için geçerlidir. Yapılan yasal düzenlemelerin insan haklarına, temel hak ve özgürlüklere uygun ve elverişli olması gerekir. AsCK Ek md.10/2 hükmüne bakıldığında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

Bize göre bundan sonraki süreçte bu kurumun askeri ceza hukuku bakımından uygulanmasında iki yol izlenebilir. Bunlardan ilki tıpkı ön ödeme kurumunun askeri ceza hukuku bakımından uygulamasını gösteren AsCK Ek md.8/2'deki gibi bir yasal düzenleme yapılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması yasağının askeri ceza mevzuatı içinde askeri disiplinin sağlanması bakımından nispeten önem arz eden suçlar bakımından uygulanabilmesine izin vermektir. Diğer yol ise herhangi bir yasal düzenlemeye gidilmeden tıpkı Yargıtay ve AİHM'nin yaptığı gibi tamamen Askeri Yargıtay'ın vereceği kararlar çerçevesinde bu kurumun uygulama alanının şekillenmesini beklemektir.

KAYNAKÇA

- Aras, B., 2008, **Genel Olarak Alternatif Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri**, AD., AB Yayınları, Ankara.
- Artuç, M., 2010, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, A.C., 2012, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Beccaria, S., 1964, **Suçlar ve Cezalar yahut Beşerin Mecelliyesi**, Çev: Muhittin Göklü, İnkılap ve Aka Kitapevleri, İstanbul.
- Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö., 2011, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul.
- Demirbaş, T., 2012, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Dönmezer, S; Erman, S;1980, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Erman, S., 1983, **Askeri Ceza Hukuku**, Üçdal Neşriyat, İstanbul.
- İpek, A.İ, 2010, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kangal, Z.,2010, **Askeri Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Koç, C., 2012, **TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Sözkese Matbaası, Ankara.
- Koca, M., Üzülmöz, İ., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- Kumbasar, E., 2012, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Mahmutoğlu, F., 2009. “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” , Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı, Sempozyum, 356.
- Önder , A., 1963, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**, İÜHF Yayınları, İstanbul.
- Özgenç, İ., 2012, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Parlar, A., Hatipoğlu, M., 2008, **Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, Ankara.
- Tiftik, C., İncircioğlu, E., Değirmenci, O., 2009, **Askeri Ceza Hukuku Ders Kitabı**, Kara Harp Okulu Basım Evi, Ankara.
- Turhan, F.,**Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 3-4 (2006), s. 27-54
- Yılmaz, E., 2011, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara.