

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

1-E.2010/32 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'III- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME:

Sanık Hak. Bnb. ' 19.12.2006 tarihinde 1'inci sınıf Askeri Hâkimliğe ayrıldığı dosya kapsamından anlaşılmıştır. Sanık "ın görevi ihmal suçunu işlediği iddiasıyla Mahkememizde yargılanmasına başlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yargı başlıklı 3'üncü bölümündeki; 138'inci maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı, 139'uncu maddesinde Hâkimlik ve Savcılık teminatı, 140'inci maddesinde Hâkimlik ve Savcılık mesleği ve 145'inci maddesinde Askeri Yargı düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre adli yargı hâkimleri ile askeri hâkimler arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bir başka deyişle adli yargı hâkimleri ile askeri yargı hâkimleri arasında statü bakımından farklılık bulunmamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2'nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olup 10'uncu maddesine göre ise herkes kanun önünde eşittir. Kanun koyucu 2802 sayılı Kanunda 1'inci sınıf hâkimler için özel bir yargılama usulü belirlemiştir. Buna göre 1'inci sınıf hâkimlik statüsünü kazanan adli yargı hâkim ve savcılarının yargılanmalarının 1'inci sınıf hâkimlerden oluşan Yargıtay'ın ceza dairesinde yapılacağı hüküm altına alınmıştır. 357 sayılı Kanunda ise bütün Askeri Hâkim ve Savcılarının statü ayırımı yapılmaksızın en yakın Askeri Mahkemede yargılanacağı belirtilmiştir. Bilindiği gibi bütün Askeri Mahkemeler eşit derecede mahkemeler olup birbirlerine herhangi bir üstlük durumu bulunmamaktadır. Yargılanması gereken 1'inci sınıf bir Askeri Hâkimin en yakın Askeri Mahkemede 1'inci sınıf olmayan hâkimler tarafından yargılanması mümkündür. Bunun ise yukarıda belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Tüm bu sebepler dikkate alınarak 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununun 25 ve 26'ncı maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu değerlendirilmiş ve Anayasa Mahkemesine bu maddelerin iptali için başvurulmasına karar verilmiştir.'

2- E.2010/110 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'3- Anayasaya Aykırılık Gerekçesi:

Sanıklar hakkında Genelkurmay Askeri Savcılığının 4.6.2010 gün ve 2010/276-180 esas ve karar sayılı iddianamesi ile 5237 sayılı TCK.nun 204/(2) nci maddesinde düzenlenen görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenlemek suçundan kamu davası açılmış olup bu suçtan mahkememizde yargılamaları devam etmektedir. Sanıklara isnat edilen suç görev suçudur.

Sanık Hv. Hâk. Alb. "un 21 Ekim 1999 tarihinde birinci sınıf hâkimliğe geçirilmiş olduğu, Hava Kuvvetleri Komutanlığının 25 Haziran 2010 tarihli yazısı ile 30 Haziran 2010 tarihinden itibaren birinci sınıf askeri hâkim statüsünden çıkarılmış olduğu, sanık Hv. Hâk. Bnb. "ın ise 30 Ağustos 2009 tarihinden geçerli olarak birinci sınıf hâkimliğe geçirildiği ve halen bu statüsünü taşımakta olduğu Milli Savunma Bakanlığının dava dosyasında mevcut 26 Ekim 2010 tarihli yazısıyla bildirilmiştir.

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununun 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasında 'Milli Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir.' şeklinde düzenleme bulunması ve sanıkların suç tarihlerinde Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Savcılığında görevli olmaları, buraya en yakın askeri mahkemenin Genelkurmay Askeri Mahkemesi olması nedeniyle sanıklar askeri mahkememizde yargılanmaktadırlar.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 'Soruşturma ve Kovuşturma' başlıklı 7 nci kısmında adli ve idari yargı hâkim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturmanın ne şekilde yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kısmın son soruşturma mercileri başlıklı 90 inci maddesinde 'Haklarında son soruşturma açılmasına karar verilenlerden; birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunan hâkim ve cumhuriyet savcılarının, son soruşturmaları Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde görülür. Birinci fıkra dışındaki hâkim ve savcılarının son soruşturmaları, yargı çevresi içinde bulundukları ağır ceza mahkemesinde yapılır.'; son soruşturma merciinin saptanması başlıklı 91 inci maddesinde ise 'Bu kanun gereğince haklarında kovuşturma yapılacak olanların, son soruşturma mercilerinin saptanmasında, son soruşturma zamanındaki, son soruşturmadan önce görevden ayrılanların ise ayrılma zamanındaki sıfatları esas alınır. Geçici yetkililer hakkında soruşturma ve kovuşturma mercilerinin saptanmasında yetkili bulundukları yerdeki sıfatları esas tutulur.' demek suretiyle, görevden doğan veya görev sırasındaki işledikleri suçlar nedeniyle adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dâhil bulunanların Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde yargılanmaları, bunun dışındaki hâkim ve savcılarının ise yargı çevresi içinde bulundukları ağır ceza mahkemelerinde yargılanmaları öngörülmüştür.

Düzenlemelerden görüleceği üzere görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlarda adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının işledikleri suçun vasfına bakılmaksızın görev yaptıkları mahkemeye göre daha yüksek görevli mahkemelerde yargılanmaları öngörülmüştür.

Yine 2802 sayılı Kanunun 93 üncü maddesinde adli yargı hâkim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturmanın ilgilinin bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi cumhuriyet başsavcısı tarafından yapılacağı, son soruşturmanın (Kovuşturmanın) ise o yer ağır ceza mahkemesinde yapılacağı düzenlenmiştir.

Askeri hâkim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturmanın ne şekilde ve nerede yapılacağı 357 sayılı Askeri Hâkimler ve Savcılar Kanununun 2 nci kısmının 'Soruşturma ve Kovuşturma' başlıklı 5 inci bölümünde düzenlenmiştir. Bölüm başlığı soruşturma ve kovuşturma olmakla ve bölümde soruşturma ile ilgili ayrıntılı düzenleme bulunmakla birlikte, kovuşturma ile ilgili ayrıntılı düzenleme bulunmamaktadır. 5 inci bölümün soruşturma başlıklı 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasında 'Milli Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir.' şeklinde düzenleme bulunması nedeniyle askeri hâkim ve savcılar görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı birinci sınıf olup olmadıklarına bakılmaksızın görev yaptıkları mahkeme veya savcılığa en yakın askeri mahkemede yargılanmaktadırlar.

357 sayılı Askeri Hâkimler ve Savcılar Kanununun 'Genel Yargıya Tabi Şahsi Suçlar' başlıklı 28 nci maddesinde ise 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 93 üncü maddesine

paralel düzenleme bulunmakta olup, bu düzenleme gereği askeri hâkim ve savcılarının kişisel suçlarından dolayı adli ve idari yargı hâkim ve savcıları gibi soruşturmalarının ağır ceza mahkemesi savcılığınca, kovuşturmalarının ise ağır ceza mahkemesince yapılması öngörülmüştür.

Yargı fonksiyonu Anayasanın 3 üncü kısmının 3 üncü bölümünde Yargı başlığı altında, 138-160 ıncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığı 138 inci maddede, hâkimlik ve savcılık teminatı 139 uncu maddede düzenlenmiştir. 'Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Özellikleri' başlıklı 140 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasında 'Hâkim ve savcılarının... haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi...'nin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasada hâkim ve savcılar hakkında nerede ve nasıl soruşturma ve kovuşturma yapılacağı açıklanmamış, bu hususun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Nitekim yukarıda değinildiği üzere 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda bu ilkelere uygun olarak düzenleme yapılmış ve adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının görev yaptıkları mahkemelere göre daha yüksek görevli mahkemelerde yargılanmaları öngörülmüştür.

Bu bölümün 145 inci maddesinde askeri yargı düzenlenmiştir. Anayasanın 145 inci maddesinin 3 üncü fıkrası 'Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askeri hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir.' şeklinde iken, bu fıkra 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu 145 inci maddenin son fıkrası 'Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.' şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik ile fıkranın 2 nci cümlesi tamamen kaldırıldığı gibi, 1 inci cümledeki 'Askerlik hizmetinin gereklerine' ibaresi de kaldırılmıştır. Yapılan değişiklikten sonra askeri hâkim ve savcılarının özlük işleri ve maddede sayılan konularda yapılacak yasal düzenlemelerde göz önüne alınacak ölçüt mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olmaktır. Doğal olarak yasal düzenlemenin hukuk devleti, eşitlik ve adil yargılanma ilkelerine de uygun olması gerekmektedir.

Bu anayasal düzenlemeler göz önüne alındığında, askeri hâkim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasına dair kanuni düzenlemenin Anayasanın 2, 36, 138, 139, 140 ve 145 inci maddelerinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesi Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenmiş olup, 10 uncu maddede ise eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasanın eşitlik ilkesi gereği eşitlik her bakımdan aynı hukuki durumda olanlar arasında aranacak bir özellik olup, farklı durumdakilere farklı kurallar uygulanması eşitliği bozmaz ise de, kişilerin farklı kurallara tabi tutulmalarının haklı nedenlere dayanıyor olması gerekmektedir. Kişilerin farklı kurallara tabi tutulmaları haklı nedenlere dayanmıyorsa eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Anayasa

Mahkemesinin kararlarında eşitlik ilkesine aykırılığın hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 6000 sayılı Kanun ile değişik 2 nci maddesinde 'Askeri mahkemeler, bu kanunda aksi yazılı olmadıkça üç askeri hâkimden kurulur. Askeri mahkeme kurulunda bulunanların en kıdemlisi, mahkeme başkanlığı görevini yapar.' şeklinde mahkeme kuruluşu düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca üç askeri hâkimin bulunması yeterli olup, askeri mahkemelerin henüz birinci sınıfa dahi ayrılmamış üç askeri hâkimden kurulması mümkün bulunmaktadır. Ayrıca askeri mahkemeler arasında bir derecelendirme mevcut değildir.

Askeri mahkemeler arasında bir derecelendirme mevcut olmadığı gibi, 353 sayılı Kanunun 202 nci maddesine 5530 sayılı Kanun ile eklenen 2 nci fıkrası ile bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yapılacak itirazları en yakın askeri mahkemenin incelemesi öngörülmüş olup, bir askeri mahkemeye en yakın askeri mahkeme o askeri mahkemenin itiraz merciidir. Askeri savcılıkların itiraza tabi kararlarında da itiraz mercii en yakın askeri mahkemedir. Somut yargılamada sanıklar Hava Kuvvetleri Askeri Savcılığında görevli oldukları sırada işledikleri suçlar nedeniyle mahkememizde yargılanmakta olup, mahkememizin kararlarına karşı yapılacak itirazları incelemeye 353 sayılı Kanunun 202/2 nci maddesi gereğince Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi yetkilidir. Yine 353 sayılı Kanunun 43 üncü maddesi uyarınca reddolunan hâkimin müzakereye katılamamasından dolayı askeri mahkemenin kurulamaması halinde yalnız bu hususta karar verilmesi için başka bir hâkimle yeni bir kurulun kurulması, bu yolla da mahkemenin kurulması mümkün olmazsa en yakın askeri mahkemeden bir hâkim istenmesi öngörülmüştür. Sanıkların mahkememiz heyetinden iki hâkimi reddetmeleri ve mahkememizdeki diğer hâkimlerle heyet oluşturulamaması halinde 353 sayılı Kanunun 43 ncü maddesi gereğince mahkememize en yakın mahkeme olan Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinden hâkim istenmesi durumu ortaya çıkacaktır. Mevcut durumda da başka dava dosyalarında mahkememizin kararlarına yapılan itirazlar Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesince, Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin kararlarına karşı yapılan itirazlar ise mahkememizce karara bağlanmaktadır. 357 sayılı Kanunun 25/2 nci maddesinde askeri hâkim ve savcıların görev yaptıkları yere en yakın askeri mahkemede yargılanmalarının öngörülmüş olmasının usul hukuku bakımından da bu gibi mahsurları bulunmaktadır. Uygulamada bu mahsurlar hâkimin davadan çekilmesi gibi önlemlerle giderilmeye çalışılmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda soruşturma ve kovuşturma mercileri, hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan kişilerin hal ve sıfatına göre belirlenebilmektedir. Doktrinde; kişi yönünden yetki olarak adlandırılan yetki normlarının sanıkların kişiliklerinin göz önünde tutularak belirlenmesinden, bir başka anlatımla bazı hal ve sıfata sahip kişilerin yargılanacağı mercilerin hal ve sıfatları göz önüne alınarak belirlenmesinden maksat kişilerin kendilerinin korunması olmayıp, kişilerin yerine getirdiği fonksiyonun korunmasıdır. Bu doğrultuda hâkim ve savcıların yargılanacağı mercilerin hal ve sıfatlarına göre genel yetki ilkelerinden farklı düzenlenmesinden amaç yargı fonksiyonunun korunması olup, yargı fonksiyonunun özelliği göz önüne alınarak gereği gibi yerine getirilebilmesinin sağlanmasıdır. Hâkimlere yargılanma bakımından tanınan bu teminat, hâkimlerin kişiliğine getirilen bir koruma olmayıp, hiçbir etki altında kalmaksızın adalet dağıtmalarının ve vatandaşların bu teminat içinde adaletin sağlandığı inancı içerisinde yaşamalarını sağlamaya yöneliktir.

Anayasanın 3 üncü bölümü incelendiğinde, yargı fonksiyonunun adli, idari ve askeri yargı tarafından yerine getirilmesinin öngörüldüğü görülmektedir. Aynı anayasal yargı

fonksiyonunu yerine getiren askeri hâkim ve savcılarının da adli ve idari yargı hâkim ve savcıları ile aynı teminatlara sahip olması gerekmektedir.

Birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı hâkim ve savcıları ile ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunanların görev suçlarıyla ilgili Yargıtay'ın ceza dairesinde yargılanmaları öngörülmüş iken, aynı anayasal yargı fonksiyonunu yerine getiren birinci sınıfa ayrılmış askeri hâkim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılmamış hâkim ve savcılardan dahi oluşması mümkün bulunan görev yaptığı mahkemenin eşiti mahkemede yargılanmalarının, keza birinci sınıfa ayrılmamış askeri hâkimlerin de adli ve idari yargı hâkim ve savcıları gibi görev yaptıkları mahkemeye göre daha yüksek yetkili bir mahkemede yargılanmak yerine, görev yaptıkları mahkemenin eşiti mahkemede yargılanmalarının yukarıda açıklanan anayasal düzenlemeler karşısında haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

Kişisel yetkinin kişiyi değil, kişinin yaptığı fonksiyonu korumak amacıyla düzenlendiği, askeri hâkim ve savcılarının görev suçlarından dolayı yargılanmaları yönünden yeterli teminata sahip olmamalarının aynı zamanda askeri yargı fonksiyonunun da yeterli derecede korunmaması sonucunu yaratacağı göz önüne alındığında; askeri hâkim ve savcılarının yukarıda değinildiği üzere kişisel suçlarından dolayı adli ve idari yargı hâkim ve savcıları gibi ağır ceza mahkemelerinde yargılanmaları, soruşturmalarının ağır ceza mahkemesi savcılığınca yapılması 2802 sayılı Kanuna paralel olarak düzenlenmiş iken, görev suçlarına ilişkin yargılamalarda bu paralelliğin sağlanmamış olmasının da haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

357 sayılı Kanunun 25/2 nci maddesinin uygulanması askeri hâkim ve savcılarının görev yaptıkları mahkemeye göre daha yüksek görevli bir mahkemede yargılanmamaları sonucunu yarattığı gibi, yukarıda açıklandığı üzere en yakın askeri mahkemeler birbirlerinin kararlarında itiraz mercii olmaları sebebiyle askeri hâkim ve savcılarının fiilen en yakın görev ilişkisinde bulundukları askeri mahkemede yargılanmaları sonucunu doğurmaktadır.

Diğer taraftan bir askeri mahkemeye en yakın askeri mahkeme, askeri mahkeme hizmet binalarının coğrafi konumlarına, birbirlerine olan fiziki mesafelerine göre belirlenmekte olup, askeri mahkemelerin hizmet binaları idari bir tasarrufla değiştirilebilmekte, buna bağlı olarak da en yakın askeri mahkemeler değişebilmektedir. Bunun sonucunda idari bir tasarrufla askeri hâkimin yargılanacağı mahkemenin değiştirilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu hususun da en yakın askeri mahkemede yargılanması öngörülen askeri hâkim ve savcılar bakımından hâkimlik teminatı ve adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

Tüm açıklanan nedenler göz önüne alındığında, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununun 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasının Anayasanın hukuk devleti ilkesine dair 2 nci, eşitlik ilkesine dair 10 uncu, adil yargılanma ilkesine dair 36 ncı, mahkemelerin bağımsızlığına dair 138 inci, hâkim ve savcılık teminatına dair 139 uncu ve 140 ile 145 inci maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 23 Mart 2010 gün ve 2010/209-120 esas-müteferrik karar numaralı kararıyla 357 sayılı Kanunun 25 ve 26 ncı maddelerinin Anayasanın 2, 10, 138, 139, 140 ve 145 inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğuna, Anayasa Mahkemesinin 9.4.2010 gün ve 2010/32 esas sayılı ilk inceleme kararıyla 357 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasının esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verildiğine işaret olunur."