

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/176

Karar Sayısı : 2015/53

Karar Tarihi : 27.5.2015

RG Tarih-Sayı : 26.6.2015-29398

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Kara Kuvvetleri Komutanlığı 5. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 20. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Türk Silahlı Kuvvetlerinde subay olarak görev yaparken konutunda bir kadınla birlikte karı koca gibi nikâhsız olarak yaşadığı ileri sürülen sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 153. maddesi şöyledir:

"İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar

Madde 153- (Değişik :22/3/2000 - 4551/31 md.)

İffetsizliği anlaşılmiş olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağıını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükümlenir.

Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 20. ve 41. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 24.11.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ömer DURAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Gerekçe Kısmını Göster rında, Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesinin benimsenmiş olduğu, buna göre kanun koyucunun ceza normlarını düzenlerken ceza hukukunun genel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesi ile bağlı olduğu, ölçülülük ilkesinin ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu, ölçülülük ilkesiyle Devletin cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olduğu, kuralla suç sayılan eylem için öngörülen cezanın ağır olduğu ve amaçlanan sosyal faydanın bu suretle sağlanamayacağı, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacağı, kişinin özel hayatı ve aile hayatının askerlik hizmetinin ötesinde tutulması gerektiği, özel hayatı ve aile hayatını koruma yükümlülüğü bulunan Devletin bu alana müdahale ederek kişileri cezalandırmasının yerinde olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 20. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Kanun'un 153. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı birinci fıkrasında, iffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında ise rütbenin geri alınmasına hükmolunacağı kural altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; ikinci fıkrasında, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı, yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayat, bir yönüyle özel hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini, bir başka ifadeyle kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kişiler tarafından bilinmesini isteme hakkını korurken, diğer yönüyle, resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdî hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 20. maddesindeki düzenlemeyle özel hayat, Anayasa'da belirtilen istisnalar haricinde Devlete, topluma ve diğer kişilere karşı koruma altına alınmıştır.

Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" denilmektedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırları oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa'nın diğer hükümlerinin gerektirmesi nedeniyle düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların da sınırlanabilmesi veya maddelerinde belirtilen nedenler dışında diğer anayasal nedenlere dayalı olarak sınırlama yapılabilmesi mümkün bulunmaktadır.

Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan imkânların kanun koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Bireyin özel hayatı, kural olarak özel alandır. Ancak özel hayatın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır. Nitekim bireyin mahremiyet alanı ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışları da kişinin özel hayatı kapsamındadır. Buna göre itiraz konusu kural uyarınca özel hayat kapsamındaki davranış ve ilişkiler gerekçe gösterilerek verilebilecek TSK'dan ayırma yaptırımının, kişinin özel hayatına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

Asker kişilere uygulanan yaptırımların; kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmayı sürdürmek, disiplini tesis ve devamlılığını sağlamak, mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Başta kolluk kuvvetleri olmak üzere bazı kamu görevlileri için öngörülen bu tarz cezaların amacı, kamu görevlisinin görevini gerektiği şekilde yerine getirmesini sağlamaktır. Bu bağlamda, askerî ceza hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin davranışları ile ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır. Bununla birlikte bireylerin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği yalnızca kanunla ve demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu

Gerekçe Kısmını Göster İlkesine aykırı olamaz.

kanamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük

Belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için, müdahale teşkil ettiği ve özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen kamu yararı ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır.

Ceza hukuku, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olduğundan suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken diğer bir ifade ile herhangi bir konuda düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da göz önünde bulundurmaya zorunludur. Dolayısıyla kanun koyucu, kimi suçların niteliğini, işleme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözetenek değişik cezalar verilmesini öngörebilir. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, "ölçülülük ilkesi" olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. "Elverişlilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "zorunluluk ilkesi" öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve "orantılılık ilkesi" ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.

Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine bir takım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları da normaldir.

Kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivilere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır. Askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak, genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır veya daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir. Hatta genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılması da mümkündür. Nitekim kanun koyucu da askerî hizmetlerin gereklerine uygun olarak bazı fiil ve davranışları TSK mensupları için yasaklamıştır.

İtiraza konu kural ile yaptırma bağlanan eylem için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK'dan çıkarma cezasıdır. Bunun dışında asker kişilerin suçun sübut bulması için yapılan uyarı ve ikazlara rağmen söz konusu fiilin işlenmesinde ısrar etme şartı da aranmaktadır. Ayrıca sadece asker kişilerin ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeni ile de çalışmaktadır. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.

Diğer yandan özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez. Bu anlamda kural, askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Engin YILDIRIM, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşte katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 41. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Engin YILDIRIM, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.5.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman A lifeyaz PAKSÜT

Gerekçe Kısmını Göster

Üye
Recep KÖMÜRÇÜ

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen, 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta..." ibaresine yönelik iptal talebi reddedilmiştir.

Askeri Ceza Kanunu'nun, itiraz konusu ibarenin de içinde bulunduğu ve "İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar" başlıklı 153. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur".

Görüldüğü üzere, cezalandırılması öngörülen fiil herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etmemdir. Belirtmek gerekir ki, aynı fiil 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren bir disiplinsizlik eylemi olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir." Kişinin kendi hayatını belirlemesi anlamında bireysel özerklik, kamu otoritelerinin ve başkalarının müdahale edemeyeceği özel bir alanın varlığını zorunlu kılmaktadır. Nitekim, 20. maddenin gerekçesinde, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının gereklerinden biri, "resmî makamların özel hayata müdahale edememesi; yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi" olarak ifade edilmiştir.

İtiraz konusu kuralla öngörülen yaptırımın, asker kişilerin özel hayatlarına saygı gösterilmesini isteme haklarına bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Hiç kuşkusuz, bu hak sınırsız değildir. Meşru bir amaca yönelik olması ve Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen sınırlama ölçütlerine uyulması şartıyla özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getirilebilir. Bu sınırlamanın, askerlik hizmetinin gerektirdiği disiplin ve düzen dikkate alındığında asker kişiler açısından daha geniş tutulabileceği de açıktır. Dahası, sivil hayatta suç teşkil etmeyen bir fiil, askerlik vazife ve hizmetinin kendine has gerekleri uyarınca asker kişiler için cezai yaptırıma tabi tutulabilir.

Düzenlemenin meşru bir amaca yönelik olduğunun söylenmesi, Anayasa'ya uygunluk bakımından tek başına yeterli değildir. Temel hak ve özgürlükler, askeri hizmeti yürütenler açısından, belli konularda daha fazla sınırlandırılabilir de, bu hak ve özgürlüklerin asker kişiler için geçerli olmadığı söylenemez. Bu noktada, sınırlamanın ölçülü olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Ölçülülük, "yasal önlem sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir." (AYM, E.2013/67, K.2013/164, K.T. 26.12.2013, RG: 27.3.2014-28954).

İtiraz konusu kuralın, askeri hizmetlerin gereklerini sağlama amacı bakımından gerekli, elverişli ve orantılı olduğunu savunmak zordur. İtiraz yoluna başvuran Askeri Mahkemenin de belirttiği üzere, "askerlik hizmet ve gerekleri ile hiçbir bağlantısı bulunmayan" ve kişilerin tamamen özel yaşamlarına ilişkin bir fiil, kuralla suç olarak düzenlenmektedir. Mahkememiz çoğunluğu, kuralın "askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığı"ni belirtmesine karşın, yaptırıma tabi fiilin askeri hizmetin gerekleriyle bağlantısına ve sözgelimi neden askeri disiplini bozacağına dair argümanlar ortaya koyabilmiş değildir.

Diğer taraftan, Mahkememiz çoğunluğunun kuralla öngörülen yaptırımın "hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp disiplini temine yönelik TSK'dan çıkarma cezası" olması nedeniyle ölçülü olduğu yönündeki görüşüne de katılmak mümkün değildir. Herşeyden evvel, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile TSK'dan çıkarma cezası mahiyetleri itibarıyla ölçülülük değerlendirmesine temel teşkil edecek bir

Gerekçe Kısmını Göster t değildir. Bu cezaların hangisinin daha ağır olduğu hususu, duruma ve cezaya muhatap kişilerin subjektif algılarına bağlı olarak değişkenlik arzedecektir. Bazıları açısından meslekten çıkarma cezası, sözgelimi üç veya altı ay süreli hapis cezasından çok daha ağır bir ceza olarak görülebilir.

Nitekim, bireysel başvurulara ilişkin birçok kararında Mahkememiz, kişilerin özel hayatını ilgilendiren görüntülerin ifşası üzerine devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmalarını Anayasa'nın 20. maddesinin ihlali olarak görmüştür. Anayasa Mahkemesine göre, *“başvurucunun hakkındaki disiplin süreci sonucunda devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olmasının, meslekî hayatı üzerinde olduğu kadar, temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturmakla, daha önemli hale geldiği anlaşılmaktadır”* (İkinci Bölüm, B.No: 2013/1614, 3/4/2014, § 67; Birinci Bölüm, B.No: 2013/9660, 21/1/2015, § 60).

Benzer şekilde, asker kişilerin nikahsız birliktelikte ısrarları sonucunda, Türk Silahlı Kuvvetleri'nden çıkarma ile cezalandırılmaları, sadece meslekî hayatlarını değil, aynı zamanda temel geçim kaynağından mahrum kalmaları nedeniyle ekonomik geleceklerini de olumsuz yönde etkileyecek olan son derece ağır bir müdahaledir. Bunun da, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir müdahale olduğu söylenemez.

Açıklanan gerekçelerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu, dolayısıyla iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmıyoruz.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY

Askeri Ceza Kanunu'nun 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta...”* ibaresinin Anayasa'nın 2., 20. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş ancak Mahkememiz kısaca askerlik mesleğinin kariyer meslek olup disiplin ve fedakarlık temeline dayandığını, katı meslek ilkelerine tabi tutulup cezalandırılabilirliklerini, askeri disipline etmenin demokratik düzen ile çelişmeyip, müdahale hakkın özüne dokunacak sınırlama getirmediklerinden sınırlı ve ölçülüdür diyerek yediye karşı dokuz oyuyla kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa'nın *“özel hayatın gizliliği”* başlıklı 20. maddesinde herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı ve milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak ve usulüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça kimsenin üstü aranmayıp özel kağıt ve eşyalarına el konulamayacağını ifade etmektedir.

Demokratik hukuk devletlerinde bireye maddi ve manevi varlığını dilediği gibi geliştirebileceği, koruyabileceği haklar ve özgürlük alanı tanınmıştır.

Bu kapsamda özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, bir yönüyle özel hayatın *“gizliliğin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi”*ni, bir başka ifadeyle *“kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı”*nı korurken, diğer yönüyle, *“resmi makamların özel hayata müdahale edememesi, yani kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi”* hakkını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla 20. maddedeki düzenlemeyle özel hayat, Anayasa'da belirtilen istisnalar haricinde *“devlete, topluma ve diğer kişilere karşı”* koruma altına alınmıştır. Bu nedenle kural olarak özel hayat, devletin ve diğer kişilerin müdahale edemeyeceği özerk bir alan niteliğini haiz bulunmaktadır.

Özel hayat geniş bir kavramdır ve kapsayıcı bir tanımın yapılması oldukça zordur. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup bu koruma herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte, özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu alandan uzak tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Özpınar/Türkiye, B. No. 20999/04, 19/10/2010). Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır. Nitekim AİHM de özel hayat kavramının, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu, kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsadığını belirtmektedir (Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29-33).

Bireyin kendine ait manevi ve maddi alanda girişeceği ilişkilerin yaşam ve gelişim özel alanını işaret eden özel hayat, Anayasaca istisnai haller hariç koruma altında olmasının yanında, AİHM'nin bu alanın mahremiyetten daha geniş bir alan olduğunu ifade ettiği görülmektedir.

Özel hayat kavramı yaşanan süreçte isim, görüntü, itibar, aile bilgisi, cinsel kimlik, eğilimler, sağlık, kendi kaderini belirleme, iletişimin gizliliği gibi bir çok değişik duruma uygulanabilir ve alana müdahale imkanı teknolojik gelişmeler çoğalınca alanın korunma ihtiyacı da aynı ölçüde artmıştır. Bu durumda, ferdin harici müdahalelere karşı korunması ve güvence altına alınması, müdahalenin asgari düzeyde tutulması, özgürlükleri koruyup güçlendirmekle görevli demokratik hukuk devletinde, özel hayatın gizliliğine saygı duyma hakkı çerçevesinde zorunlu hale gelmiştir. Bu saygı hakkı kapsamında hakka müdahale etmeme yükümlülüğü devlet, kişi ayrımı yapmadan herkesin bu hakkın etkili kullanımına engel olacak davranışlara engel olma yükünü de beraberinde getirmektedir.

AİHS'nin 8. maddesine göre, *“herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* Özel hayat hakkı, sadece AİHS'de değil; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Medeni ve Siyasal haklar Sözleşmesi'nde de korunmuştur. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12.maddesinde *“Hiç kimse özel yaşamı, ailesi, konutu veya yazışması konularında keyfi müdahalelere, onur ve şanına karşı saldırılara maruz tutulamaz. Herkesin bu gibi müdahale ve saldırılara karşı yasal yoldan korunma*

Gereke Kısmını Göster leni ve Siyasal haklar Sözleşmesinin 17.maddesinde ise “Hiç kimsenin özel yaşantısına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi ya da kanunsuz olarak dokunulamaz; hiç kimsenin onuruna ya da toplumda sahip olduğu onur ve şöhretine yasal olmayan müdahalede bulunamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da saldırılara karşı yasalarda korunmasını isteme hakkı vardır.” denilmektedir.

Nitekim Mahkememiz 03.04.2014 tarih ve 2013/1611 sayılı bir bireysel başvuru müracaatında verdiği kararının 33. paragrafında; Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu **mahremiyet alanı Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır** dedikten sonra,

34. paragrafında; Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır demiş ve

35. paragrafında; Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen “özel yaşam” kavramı AİHM tarafından da oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır.(Koch/Almanya, B.No.497/09, 19/7/2012 § 51).” diyerek özel hayata saygı ve gizliliğine dokunma sınırlarına ilişkin tespitlerde bulunmuştur.

Bireyin mahremiyet alanının burada geçen eylem ve davranışların kişinin özel yaşamı kapsamında olduğu, bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunması da herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında Anayasa'nın 20. maddesi gereği değerlendirileceği açıktır.

Somut başvuru, dosyası açısından bakıldığında, TSK'dan ayırma yaptırımına maruz kalma riski, mesleki nedenlerle veya görevini yeterince iyi yapmadığı için yürütülen bir soruşturma neticesinde gerçekleşmemiş, buna göre başvuruya konu süreçte başvuru alanın özel hayatı kapsamında ki davranış ve ilişkileri sonuçta belirleyici olmuştur. Bu şartlar altında kişinin, özel yaşamına ait unsurlar gereke gösterilerek verilebilecek TSK'dan ayırma yaptırımının, özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

Anayasa'nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında, “Temel hak ve hürriyetler, ölerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmektedir. Anılan hüküm, hak ve özgürlükleri sınırlama güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılacağı ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerekmektedir.

Başvuruya konu TSK'den ayırma yaptırımı yargısal sürecinin itiraz konusu kural kapsamında yürütüldüğü gözetildiğinde, hak ve özgürlüğün sınırlama ölçütlerinden müdahaleye yetki veren meşru bir hukuki tabana dayandığı anlaşılmaktadır. Uygulanan yaptırımın askerlik hizmetinin kendine has kuralları ve gerekleri olduğu, muhabatın mesleği bu bilinç ile seçtiği, askeri disiplinin başkaca sağlanma yollarının bulunmayacağı, mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacı ile tesis edildiği söylenebilecek ise de, bu tarz cezalarda amacın görevin gerektiği şekilde yerine getirilmesini temine yönelik olduğu açık olup cezanın amacını meşru temelinin bulunmadığı da söylenemeyecektir.

Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliğine yapılacak müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütleri aşmaması o sınırlar içinde kalması da ve ancak bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile müdahaleyle güdülen amaç arasında orantı bulunması ise bir zorunluluktur.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye varandırılması gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlandırma amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlandırma aracı varken daha ağır bir sınırlandırma aracının seçilmesi doğru tercih değildir. Yani itiraz konusu kural bağlamında özel hayatın korunması hakkına daha hafif bir sınırlandırma aracıyla müdahalede bulunarak, sınırlandırma amacı olan “askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak” mümkünken mesleği sonlandırmak şeklindeki bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması ölçülülük ilkesine uygun düşmez.

Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla ve korumakla yükümlüdür. İtiraz konusu kural, fiilin ağırlığını, eyleme verilen cezanın sonucunu cezadan beklenen sosyal faydadan ziyade hakkın tamamını süresiz şekilde elden almış olmasını dikkate almaması, silahlı kuvvetlerde ki düzenin yeniden tesisi bir yana kişinin Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin tamamen kesilmesine yol açması nedeniyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırıdır. Bu bakımdan; karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşama eylemine, asker kişiler hakkında uygulanan TSK'dan ayırma yaptırımının, korunması düşünülen yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine ve herkesin özel hayatının güvence altına alınmış olması karşısında özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. Çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Gerekçe Kısmını Göster

KARŞIOY GEREKÇESİ

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 153. maddesinde yer alan "...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz davası açılmıştır. İtiraz konusu kuralın devamında, herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) çıkarma cezasına hükümlenacağı düzenlenmiştir. Söz konusu kural, sadece 1632 sayılı Kanun'da suç olarak tanımlanıp, cezaya bağlanmamış, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nda da disiplin suçu olarak nitelendirilmiş ve aynı cezai yaptırıma bu Kanun'da da yer verilmiştir. Özel hayatın en mahrem alanlarına ait tercihlerden dolayı kişilerin işten atılma yaptırımına uğramaları ölçüsüz ve ağır bir cezadır.

Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı hükme bağlanmıştır. İtiraz konusu kural, resmi makamlara asker kişinin özel hayatına karışma yetkisini vererek, yukarıdaki fıkrada korunan değerlere ölçüsüz bir müdahalede bulunmaktadır. Kişinin aile hayatı da dâhil olmak üzere özel hayatı askerlik mesleğinin layığıyla yerine getirilmesinde doğrudan bir etkiye sahip değildir. Asker kişi de olsa, bireyin özel hayatında ne yaptığı, kimlerle nasıl yaşadığı, ne devleti ne de başkalarını ilgilendirir. Asker kişinin, itiraz konusu kural gereğince TSK ile ilişkisinin kesilmesi yaptırımına maruz kalması mesleki yetersizlik veya başka bir nedenden dolayı değil özel hayatıyla ilgili davranış ve tercihlerinden kaynaklanmaktadır. Denebilir ki, asker kişiler hayatlarının askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabi olacağını bilerek bu mesleği seçmektedir. Bununla birlikte, bu sınırlamaların Anayasa'da yer alan temek hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ölçüsüzce engellememesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, ifade özgürlüğünün, "kışlanmış kapısında durmadığı"^[1] tespitini asker kişiler açısından Anayasamızın 20. maddesi için de rahatlıkla yapabiliriz.

İtiraz konusu kuralın askerlik mesleğinin onur ve saygınlığını korumak ve disiplini sağlamak amacını taşıdığı hususunda bir tereddüt yoktur. Bununla beraber, özel hayata ait tercihlerden dolayı asker kişinin mesleğin onurunu zedeleyeceği, disiplinsizliğe neden olacağı otomatik olarak varsayılmamalıdır. Nikâhsız karı koca gibi yaşayan bir asker kişi, mesleğinde son derece başarılı olabilir. Aynı şekilde evli bir asker kişi de işinde son derece başarısız veya disiplinsiz olabilir.

Aile, sabit ve durağan bir kavram olmayıp, geçmiş çağların aile anlayışı ile günümüzünkiler arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Artık, herhangi bir resmi ve/veya dini akit olmadan da insanlar aile şeklinde yaşamakta ve aile kavramı sadece nikâhli birliklerle sınırlanmamaktadır. Kişiler, çeşitli nedenlerle nikâhsız bir arada yaşamak isteyebilirler. Devlete düşen görev, bu tercihe saygı duymak olmalıdır. Özel hayata saygı hakkı, bir insanın herhangi bir dış müdahaleye maruz kalmadan kendi hayatını arzuladığı şekilde sürdürmesini güvence altına almaktadır. Bu sayede, insan haysiyeti de korunmuş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün 2013/1614 başvuru numaralı bireysel başvuru ile ilgili kararında da vurgulandığı gibi, özel hayat kişilerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri bir alan olarak nitelendirilmektedir. Bu mahrem alan, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı içermektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Ölçülülük, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını içeren bir ilkedir. Bu ilke, kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir oran aranması için kullanılmaktadır. Askerlik görevinin doğası gereği asker kişilerin özel hayatlarıyla ilgili hakları, sivillere göre daha fazla sınırlanabilir nitelik taşımakla beraber, bu sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması ve demokratik toplumda zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlükler, özüne dokunmamak şartıyla demokratik toplum düzeninin gerekleri doğrultusunda zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlanabilirler. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ve yapılan müdahalelerle ulaşılmak istenen amaç ne kadar meşru olursa olsun, kısıtlamaların belli bir hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeyde olmaması gerekir. Özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında bu hakkın kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin hakkın özünü zedeleyeceği açıktır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 13. ve 20 maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara muhalefet edilmiştir.

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Muammer TOPAL

KARŞI GÖRÜŞ

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 153. maddesinin birinci fıkrasındaki "...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta..." ibarelerinin iptali istenmiştir. İptali istenen ibarelerle birlikte 153. maddenin birinci fıkrası şöyledir:

Gerekçe Kısmını Göster

“İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar

*Madde 153- İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya **karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükümlenir.***

İptali istenen ibareler Mahkememiz çoğunluğu tarafından, askerlik mesleğinin gereği olarak, bu mesleği kabul edenlerin özel hayatına sınırlama getirilebileceği gerekçesiyle, Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

İtiraz konusu kural, herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına hükümlenacağını düzenlemektedir.

Maddenin gerekçesinde *“Madde ile, 1632 sayılı Kanunun 153 üncü maddesinde, bu Tasarıyla fer’i cezalarla ilgili olarak yapılan düzenlemenin icap ettirdiği bir değişiklik yapılmaktadır.*

Maddenin ikinci fıkrasında, bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunmak veya bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmak fiilleri ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Maddede, bu fiilleri işleyen asker kişiler hakkında, fiilleri bir başka suç oluştursa bile ayrıca suçlunun statüsüne göre Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma veya rütbenin geri alınması fer’i cezalarına hükmedilmesi öngörülmektedir” açıklamalarına yer verilmiştir.

Aşağıda belirtilen nedenlerle, kuralın anayasaya aykırı olduğu kanaatindeyim:

1- İptali istenen ibarelere göre, asker kimsenin, bir başkasıyla nikahsız olarak karı koca gibi yaşaması ve bunda, ihtara rağmen ısrar etmesi fiili, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nda askeri suç olarak düzenlenmiş ve ceza olarak da silahlı kuvvetlerden çıkarma cezası öngörülmüştür.

Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası, personelin tabii olduğu mevzuat hükümlerine göre Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkin kesilmesi veya sözleşmesinin feshedilmesidir.

Söz konusu fiil, iptali istenen kuralla suç olarak tanımlanıp cezaya bağlanmış olmasının yanında ayrıca bir de, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nda da disiplin suçu olarak kabul edilmiş ve bunun cezası olarak da yine TSK’dan ayırma bu kez disiplin cezası olarak öngörülmüştür.

6413 sayılı Kanun’un *“Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler”* başlıklı 20. maddesinde:

“(1) Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır:

...

*(g) İffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak: İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya **karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etmektir.***

...”

denilmiştir. Görüldüğü gibi, aynı fiil 1632 sayılı Kanun’un 153. maddesinde askeri suç olarak düzenlenirken, 6413 sayılı Kanun’un 20 maddesinde de disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Buna göre, aynı fiil için 1632 sayılı Kanunda iptali istenen kuralla, ceza olarak silahlı kuvvetlerden ayırma, 6413 sayılı Kanunla da, disiplin cezası olarak, silahlı kuvvetlerden ayırma öngörülmüştür.

Kanun koyucu, bir fiil nedeniyle, hem adli ceza, ayrıca bir de disiplin cezası verilmesini öngörebilir. Bunda bir sorun yoktur. Ancak burada, aynı fiilin, bir taraftan adli ceza olarak, diğer taraftan disiplin cezası olarak silahlı kuvvetlerden ayırma ile cezalandırılması öngörülmektedir. Hangi cezaya ne zaman başvurulacağı konusunda da görülebildiği kadarıyla ayırtedici bir unsur bulunmamaktadır. O nedenle de, bunun takdiri uygulayıcılara bırakılmış olmaktadır. Bu durum, belirsizliğe ve keyfilığe neden olabilecek niteliktedir.

Anayasa’nın 2. maddesine göre *“Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk Devletidir.”* Hukuk devleti Anayasa Mahkemesi tarafından *“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı*

Gerekçe Kısmını Göster *ian, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.”* şeklinde tanımlanmaktadır (18.6.2013,E. 2013/71, K.2013/77).

Hukuk devleti ilkesi, özünde yönetimin hukukla bağlılığı, yöneticilerin şahsi ve keyfi iradesinin değil, hukukun hâkim olması anlamına gelmektedir. Hukuk devletinden söz edebilmek için genel, soyut, önceden bilinebilir, anlaşılabilir ve istikrarlı kurallardan oluşan bir hukuk düzeni mevcut olmalı ve hukuk kuralları, yönetilenler kadar siyasi iktidarı kullanan devlet organlarını ve yöneticilerini de bağlamalıdır (AYM, 27.12.2012, E. 2012/96, K. 2012/206).

İptali istenen ibarelerle, askeri suç ve ceza olarak düzenlenen fil ile, 6413 sayılı Kanun’un 20 maddesinde disiplin suçu ve cezası olarak düzenlenen durum, birbiriyle aynı olduğundan ve bu durum, belirsizliğe ve keyfilığe neden olabileceğinden, iptali istenen ibareler, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.

2- Yukarıda ifade edildiği üzere, itiraz konusu kural, herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında TSK’dan çıkarma cezasına hükümlenacağını düzenlemektedir.

Anayasa’nın “*Özel hayatın gizliliği*” başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı; ikinci fıkrasında, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı, yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı hüküm altına alınmıştır.

Özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, bir yönüyle özel hayatın “*gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi*”ni, bir başka ifadeyle “*kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı*”nı korurken, diğer yönüyle, “*resmî makamların özel hayata müdahale edememesi; yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi*” hakkını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla, 20. maddedeki düzenlemeyle özel hayat, Anayasa’da belirtilen istisnalar haricinde “*devlete, topluma ve diğer kişilere karşı*” koruma altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine göre, “*Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” AİHS m.8/1, Devlete, özel hayatın gizliliği hakkına müdahale etmeme şeklinde negatif bir yükümlülük yanında, bu hakları korumak amacıyla pozitif yükümlülükler de yüklemektedir.

Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında, asker kişilerin de özel hayatlarının olduğu ve sivil kişiler gibi, bunların özel hayatlarının da korunması gerektiği açıktır. İtiraz konusu ibareler ile asker kişilerin özel hayatlarına bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Keza, bir temel hak veya özgürlük hakkında sınırlama getirilirken Anayasa’nın “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı 13. maddesine de uygun hareket etmek gerekir. Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel ilkeleri göz önünde tutularak uygulanması gerekli olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa’nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerekmektedir. (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 35).

Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 36). Bu açıdan, somut olaya bakıldığında, asker kişiler için öngörülen cezanın, askeri disiplini sağlamak, mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirildiği, kanunla öngörüldüğü, dolayısıyla hukuki temelini bulunduğu kabul edilmelidir.

Bireyin temel haklarına bir müdahalede bulunulurken, Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca ayrıca ölçülülük ilkesine de uygun davranılmalıdır. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Ölçülülük, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir (AYM 26.12.2013, E. 2013/67, K. 2013/164).

Ayrıca, ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlandırma amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlandırma aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlandırma aracının seçilmesi mümkün değildir. Buna göre, itiraz konusu kural bağlamında özel hayatın korunması hakkına daha hafif bir sınırlandırma aracıyla müdahalede bulunarak, sınırlandırma amacı olarak kabul edilen *askeri disiplinin*

Gerekçe Kısmını Göster ve *onurunun korunması* amacına ulaşmak mümkünken, bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun olmaz.

Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir.

Suç ve suçlulukla mücadele kapsamında, hangi fillerin suç sayılacağı ve hangi cezalarla cezalandırılacağı, verilecek cezanın miktarı gibi konular, ceza siyaseti ile ilgili konulardır ve bu konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve ceza hukukunun evrensel ilkelerine bağlı kalarak bu konularda kanun yapabilir. Bu bağlamda, askerlik mesleğinin niteliğini ve gereklerini dikkate alarak, sivil kişilerden daha farklı kurallar da getirebilir. Ancak asker kişiler açısından da, bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İtiraz konusu kural bu açıdan değerlendirildiğinde, suç sayılan fiil, öngörülen ceza ve verilen ceza ile askerî disiplinin sağlanmasının ötesinde, kişinin TSK'dan ilişkisinin tamamen kesilmesi nedeniyle, kuralla takip edilen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturulduğundan ve ölçülülük ilkesine uygun davranıldığından söz etmek mümkün değildir. Bu bakımdan; kanı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşama eylemi nedeniyle asker kişiler hakkında uygulanan TSK'dan ayırma yaptırımı, korunması düşünülen yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine ve özel hayatın gizliliği ilkesine aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 1632 sayılı Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... veya kanı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta..." ibareleri, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğundan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

Üye
Erdal TERCAN

[1] *Grigoriades/Yunanistan*, §45, Başvuru no: 121/1996/740/939, Karar tarihi: 25 Kasım 1997, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["grigoriades"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58116"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).