

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Yoklama eri E.. S..'ın çürük raporu tabir edilen askerliğe elverişsizlik raporu alıp askerlikten kurtulmak kastıyla sivil şahıs S.. K.. ile para karşılığında anlaştıkları, S.. K..'nin aracılığıyla İzmir K.. Restoranda Bnb. L.. A.. ve İ.. M..'nın bir araya gelip konuşarak anlaştıkları, E.. S..'ın Ankara'ya gidip E.. T.. ile Ankara M.. alışveriş merkezinin üst katındaki D.. Pastanesinde buluşup 5 Milyar TL nakit para verdiği, onun aracılığıyla Ankara S.. Otel lobisinde H.. Ö.. ile buluştuğu, H.. Ö..'in E.. S..'a çürük raporu alabilmesi hususunda bilgi ve taktik verdiği ve Balıkesir'de görüşmek üzere E.. T..'a emanet ettiği, E.. T..'un E.. S.. ile Ankara İbni-Sina Hastanesine gittiği, burada EEG'nin çekildiği, özel doktorlara ve sağlık birimlerine giderek tetkikler yaptırdıkları, E.. S..'ın İzmir'e geldiği, S.. K.. ile buluştuğu ve onun yönlendirmesi ile Özel A.. Hastanesinde ve Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinde bir kısım tetkiklerin yaptırıldığı ve sanık S.. K..'ye ait araç ile Balıkesir'e gittikleri, Balıkesir As.Şb.Bşk.lığına müracaat ederek S.. K..'nin E.. S..'ın teyzesinin oğlu olduğunu söylemesi ve Balıkesir As.Hst.Bştpb.lığına sevkini talep etmesi üzerine E.. S..'ın yerel askerlik şubesi olan K.Maraş'ta yoklamasının yapılmasına dair evrakın fakslettirildiği, S.. K..'ye ait araçla Balıkesir As.Hastanesine gidildiği, S.. K..'nün sanık E.. S..'a epilepsi hastalığı varmış gibi beyanlarda bulunmasını, doktorun sorularına karşı neler söylemesi gerektiğini tembihlediği, hastaneye giriş yapan E.. S..'ı hastanede karşıladığı ve merdiven altında H.. Ö.. tarafından sağ koluna kardiyozol adlı iğne yapıldığı, iğne üzerine E.. S..'ın sahte epilepsi nöbeti geçirdiği, durumu gören yetkililer tarafından nöroloji servisine yatırıldığı, hastanede kaldığı süre zarfında epilepsi nöbetinin tekrarlamamasından şüphelenen yetkililer tarafından yapılan araştırmada durumun ortaya çıkarıldığı anlaşılmakla, E.. S..'ın askerlikten kurtulmak için hile yapmak, S.. K., L.. A., H.. Ö., İ.. M.. ve E.. T..'nin askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçuna iştirak etmek suçunu işledikleri iddiasıyla sanıklar hakkında Askeri Mahkememizde dava açılmıştır.

Yapılan yargılama sırasında Askeri Savcılık makamı; 5982 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa'nın 145'inci maddesi değişikliği ile savaş hali haricinde asker olmayan kişilerin askeri mahkemelerde yargılanamayacağını kayıt altına alındığını belirterek, 353 sayılı Kanunun müşterek suçlar başlıklı 12'nci maddesinin Anayasaya aykırı hale gelmiş olduğunu ileri sürmüştür.

Sanık E.. S..'ın askerlikten kurtulmak için hile yapmak, diğer sanıklar S.. K., L.. A., H.. Ö., İ.. M.. ve E.. T..'nin askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçuna iştirak etmek suçunu işledikleri iddiasıyla AsCK'nın 81'nci madde ve fıkrası gereğince yargılandıkları görülmekle sanıklar hakkındaki yargılamada Askerî Mahkemenin görevli olup olmadığı hususunun incelenmesinde;

Suçların işlendiği tarihler itibarıyla, emekli P.Bnb. L.. A.. dışındaki sivil şahıslar E.. S., S.. K., H.. Ö., İ.. M.. ve E.. T..'nin asker kişi sıfatlarının bulunmadığı, bu bağlamda, inceleme konusu somut olayda, asker kişi ile asker olmayan kişilerin müştereken suç işledikleri hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Görev hususunun kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğinden öncelikle göreve ilişkin mevzuattaki hükümlerin incelenmesi ve suçun niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

353 sayılı Kanunun 'Askerî Mahkemelerin Görevleri' başlığı altında düzenlenen ikinci bölümünde yer alan 'Genel Görev' başlıklı 9'uncu maddesinde 'Askerî Mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler' hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemeye göre bir davanın askerî mahkemenin görevine girmesi için asker kişinin; askerî bir suç işlemiş olması veya suçu askeri bir kişiye karşı işlemiş olması veya (suçu askerî mahalde işlemiş olması) veya suçu askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işlemiş bulunması gerekmektedir.

'Askerî suç' ise öğretide ve uygulamada;

a) Unsurları ve cezalarının tamamı Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı olan, başka bir anlatımla, Askerî Ceza Kanun'u dışında hiçbir ceza Kanun'u ile cezalandırılmayan suçlar,

b) Unsurları kısmen Askerî Ceza Kanunu'nda, kısmen diğer ceza Kanun'larında gösterilen suçlar,

c) Türk Ceza Kanunu'na atıf suretiyle askerî suç haline dönüştürülen suçlar, olmak üzere üç grupta mütalaa edilmektedir.

Öte yandan, 29.06.2006 tarihli ve 5530 sayılı Kanunla 353 sayılı Kanun'un asker olmayan (sivil) kişilerin askerî mahkemelerde yargılanmalarını düzenleyen hükümleri değiştirilerek, 'Müşterek suçlar' başlıklı 12'nci maddesi; 'Askerî mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere; eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı olmayan bir suç ise, adliye mahkemelerine aittir.'

'Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanunu'na tabi suçlarında yargılama merci' başlıklı 13'üncü maddesi; 'Askerî Ceza Kanunu'nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131'inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmaya sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır.' şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, asker kişilerle sivil kişilerin müştereken işledikleri Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı suçlarına askerî yargıda bakılacağına ilişkin 12'nci madde hükmü hariç olmak üzere, asker olmayan (sivil) kişilerin barış zamanında işledikleri Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı suçlarından dolayı Askerî Yargıya tabi olmalarına tamamıyla son verilmiştir.

Anayasa'nın 'Mahkemelerin Kuruluşu' başlıklı 142'nci maddesinde; 'Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir' şeklinde olduğu,

12.09.2010 tarihindeki referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda Anayasa'nın 'Askerî Yargı' başlıklı 145'inci maddesinde;

'Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişileri tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişileri aleyhine

veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir...' hükümlerine yer verilmiştir.

Yapılan bu değişiklikle; 353 sayılı Kanun'un 'Müşterek suçlar' başlıklı 12'nci maddesi; 'Askerî mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere; eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı olmayan bir suç ise, adliye mahkemelerine aittir.' şeklindeki metnin 'eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere' ifadesi üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145'inci maddesine aykırı hale gelmiştir.

Askeri Yargıtay İçtihatlarında Anayasanın 145'inci maddesinde yapılan düzenleme ile 353 sayılı Kanunun 12'nci maddesinin kısmen değiştirilerek örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı kabul edilmekte (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 25.11.2010 tarihli ve 2010/117-114 sayılı ile 04.02.2010 tarihli ve 2010/12-10 esas-karar sayılı, Askeri Yargıtay 4'üncü Dairesinin 28.09.2010 tarihli ve 2010/2233-2216 esas-karar sayılı kararları da bu doğrultudadır) ise de 26.10.1963 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 29.06.2006 tarihli ve 5530 sayılı Kanunla değişik, 'Müşterek suçlar' başlıklı 12'nci maddesi; 'Askerî mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere; eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı olmayan bir suç ise, adliye mahkemelerine aittir' hükmünü amir olduğu, söz konusu madde metninin değiştirildiğine ilişkin herhangi bir yasama işleminin olmadığı, halihazırda yürürlükte olan madde metninin üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145'inci maddesi metnine aykırı olması halinin yorumla giderilemeyeceği değerlendirildiğinden, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 12'nci maddesinin 'eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere' ifadesinin Anayasanın 145'inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu maddenin 'eğer suç Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere' ifadesinin iptalinin usul ve yasaya uygun olacağı kanaatine varılmıştır.'"