

"...

II - İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'B. İPTALİ İSTENEN YASA MADDELERİ İLGİLİ BÖLÜMLERİNİN ASKERLİK HİZMETİNİN GEREKLERİ KAVRAMI AÇISINDAN İNCELENMESİ

Askerlik hizmetinin kendisine özgü işleyişi, kuralları, sosyal ve idari yapılanmasının olduğu herkesçe bilinmektedir. Askerlik hizmeti ile ilgili olarak başta Anayasamız olmak üzere çeşitli yasalarda diğer kurum ve kuruluşların işleyişinden farklı, hatta onlarla zaman zaman çelişen kurallar getirilmiştir.

Bunlardan askeri yargıyı ilgilendirenlerinden en önemlisi Anayasamızın 145 inci maddesinde belirtilen 'Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılıkta görevini yapan askeri hakimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir...' hükmüdür.

Acaba temeli disiplin olan ve omurgasını mutlak itaatin oluşturduğu bu disiplin anlayışı içerisinde kendi iç hizmetinin düzenlendiği kanuna göre, Türkiye Cumhuriyeti Devletini korumak ve kollamak için harp sanatını öğreten, öğrenen ve icra eden bir kuruluşa; bu hizmetin gerekleri uygulanırken mahkeme bağımsızlığı, hakimlik teminatları ikinci planda mı kalacak, bu kavramlar askerlik hizmetinin gerekleri kavramıyla nasıl bağdaştırılacaktır.

Anayasa Mahkemesince: Askerlik Hizmetinin gerekleri, mahkemenin bağımsızlığına ve bağımsızlığın dayandığı hakimlik teminatına dokunmadığı sürece ve o oranda söz konusu olabilir. Askerlik hizmetinin gereklerine dayanılarak bağımsızlığın zedelenmesine yol açılması hukukça savunulabilir bir tutum olamaz. Hakim bağımsızlığını zedelediği anda askerlik hizmetinin gereklerinin işletilmesi durdurulmalıdır.(AYMK 19 OCAK 1974 E: 72/49, K:74/1). Bu hüküm mahkememizce aynen benimsenmektedir.

Askerlik hizmetinin gerekleri tıpkı yargı bağımsızlığı, hakim güvencesi gibi Anayasal bir kavramdır. Mahkememizce kabul edilen; yargı bağımsızlığı ve hakim güvencesi gibi adaletin dağıtılması noktasında ön plana çıkan bu kavramın askerlik hizmetinin gerekleriyle çatıştığı durumlarda yargı bağımsızlığının zedelenmemesi gerekliliğidir. Esasen bu fikir Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da vücut bulmuştur. (Örn. 12.5.2004 gün ve E. 2003/57, K:2004/57, 11.2.1990, E: 1989/17, K.1990/33)

C. ANAYASAYA AYKIRILIĞI İLERİ SÜRÜLEREK İPTALİ İSTENEN KANUN MADDELERİYLE İLGİLİ BÖLÜMLERİNİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

İptali istenilen kanun maddeleri topluca irdelendiğinde ortak noktalarının yargı bağımsızlığına yönelik oldukları görülmektedir.

Bu kanun maddelerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülürken askeri hakimlere özel bir statü kazandırmak amaçlanmamaktadır.

Askeri hakimler diğer subaylar gibi askerdirler. Üniforma taşımaları diğer kamu kurum ve kuruluşlarında olmayan birlik içi ve dışı disiplin kurallarına uyma, selamlama, tatbikata katılma ve sayısı çoğaltılabilecek bir çok konuda askerlik hizmetinin gereklerini yerine getirirler ve getirmelidirler de.

Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, hakimın karar verirken her türlü etkiden uzak olması, belki de hakime bir takım, diğer kamu görevlerinden farklı (imtiyazlı) haklar sağlayabilir. Ancak yargı bağımsızlığını sağlamaya çalışılırken korunanlar hakimler değil davanın taraflarıdır (sanık, davaya katılan gibi). Teslim edilmesi gereken hak hakimlerin değil tarafların, özellikle sanık olarak yargılananların haklarıdır.

Yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına dair Anayasal kural (Anayasa Md.9), herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan (adli-idari askeri) tüm yargı için konulmuştur. Bu kural tabii olduğu şekilde askeri yargıyı da kapsar. Yargı bağımsızlığı yukarıda da değinildiği şekilde kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesidir.

Yargı hizmetinin doğrudan adalet sağlama ve dağıtmaya yönelik niteliği, başka kurum ve kuruluşlara tanımayan uyumsuzlukları çözme, gerektiğinde kişi hürriyetini de kısıtlayabilen ağır tedbirler alabilme özelliği dikkate alınarak, diğer devlet organlarından farklı ve güvenceli hale getirilmesi gerekmiş, yargı bağımsızlığı kabul edilmiştir. Bu teminat ve bağımsızlık yargıya veya hakime tanınmış bir ayrıcalık değil yargı görevinin gereğidir.

Demokratik bir toplumda yurttaşlara adaleti yasal sınırlar içinde sağlayacak kurum ve kişiler hakim ve mahkemelerdir. Bu adalete herkesin yaşamının bir bölümünde az yada çok ihtiyacı olmuştur yada olacaktır.

Anayasamız yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını (md.9), hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa, yasa, hukuk ve vicdanlarıyla bağlı olarak karar vereceklerini, hiç bir organ, makam merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında onlara emir ve talimat veremeyeceği ve onları herhangi bir biçimde etki altında bırakamayacağını (mad.138), hakimlerin bütün özlük işlerinin, bu arada atamalarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini (md.140) belirtmiştir. Hakimlik ve savcılık teminatı, Anayasamızın aynı başlığı taşıyan 139 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu ise hakim ve savcılarının görevlerinde herhangi bir düşünce yada fütura kapılmadan tamamen vicdan rahatlığı içinde görevlerini yapabilmelerinin garantisidir.

Anlaşıldığı üzere Anayasamızın öngördüğü esas; hakimlerin ve mahkemelerin bağımsızlık esasına göre görev yapmalarıdır. Buna Askeri mahkemeler ve hakimlerde dahildir.

Türk yargı sistemi içerisinde Anayasal kurumlar olan Askeri Yargı kuruluşları adında geçtiği şekilde sadece asker kişilerin davalarına bakan mahkemeler değildirler. Askeri Yargıyla ilgili, Anayasanın 145 inci maddesinde sivil şahısların askeri mahkemelerde yargılanmalarını düzenlemektedir. Bunun dışında ise; askerken işlenen suçlarda askerlik sıfatının sona ermesi ile askeri mahkemelerde yargılanmaya devam eden sivil şahıslar, Anayasamızın 122 nci maddesinde belirtilen sıkı yönetim hallerinde kurulan mahkemelerde sivil şahısların yargılanması, savaş hallerinde halkı askerlik hizmetinden soğutmak suçlarını işleyenlerin yargılanması, As.Y.U.K.nun 11 inci maddesinde belirtilen suçlarla (As.C.K.nun 55, 56, 57, 58,

59, 63, 64, 81, 93, 94, 95 100, 101, 102) ilgili sivillerin askeri mahkemelerde yargılanması, As.C.K.nun Ek-6 ncı maddesinde belirtilen sivil şahısların askeri mahkemelerde asker kişiler aleyhine işledikleri suçların askeri mahkemelerde yargılanmasına yönelik suçlar (765 Sayılı TCK.nun 188, 190, 191, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 266, 267, 268, 269, 271, 272 ve 273, 5237 Sayılı TCK.nun. 108, 112, 113, 106, 265, 125) askeri suçların iştirak halinde sivil şahıslarla beraber işlenmesi durumunda sivil şahısların askeri mahkemelerde yargılanması halleri dikkate alındığında; Askeri Mahkemeleri sadece disiplinle ilgili sırf askeri suçlara ve asker kişilerin davalarına bakan özel yargı kuruluşları olmaktan öte, genel yargı sistemi içinde yer alan mahkemeler konumuna getirdiği anlaşılmaktadır.

Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılmasında, mahkeme olmanın ön koşulu bağımsızlıktır. Uygulamada yargılama yapılan o an için bağımsız olmak, aslında söylendiği ve zannedildiği gibi tam bağımsız olmak demek de değildir.

Teoride yargı bağımsızlığını zedeleyen kurallar varsa artık bağımsız yargıdan söz edilemez. Çünkü bu bağımsızlığı zedeleyen kuralların ne zaman yada hangi davada uygulanacağı belli değildir. Bu ihtimal, bağımlılık görüntüsü dahi bağımsızlığı ortadan kaldırmaktadır.

Sadece 'mahkemeler bağımsızdır' söyleminde bulunmak, bunu bir takım üst normlarla tespit ederken, başka ve uygulama normlarıyla bunu ortadan kaldırmak askeri mahkemelerin bağımlı olduğunu tescil etmektir. Hakim güvencesine bir takım sınırlamalar getirilmişse, askeri hakimler başka hakimlere göre güvence-bağımsızlık noktasında farklı uygulamalara tabi tutulmuşsa artık mahkemenin bağımsızlığından bahsetmek imkansız olacaktır.

Askeri Yargı organlarının kuruluş ve işleyişleri, askeri hakimlerin özlük işlerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin genel hükümlerden aynen yararlanacakları, bunun yargı hizmetinin bağımsızlığının tabi bir sonucu olduğu ilke olarak benimsenmiş, ancak asker kişi olmaları ve silahlı kuvvetler bünyesi içersinde görev yaptıkları hususu göz önünde tutularak, yargı hizmeti dışındaki ilişkilerinin kanunla düzenleneceği, bu düzenlemenin sadece bu hususa ait olduğu Anayasamızın 145 inci maddesinin komisyon gerekçesinde yer almaktadır.

Anayasamızda yargı bağımsızlığı ile ilgili kuralların Askeri Yargıyla ilgili olmadığını, bu bağımsızlığın askeri yargıda askerlik hizmetinin gerektirdiği ölçüde tanınması gerektiğini ileri sürmek Anayasanın 9 uncu maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu durum ülkemizdeki farklı yargı sistemlerinden birini bağımsızlık yönünden sakatlamakta ülkemizdeki tüm yargı sistemi bağımsızlığını ortadan kaldırmaktadır. Askeri yargı diğer yargı organlarından ayrık değildir.

Az bağımsızlık ya da az adalet diye bir şey yoktur. Adalet tam olarak varsa vardır. Biraz bile eksik ve eşit dağıtılmıyorsa artık Adalet diye bir şey yoktur.

Yukarıda Askeri Mahkemelerin genel yargı sistemi içindeki yerine değinilmiştir. (Sıkıyönetim, savaş halleri, sivillerin yargılanması, iştirak gibi). Bilindiği üzere kısa bir zaman öncesine kadar 4483 sayılı Kanun ile Anayasamızda değişiklik yapılmadan önce askeri hakimler Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev almaktaydılar. (5170 sayılı Anayasayı değiştiren kanunla Devlet Güvenlik Mahkemeleri tamamen kaldırılmıştır.)

Ülkemize telafisi neredeyse mümkün olmayan zararlar veren, yıllardır kardeş kanının akmasına sebep olan 30.000 yurttaşımızın katili, bölücü terör örgütünün elebaşı Abdullah ÖCALAN'ın yakalanıp yargılanmaya başlamasından sonra 4483 sayılı Kanunla Anayasa hükümleri değiştirilmiş, Devlet Güvenlik Mahkemelerinden askeri hakimler çıkarılmıştır.

Bu kanunun gerekçesinde aynen '...gerek ulusal gerek uluslar arası hukukta kaydedilen gelişmeler ve değişmeler karşısında bu gelişme ve değişmelere koşut olarak Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapısal oluşumunu yeniden düzenlemek amacıyla...' denilmektedir.

Peki kanun gerekçesinde belirtilen uluslararası normlarla uyum ve ulusal-uluslar arası gelişmeler kavramlarının ardında yatan gerçek nedir' Bu değişiklikten maksat o dönem kamuoyuna da yansıdığı şeklinde; Abdullah ÖCALAN'ın Devlet Güvenlik Mahkemeleri tarafından mahkum edilmesi durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde açılacak tazminat davalarında adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiğine dair iddianın çürütülmesidir.

Yapılan değişikliklerle de askeri hakimler DGM'den çıkarılmıştır. 4483 Sayılı Kanununun yayınlandığı tarihten önce, sonra ve halende askeri hakimler Silahlı Kuvvetlerin çeşitli kadro ve kuruluşlarda görev yapmakta, yargılama faaliyetinde bulunmakta, binlere onbinlere adalet dağıtmaktadırlar. Aslında bu hakimler, terör örgütü elebaşı bu kişiye adil yargılanma hakkı teslim edilsin diye, yargılandığı mahkemeden alınmışlar, başka mahkemelere gönderilmişlerdir.

Askeri Mahkemelerde yargılanan, yargılanmış yada yargılanacak sivil yada asker kişilerin en az bölücü terör örgütünün başı kadar ulusal ve uluslar arası hukukta kaydedilen gelişmeler ve değişmelere koşut olarak gerçekleştirilen ve bu kişiye tanınan haklar (adil mahkemelerde yargılanma, bağımsız yargıçlar tarafından yargılanma) kadar hakları yok mudur' Kanımızca vardır.

Sorun askeri mahkemelerde yargılanan yada yargılanacak kişilerin sivil şahıslar olmasında da değildir. Tabii ki sivil şahısların özel mahkemeler olan Askeri Mahkemelerde yargılanması istisnaidir. Esasen askerler için de tabii mahkemeler adli yargı mahkemeleridir. Ancak askeri mahkemede yargılananların da (asker de olsalar) bağımsız yargılanmaya, ilgili tereddütlerin tümünden giderilmesini istemeye hakları vardır.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü temeline oturur. Bu temelde, kanun önünde eşitlik ana unsurlardan birini oluşturur. Belirtilen esas ve ilkeler ise ayrıcalığın her türünü ret etmektedir.

Sivil şahıslar, askeri mahkemede yargılanmayanlar bağımsız mahkemelerde, bağımsız hakimlerce yargılanırken, asker kişilerin yada askeri mahkemelerde yargılananların askeri mahkemelerde, bağımsızlığı Anayasa'ya aykırılığı mahkememizce ileri sürülen konularda zedelenmiş mahkeme ve hakimlerce yargılanmaları da Anayasamızın eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9 HAZİRAN 1998 tarihli INCAL/TÜRKİYE kararında bu durum tescil edilerek ülkemiz tazminata mahkum edilmiştir).

Tüm bu Anayasaya aykırılıklar konusunda Anayasa Mahkemesine başvurulurken; söylemek istenilen subay üyenin, adli amirin (mahkememiz için Sayın Genelkurmay Başkanı) taraflı, yargı bağımsızlığını zedeleyici davrandıkları kastedilmemektedir. Aksine görev yapan

subay üyeler ve adli amirin yargı bağımsızlığına saygılı davrandıkları da görülmektedir. Hatta son dönemde basına da yansıyan üst düzey silahlı kuvvetler görevlileri hakkında verilen soruşturma emirleri ve açılan davalar Genelkurmay Başkanlığının yargı bağımsızlığına verdikleri önemin göstergesi de olmuştur.

Bu davadaki Anayasaya aykırılık sorunu, salt hukuk ve ilke açısından değerlendirilmiş, subay üye ve askeri hakimlerin bağımsızlığını zedelediği kabul edilen sicil ve atama konularındaki maddelerinin Anayasanın ilgili maddelerine aykırı olup olmadığının ortaya konulmaya çalışmasıdır.

Askeri Savcı Anayasa Mahkemesine başvurması konusundaki görüşlerinde; 1990 yılında Anayasa Mahkemesince verilen ret kararından sonra herhangi bir yasal değişiklik olmadığını, aynı gerekçelerle başvurusunun da yasal pratiği olmadığını belirtmiştir. Üzerinden yaklaşık 15 yıl geçen ve Anayasa Mahkemesince ret edilen başvurudan sonra yasa maddesinde bir değişiklik olmamış ise de; ülkemizde son yıllarda devam eden ve hızlanan Avrupa Birliğine girme-uyum çabaları dikkate alındığında, toplumumuzda yaşanan değişim gözetildiğinde, aslında değişen bir çok şey olduğu kabul edilmiştir. Kanun koyucu da aksi bir düşüncede olsa idi, aynı konuda Anayasa Mahkemesine başvurulmasını 10 yıllık süre şartında değil, o konuda yeni bir yasal düzenleme yapılmasına bağlardı.

D. İPTALİ İSTENİLEN, ANAYASAYA AYKIRILIĞI İLE SÜRÜLEN KANUN MADDELERİYLE İLGİLİ BÖLÜMLERİN AYRI AYRI DEĞERLENDİRİLMESİ

(1) As.Y.U.K.nun 2 nci maddesi ile ilgili değerlendirme;

Bu maddenin '...bir subay...' bölümünün Anayasaya aykırılığı değerlendirilmiştir.

Burada genel değerlendirmeler başlığı altında bağımsızlık ile ilgili askeri mahkeme kuruluşunda bulunan hakim statüsündeki üç görevlinin genel değerlendirmesine yeniden değinilmemiş, atıfla yetinilmiştir.

Anayasal kurum olan askeri mahkemelerde bulunan subay üye yukarıda askeri hakimlerle ilgili bağımsızlık noktasındaki kısıtlamaların tamamına sahip olmasının yanı sıra, başkaca konularda da bağımsızlığı bulunmamakta, idarenin etkisi altında bulunmaktadır.

Hukukçu olmayan ve herhangi bir yasal teminatı bulunmayan, bir yıllığına görevlendirilen subay üyeler, As.Y.U.K.nun 3 üncü maddesinde belirtilen niteliklere sahip olmasının dışında; 4 üncü madde uyarınca mahkemeye atanmaları her yıl bir yıl süre ile teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya kurum amiri tarafından yapılmaktadır.

Bu subay üyelerin 926 sayılı Personel Kanununa tabi oldukları konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Anayasamızın 37 nci maddesinde 'hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz,

Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler konulamaz' hükmü bulunmaktadır.

Yıl sonunda adli amir (teşkilatında mahkeme kurulan komutan yada kurum amiri) tarafından atanan subay üyenin asli görevi mahkeme üyeliği değildir. Bu işi ilgili kuvvet komutanlığı tarafından atandığı esas kadro görevi ile beraber yürütmektedir. Adli amirin subay üyeyi seçme yetkisi o kadar mutlak ki teoride nitelikleri uyan dilediği kişiyi, dilediği davada subay üye kılması adli amirin yetkisindendir. Çünkü yasa seçilecek subay üyelerin sayısında ve hangi rütbede kaçar adet seçileceğini düzenlememiştir. Basit bir örnekle; albay rütbesinde 'bir' subay üyenin görevlendirilmesi durumunda o mahkemede yargılanacak albaylar için (daha kıdemli olması koşuluyla) seçilen o, albay rütbesindeki subay üyenin mahkemece görevlendirilmesi kaçınılmaz olacaktır. Yine asıl kadro görevi sebebiyle idare tarafından yapılacak garnizon dışı görevlendirmeler gibi ve kanuni tabiriyle 'görev yapmalarında sürekli engeller çıkması' durumunda yerlerine yenileri seçilebilecektir. Bu da idare tarafından, kişilerin yargılanacağı hakimlerden birinin atanabilmesi yada değiştirilebilmesi anlamını taşır ki, bu da Anayasamızın 37 nci maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Askeri Hakimlerin sicil ve atamaları ile ilgili özel kısıtlamalar subay üyeler için bir zorunluluktur. Askeri hakimlerin aldıkları sicillerden bir bölümü olan subay sicili, subay üyenin tek sicilidir.

Askeri hakimlerle ilgili olarak aşağıda ayrı başlık altında değerlendirmekle beraber, subay üyeler adli amire (idareye) hem sicil, hem atama konusunda dolaysız olarak bağılıdır. Emir komuta altındadırlar. Bu durumda subay üyenin Anayasamızda belirtilen teminatlara sahip olduğunu söylemek imkansızdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ülkemizle ilgili verdiği bir kararında Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki Askeri Hakim üyenin nitelikleri konusunda; askeri hakimlerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının, güvencelerinin bazılarının bulunduğu (meslektaşları gibi mesleki eğitim almaları, DGM'lerdeki görev sürelerince anayasal güvenceye sahip olmaları, görev sürelerince görevden alınamayacakları, emekliye sevk edilmeyecekleri), ancak diğer yandan bazı konularda bağımsızlıklarının şüpheli hale geldiğini (askeri disipline tabi olmaları ve sicil almaları, atanmalarının büyük çoğunlukla ordunun idari görevlerindeki yetkilileri tarafından yapılması ve görev süresinin 4 yıl olması) belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararında görünümün dahi önem taşıdığını, sanıklara mahkeme tarafından verilmesi gereken güven duygusu bulunduğunu belirterek; Devlet Güvenlik Mahkemesinin üyelerinden birinin askeri hakim olması sebebiyle, bağımsızlık ve tarafsızlığından şüphe duymak için meşru nedenlere sahip olduğunu belirtmiş, sözleşmenin adil yargılanmayla ilgili 6/1 inci maddesinin ihlalinin söz konusu olduğuna karar vermiştir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9 HAZİRAN 1998 tarihli INCAL/TÜRKİYE kararı).

Askeri hakim üyenin bulunduğu heyetle yargılanan bir kişinin dahi adil yargılanmadığını söyleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı söz konusu iken; heyette iki hakim ve bir subay üyenin bulunduğu bir mahkemenin kararının ne denli bağımsız olduğunun takdiri Yüce Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır.

Subay üyenin Anayasanın ilgili maddelerine aykırılığı konusunda değinilmesi gereken bir başka konuda; 1974 Kıbrıs Barış harekati sonrasında kurulan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetindeki durumdur. Anayasa ve diğer kanunlarını, idari teşkilatını büyük oranda model olarak ülkemizden alan KKTC'de ülkemizdekine benzer askeri mahkemeler bulunmakta ve bu mahkemelerde bir subay üye yargılama faaliyetinde heyette görev yapmaktadır (aşağıda anlatılacağı şekilde 2000 yılına kadar).

KKTC Anayasa Mahkemesi 2000 yılında subay üyenin KKTC Anayasasına aykırı olduğu iddiasıyla ilgili kararında; subay üyelerin askeri mahkeme heyetinde bulunması halinin yargıç güvencesi, mahkeme bağımsızlığı, askeri hizmetlerinin gereklerinin bu güvence ve teminatlara dokunmadığı oranda söz konusu olabileceği, subay üyenin (ilgili davada hakimlerden rütbece kıdemli olması sebebiyle başkan) askeri mahkemelerdeki görevinin komutanın takdirine bağlı olması, dilediğini atayabilmesi, başkanın ek görev olarak mahkemede görev yapması, komutanın subay üyenin amiri olması, subay üyenin mutlak itaat ve disiplinle komutana bağlı olması, subay üyenin mahkemedeki görevini icra ederken komutanın etkisi altında kalma olasılığı, bu olasılığın bile bir takım tereddütlere yol açacağı, subay üyenin dışındaki iki hakimin bağımsız olmasının ve çoğunluğu oluşturmalarının, subay üyenin bağımsız olmaması sebebiyle mahkemenin oluşumuna düşen gölgeyi kaldırmayacağı, idarenin bir parçası olan komutanın (adli amir) buyruğu ile atanan subay üyenin yürütme konumunda olan adli amirin etkisi altında kalabileceği görüntüsünü silmenin oldukça zor olduğu, hakim güvencesine tabi olmamaları, atamasının 1 yıl için yapılması, geçici nitelikte görevli olmasını gerekçe göstererek Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Artık KKTC askeri yargısında bile subay üye bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle anılan hükmün Anayasanın 9, 10, 37, 138, 140 ıncı maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden iptali gerekmektedir.

(2) 357 Sayılı Askeri Hakimler Kanununun 12 nci maddesi ile ilgili değerlendirme;

Bu maddenin A bendinde bulunan '...subay (asteğmen-albay) sicil belgesi...' bölümünün Anayasaya aykırılığı değerlendirilmiştir.

Öncelikle subay sicil belgesinin incelenmesi ile askeri hakimnin hangi konularda değerlendirdiğine ve bunların yaptığı işle bağdaşıp bağdaşmayacağına bakmak gerekir.

Subay sicil yönetmeliğine göre askeri hakimlerin değerlendirme kalemleri:

- (a) Genel görünüşü, sosyal durumu ve temsil yeteneği,
- (b) Hak ve adalet prensiplerine uyarlılığı
- (c) Disiplin kurallarına uyarlılığı ve itaati,
- (d) Mesleki bilgisi, temel askeri bilgi deneyimi ve genel kültürü,
- (e) İşbirliği ruhu, yetiştirme, anlatım ve ikna yeteneği,
- (f) Azmi, iradesi, dayanıklılığı ve canlılığı,
- (g) Zekası, muhakeme ve karar yeteneği,
- (h) Görevini planlama, icra, takip ve kontrolde başarısı,
- (ı) Öngörülülüğü ve yaratıcılığı,
- (i) Liderlik ve komutanlık yeteneğidir.

Bu maddeler bir askeri hakime idari sicil verilirken askeri hakimlik mesleği dışında tamamen diğer subaylar gibi hiyerarşiye bağımlı surette değerlendirilmesini öngörmektedir.

İlgili kanun maddesi (353 S.K. Md.12) askeri hakimlerin rütbe, terfi, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterlilikleri sicille saptanır hükmü getirmektedir.

İlk bakışta bundan tabii bir durum da olamaz. Asker yada sivil hakimlin bir takım değerlendirmelere tabi tutularak, bu değerlendirmelerin çeşitli görevlere seçilme yada mesleki ilerlemesinde kullanılması ayrıca bir gerekliliktir de.

Bizce Anayasaya aykırı olan askeri hakimlin idarenin bir yetkilisi olan komutan veya idari sicil veren bir başka hakim tarafından yaptığı işle bağdaşmayan kriterlerce değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.

Askeri hiyerarşi içinde önemli bir konumda olan adli amir; temyiz etme hakkı, soruşturma emri verme, tutuklama talep etme, bununla ilgili kararlara itiraz, askeri savcılığın kararlarna itiraz gibi hakları ve görevleri düşünöldüğünde davanın taraflarından biridir.

Hakimi değerlendirme, onun rütbe terfi, kıdemlilik, kademe ilerlemesi konusunda' doğrudan etkili bir belgeyi hakimlik mesleği kriteri dışında, işbirliği ruhu, yetiştirme ikna yeteneği, canlılık, yaratıcılık, liderlik ve komutanlık ve benzer kriterlere göre değerlendirilmesi, askeri hakiminde bundan (olumsuz sicil alacağı duygu ve endişesinden) bağımsız hareket edebilmesi düşünölemez.

Hakim kararını verirken bağımsız olmalıdır. Onun kararını etkileyebilecek hallerin-kuralların varlığı yeterlidir. Bu hal yada kuralların hakime kararında baskı aracı olarak kullanılmamış yada kullanılmıyor olması mahkemenin ve hakimlin bağımsız olduğunu ortaya koymaz. Bu tehlikenin varlığı dahi bağımsızlığı zedeler.

Bu yüzden hakim ve savcıların her türlü tesir yada terfi tehdidinden arındırmaları gerekir. Askeri hakimlerin birbirinden bağımsız erkler olan yürütme erkinin çalışan yada çalışanlarının sicil, atama, terfi, meslekte ilerleme konularında takdirlerine tabi olmaları, kararlarnı verirken vicdan rahatlığı içinde olmalarını engelleyebilip adaletle bağdaşmayan düşünce ve fütürlara kapılmalarına sebep olabilecektir.

Hakim ve savcılara verilen subay sicil belgesi askeri hakimler birinci sınıfa ayrıldıktan sonra daha da önem kazanmaktadır. 357 Sayılı Askeri Hakimler Kanunun 12/A maddesinin 7 nci paragrafında aynen 'ayrıca; general-amirler, birinci sınıfa ayrılmış hakimler ile Askeri Yargıtay Başsavcı yardımcıları ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcılarının hakkında da mesleki sicil belgesi düzenlenmez' hükmü bulunmaktadır. Askeri hakimler birinci sınıfa ayrıldıklarında daha teminatlı olmaları gerekirken, artık mesleklerini icradaki kabiliyetlerine göre değerlendirildikleri Askeri Yargıtay'ca verilen sicilleri dahi artık verilmezken, sadece askeri niteliklerinin değerlendirildiği sakıncalarını yargı bağımsızlığını etkileyen bölümlerini açıkladığımız subay sicil belgesi ile değerlendirmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle anılan hükmün Anayasanın 9, 10, 138, 140 ıncı maddelerine aykırı olduğu düşünöldüğünden iptali gerekmektedir.

(3) 357 sayılı Askeri Hakimler Kanununun 16 ncı maddesi ile ilgili değerlendirme;

Bu maddenin ilk paragrafında '...silahlı kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak...' bölümünün Anayasaya aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

Bir askeri hakimın atamasında diğer silahlı kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümlere tabi olması, bu hükümlerin hakim-yargı bağımsızlığını etkilemediği sürece Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez.

Ancak askeri hakimlerin subay ve astsubaylar gibi, atamalarının kuvvet komutanlığınca yapılması öngörülmemiştir (Atama Yönetmeliği md.8). Askeri hakimlerin atanmasının özel kanunları gereğince yapılacağı belirtilmekle beraber, özel kanun ise 23.05.1968 gün ve 12906 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup subay ve astsubayların atama ve yer değiştirmeleri hakkında yönetmeliğe atıf yapmıştır.

Bunun dışında atamada dikkat edilecekler arasında (garnizonda fazla süre kalmak isteyenlerin) sıralı sicil üstlerince muvafakat ve mütalaa verilmesi hükmü de bulunmaktadır.

Ataması ilgili kuvvet komutanınca, garnizonda fazla süre kalması sicil üstlerince takdir edilen bir hakimın bağımsız olamayacağı değerlendirilmiştir.

Hakim savcı bağımsızlığının korunmasının yollarından biride atamalarda kendisini gösterecektir. Meslek içinde atamaların kim tarafından ve nasıl yapıldığı hakim-savcıların dolayısı ile mahkemenin bağımsız olup olmadığını ortaya koyan bir ölçüdür.

Yargı görevinin bağımsızlığını sağlayacakların başında hakimlik teminatı gelmektedir. İyi bir adalet, bağımsız hakimlere ihtiyaç gösterir. Teminat hakimın yürütme karşısında kendisini tam bir emniyet içinde hissetmesi ve kararlarını her türlü korku ve endişeden uzak olarak verebilmesidir.

Gerek anayasalar ve gerekirse kanunların hakimleri bağımsız ilan etmesiyle bağımsızlık olmaz. Bağımsızlık için bir takım teminatların olması gereklidir. Kısmi teminatlarla tam bağımsızlık sağlanmayacaktır. Biraz bağımsız ve biraz teminatlı olmak bağımlı ve teminatsız olmak demektir. Hakimlerin görev yerlerinin değiştirilmesi ile ilgili bağımlılıkları, teminatın zayıf olduğunu gösteren bir durumdur. Önceden belli olmak şartıyla belli sürelerle görev yerlerinin değiştirilmesi işini bağımsız kurullar gerçekleştiriyor ise bu yer değiştirme bağımsızlığa zarar vermez (Demirkol FERMAN, Yargı Bağımsızlığı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. İSTANBUL, 1991 Sh.126-126)

Ancak askeri hakimler ve heyette bulunan subay üye ilgili kuvvet komutanınca atanmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle anılan hükmün Anayasanın 9, 10, 138, 140 ıncı maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden iptali gerekmektedir.

SONUÇ VE HÜKÜM

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Sanık P. Er Serkan LEVENT'in; 20 AĞUSTOS 2005 tarihinde işlediği belirtilen As. C. K.nun 87/1 inci maddesinde yazılı emre itaatsizlikte ısrar etmek suçlamasıyla ilgili yargılamasında;

1. 353 Sayılı As.Y. U. K.nun mahkemenin kuruluşuyla ilgili 2 nci maddesinde belirtilen 'Askeri Mahkemeler 2 askeri hakim ve bir subay üyeden kurulur. Ancak ...' hükmünün '...BİR SUBAY...' bölümünün,

2. 357 Sayılı Askeri Hakimler Kanunun sicil belgeleri ve sicil üstleri başlıklı 12 nci maddesinin a fıkrasındaki '...sicil belgeleri; general-amiral sicil belgesi, subay (asteğmen-albay) sicil belgesi ve mesleki sicil belgesi olmak üzere üç çeşittir' hükmünün '...SUBAY (asteğmen-albay) SİCİL BELGESİ...ÜÇ...' bölümünün,

3. 357 Sayılı Askeri Hakimler Kanunun yer değiştirme esasları başlıklı 16 ncı maddesinin 1 inci paragrafındaki 'askeri hakimler ve askeri savcılar ile yardımcılarının, adli müşavirlerin, askeri adalet teftiş kurulu başkanlığı kadrolarında ve askeri yargı ile ilgili idari görevlerde bulunan askeri hakimlerin atamaları bu kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla Silahlı Kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak Milli Savunma Bakanın ve Başbakanın müşterek kararnamesi ile Cumhurbaşkanının onayına sunulur ve Resmi Gazetede yayınlanır' hükmünün, '... silahlı kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınır...' bölümünün,

Anayasanın 9, 10, 37, 138 ve 140 ıncı maddelerine aykırı olması sebebiyle bu bölümlerin iptali maksadıyla Anayasanın 152 nci maddesi uyarınca ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA, karar ve bununla ilgili görülen belgelerin tasdikli örneklerinin Anayasa Mahkemesine gönderilmek üzere Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığına TEVDİİNE,

İsteme aykırı, subay üye Mu.Bnb.Serdar YILMAZ'ın Anayasa Mahkemesine Başvurulması konusunda karşı oyuyla ve oyçokluğuyla karar verilip açıklandı'''