

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- 2012/45 Esas Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'Sanık hakkında Genelkurmay Askeri Savcılığının 17 Ekim 2011 gün ve 2011/195-105 esas ve karar sayılı iddianamesi ile 5237 sayılı TCK.nun 250/1 nci maddesinde düzenlenen icbar suretiyle irtikap suçundan kamu davası açılmış olup, bu suçtan Mahkememizde yargılaması devam etmektedir. Sanık hakkında mahkememizde yargılama devam ederken Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 16.02.2012 gün ve 2012/6- 21 E.K. sayılı kararı ile özetle; 'Svl.Me. M.. G.. İ.. hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ve 28 Kasım 2011 tarihinde büyük daire tarafından temyiz talebinin reddedilmesi üzerine kesinleşen Ocak 2012 tarihinde UYAP'ta yayınlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2 nci Dairesinin 45912/06 numaralı kararı ve T.C. Anayasası'nın 2, 36, 37 ve 90 ncı maddeleri dikkate alınarak Milli Savunma Bakanlığında veya Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli sivil memurların askeri mahkemelerde yargılanmaları sonucu verilecek kararların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edileceği anlaşıldığından, AİHM.'nin sözleşmeyi yorumlamaya yetkili tek organ olması nedeniyle sözleşmeye aykırılığını saptadığını Türk yasalarının (MSB. ve TSK.'da görevli sivil memurların askeri mahkemelerde yargılanmalarına olanak tanıyan düzenlemelerin) uygulanmaması, sanığın adil yargılama hakkının ihlal edilmemesi bakımından somut olayda adliye mahkemelerinde yargılanmasının sağlanması gerektiğini belirterek, başka bir suçtan yargılanan Svl.Me. Y.S.'nin Anayasa'nın 90 ncı maddesinin son fıkrası kapsamında uluslararası anlaşma esas alınarak yargı yerinin belirlenmesi, sanığın yargılamasının adliye mahkemelerinde yapılması gerektiği yönünde mahkumiyet hükmünün görev yönünden bozulmasına' karar vermiştir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 16.02.2012 gün ve 2012/6-21 E.K. sayılı kararları ile atıfta bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2 nci Dairesinin 45912/06 numaralı kararı sonrasında ortaya çıkan görev hususundaki hukuksal durumun değerlendirilmesi açısından öncelikle mevcut iç hukuk mevzuatının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, 5982 sayılı Yasa ile değiştirilen 'Askeri Yargı' başlıklı 145/1-3'üncü maddesinde, askeri yargının görev alanı;

'Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askeri suçlar ile bunların asker kişiler 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 askeri mahkemelerde yargılanamaz.

Askeri mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hakim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.' şeklinde düzenlenmiştir.

5982 sayılı Yasa ile değiştirilen ve henüz Anayasaya uyumla ilgili düzenlemelerin, kanunlaşmaması sebebi ile 353 sayılı Kanun'a yansıtılmayan Anayasa hükümlerine göre, savaş hali haricinde asker olmayan kişilerin Askeri Mahkemede yargılanması söz konusu değildir.

Asker kişi tanımı Anayasa'da yapılmamakla birlikte, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 'Asker kişiler' başlıklı 10'uncu maddesinde; bu Kanun'un uygulanmasında kimlerin asker kişi sayılacağı, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 'Askeri şahıslar' başlıklı 3'üncü maddesinde de; kimlerin askeri şahıs olduğu sayma yöntemi ile gösterilmiştir. Bu maddelerde gösterilmeyen/sayılmayan kişilerin 'sivil kişiler' olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Öte yandan, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 2/2'nci maddesinde, Asker; 'Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silahlı Kuvvetlere intisabeden ve resmi bir kıyafet taşıyan şahsa denir.' şeklinde tanımlanmıştır. 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 2/2'nci maddesinde belirtilen asker tanımı açısından temel kriterin özel biçime sahip, ayırıcı özelliklere sahip, yasalarla belirlenen rütbe, işaret gibi semboller taşıyan, asker kişiyi diğer kişilerden ayıran resmi bir kıyafet taşıma olduğu açıktır.

As.C.K'nın 3/2'nci maddesinde (4551 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemenin (değişikliğin), Anayasa Mahkemesinin 25.11.2005 tarihli ve 2003/34 Esas-2005/91 Karar sayılı kararıyla, Anayasa'nın 2, 10, 19, 38, 128 ve 129'uncu maddelerine aykırı olmadığına karar verilmiştir), 'Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.' şeklinde yer alan ifadeyle, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin As.C.K'nın uygulaması anlamında asker kişi sıfatları sınırlandırılmıştır (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 01.02.2001 tarihli ve 2001/7-13 sayılı kararı).

211 sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesi; 'Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu Kanunun askerlere tahmil ettiği, sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından:

a) Amir vazifesi alanlar; maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin icap ettirdiği emirleri verebilir. Ceza vermek yetkileri yoktur. Maiyetin cezalandırılması icabeden hallerde en yakın askeri amire müracaat edilir.

b) Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu Kanunun 14'üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar.'

Aynı Kanun'un 14'üncü maddesi ise; 'Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.' hükümlerini içermektedir.

Bu itibarla, madde metinlerinden açıkça anlaşılacağı üzere, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli tüm sivil personelin emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda oldukları, İç Hizmet Kanunu'nun 14'üncü maddesinde asta yüklenen görevleri aynen yapmaya mecbur oldukları, aksine hareket edenlerin askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olacakları belirtilmiştir. Buna göre ve yerleşmiş Askeri Yargıtay İçtihatları da nazara alındığında Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli tüm sivil personel, Askeri Ceza Kanununda yazılı, 'amiri tehdit', 'amire hakaret', 'amire mukavemet', 'amire fiilen taarruz', 'emre itaatsizlikte ısrar' gibi askeri cürümleri; 477 sayılı Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda yazılı, 'amire saygısızlık', 'emre itaatsizlik', 'amire bilerek doğru söylememek' gibi disiplin suçlarını işleyebileceklerdir (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 05.06.2003 tarihli ve 2003/57-56 sayılı kararı).

Ancak askeri yargının görev alanını kişi yönünden belirleyen ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının, 5982 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki 'Askeri Yargı' başlıklı 145 nci maddesi ile uyumlu bulunduğu görülen 353 sayılı Kanun'un 10/C-D maddesinde; 'Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel' ile 'Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler'de, asker kişi olarak sayılmıştır.

Dolayısıyla, 211 sayılı Kanun'un tanımlamasından farklı olarak, esasen üniforma giymeyen ve silah taşımayan TSK bünyesindeki sivil personel, hiçbir ayırım gözetilmeksizin, 'askeri suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçları' yönünden, diğer asker kişiler gibi Askeri Mahkemelerinin yargılamasına tabi tutulmuşlardır.

Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel ile işçilerin yargılanmasına ilişkin yasal düzenlemeler belirlendikten sonra, bu aşamada, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olan doğal yargıç ilkesinin tanımlanması gerekmektedir.

Davayı görecek yargıcın, suçun işlenmesinden önce yasa ile belli edilmesini öngören doğal yargıç ilkesi, Anayasa'nın 37'nci maddesinde, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, ayrıca, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı, şeklinde düzenlenmiştir.

Nihayetinde, dar anlamda 'doğal yargıç' kavramı, suçun işlenmesinden önce yasayla belli edilmiş yargıç diye tanımlanmakta olup, askeri yargının görev alanını düzenleyen mevzuat sistematığına bakıldığında, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel ile işçilerin yargılanmasını, 'askeri suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçları' yönünden Askeri Mahkemelere tabi kılan yasal düzenlemenin, şeklen doğal yargıç ilkesine uygun olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 Esas-1990/30 Karar sayılı kararında; yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturan, sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermeyen 'doğal yargıç' ilkesini, dar anlamda kabul etmektedir.

Doğal yargıç ilkesinin, geniş anlamda yorumlanması ve adil yargılanma ilkesinin 'mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı' ilkesiyle sıkı bir ilintisinin bulunduğu açıktır.

Anayasa'nın 90/5'inci maddesinde yer alan 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.' şeklindeki hükümle, iç hukukumuzun bir parçası haline gelen ve mahkemelerce re'sen dikkate alınması hususunda duraksama bulunmayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 'Adil yargılama hakkı' başlıklı 6'ncı maddesinde;

'1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.

Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdit edilebilir.

2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Her sanık ezcümle:

a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,

b) Müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,

d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak,

haklarına sahiptir.' şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Hemen bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 2'nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararıyla, özetle; askeri mahkemelerin yargılama yetkisinin, zorunlu haller ve gerekçeler (her bir vaka için somut olması) dışında sivil kişilere uygulanmaması gerektiğini ve yasal dayanağının açık ve öngörülebilir olması gerektiğini, somut olayda sivil bir kişi olan sanığın askeri mahkemede yargılanmasını haklı çıkaracak

gerekçelerin oluşmadığı kanaatiyle, ulusal yargı tarafından öngörülse bile, sivil kişi olan sanığın, ordu mensubu hakimler tarafından yargılanmalarından dolayı bu mahkemelerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına dair duydukları şüphe gerekçesiyle, askeri mahkemelerin sivilleri yargılama yetkilerinin AİHS'nin 6/1'inci maddesine aykırı olduğuna karar verilmiştir.

AİHS'nin 6'ncı maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkına altlanan kavramlar, yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, açık (aleni) yargılama, vicahilik, masumiyet karinesi, silahların eşitliği ilkesi, sanık hakları şeklinde özetlenebilir. Ancak, AİHM'nin söz konusu kararının içeriğinde, daha önceki kararlarına da atıfta bulunarak, adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsız ve tarafsız mahkeme kavramına dayandığı görülmektedir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 16.02.2012 tarihli ve 2012/6-21 sayılı kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2'nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararı gözetilerek, Anayasa'nın 90/5'inci maddesi uyarınca, AİHS'nin 6/1'inci maddesi doğrultusunda (353 sayılı Kanun'un 10/C-D maddesinin uygulanması olanağının kalmadığı) görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinden bahisle mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiş ise de;

'Mevzuat hükümlerinin yorumlanmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının yön göstericiliğinden faydanılması gerektiği izahtan varestede olmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının doğrudan iç mevzuat hükümlerini ortadan kaldırma yeteneğinin bulunmadığı, Anayasanın 90/5'inci maddesinin bu yönde bir yorumda bulunulmasına elverişli olmadığı hususunda duraksama bulunmamalıdır.

Zira, Anayasa'nın 90/5'inci maddesinde, 'temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır' şeklinde yer verilen ifadedeki uyuşmazlığın, sözleşme ile iç hukuk metinleri arasındaki somut farklılıklar olarak algılanması gerekmektedir.

AİHM'nin içtihadıyla, iç hukukta yer alan ve usulüne göre yürürlüğe girmiş bulunan normların ortadan kaldırılabileceğine ilişkin bir kabulün, ceza yargılamasında mutlak aranması gereken, yasal dayanağın açık ve öngörülebilir olması kuralına aykırılık oluşturacağı, hukuk kurallarının açık veya örtülü olarak ortadan kaldırılmasına ilişkin ilkelerle de bağdaşmayacağı açıktır.

Mevzuatın, içtihat doğrultusunda yorumlanması suretiyle uygulanması olanağı bulunmadığı hallerde, diğer bir deyişle AİHM içtihadının, mevzuat değişikliğini gerekli kılması halinde, meclisin içtihadın yorumuna uygun şekilde söz konusu kanun değişikliğini yapması gerekmektedir. Nitekim, DGM'lerde askeri hakimlerin bulunmasına ilişkin düzenleme de, mevzuat değişikliğiyle AİHS'nin yorumuna (AİHM içtihadına) uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Benzer yöntem, üye devletlerin bir çoğu tarafından uygulanmakta, esasen sistem de buna ilişkin bir mekanizmayı (AİHS'nin 46/2'nci maddesi) bünyesinde barındırmaktadır.

Diğer taraftan, sadece o davaya özgü olarak tespit edilen aykırılığın iç hukukta yargılananın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi suretiyle, AİHS'nin 46/1 inci maddesi kapsamında AİHM'nin kararlarına uyulması zorunluluğunun karşılanması da, mevzuat değişikliği gerektiren durumlarda seri olarak AİHS'ne aykırılık oluşturan kararlar alınmasına engel olmayacağı açıktır.

Dolayısıyla, somut olayda, herhangi bir yasa değişikliğine gidilmediğine göre, kanımızca, AİHM içtihadının iç hukuk normunu kendiliğinden ortadan kaldırma olanağı da bulunmadığına göre, yargı olarak çözümü iç hukukumuzun mekanizmaları içinde aramak ve bulmak gerekir.

Anayasa'nın 152'nci maddesine göre, uygulanmakta olan kanun hükmünün Anayasa hükümlerine aykırı olduğu kanısına varıldığında, Anayasa Mahkemesine başvurulması ve bu konuda karar verilinceye kadar da davanın geri bırakılması mümkün bulunmaktadır.

AİHM'nin kararı, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramına dayanmakta olup, Anayasa'nın 36/1'inci maddesinde adil yargılanma hakkına yer verilmiştir. Askeri Yargı organlarının kuruluşunun, işleyişinin, askeri hakimlerin özlük işlerinin, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceğine' dair Anayasa'nın 145'inci maddesinin, AİHS'nin 6'ncı maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkına altlanan mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramlarını karşıladığı ve desteklediği görülmektedir.

Ayrıca Hukuk devleti ilkesi Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenmiş olup, 10 ncü 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 Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesine aykırılığın hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir. Bu anlamıyla savaş ve yakın savaş tehdidi dışında MSB ve TSK.lerinde görev yapan ancak üniforma taşımayan sivil personel ve işçilerin, diğer sivillerden ayrı bir yargılama rejimine tabi tutulmasının haklı nedenlere dayandığının kabulünü gerektirir hukuki argümanların varolmadığı da açıktır.

Diğer taraftan, objektif olarak herkes tarafından asker kişi olarak algılanan Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında görevli resmi kıyafet taşıyan personelin de, Anayasamız ve 353 sayılı Kanunda belirtilen şekilde işlediği suçları açısından bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılanmayı isteme hakkına sahip olduğunu ve bu hakka tüm makamlarca (mevzuatı belirleyen ve mevzuata uygun yargılamayı yapan) saygı gösterilerek hareket edilmesi gerektiğine işaret edildikten sonra, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel ile işçilerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin, sübjektif yönden bağımsız ve tarafsız olduklarında hiçbir kuşku bulunmayan, fakat görünümü ve algılanması yönünden (objektif olarak) bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından kuşku duyulabilen askeri yargıya tabi olmasının adil yargılanma hakkına altlanan mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları bağlamında Anayasa hükümlerine aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

Bu itibarla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dayanmış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1'inci maddesinde belirtilen adli yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde doğrudan düzenlenmiş ve bu ilkeyi destekleyici hükümler ve hukuk sistemimizin işleyişi ve bütünlüğü açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2'nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararı da dikkate alınarak, 353 sayılı Kanun'un 10/C-D maddeleri, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3 ncü maddesinin 1 nci fıkrasındaki 'Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel' ibaresi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3 ncü maddesinin 2 nci fıkrasının Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci

maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152 nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun yada kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığını ileri sürebileceğinin belirtilmesi karşısında, mûsnet davada uygulanacak Kanun hükmünün 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesi olması sebebiyle 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu fıkranın iptali istemiyle T.C. Anayasasının 152 nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.'

B- 2012/52 Esas Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 'Asker kişiler' başlıklı 10'uncu maddesinde, bu Kanun'un uygulanmasında kimlerin asker kişi sayılacağı, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 'Askerî şahıslar' başlıklı 3'üncü maddesinde de kimlerin askerî şahıs olduğu sayma yöntemi ile gösterilmiş, bu maddelerde gösterilmeyen/sayılmayan kişilerin 'sivil kişiler' olduğu kabul edilmiştir.

353 sayılı Kanun'un 10/C bendine göre Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılırlar.

1632 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel bu Kanunun uygulanmasında askeri şahıs olup, bu şahısların asker kişi sıfatları 211 sayılı İç Hizmet Kanunu'nda sayılan yükümlülükleri ile sınırlıdır.

18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın;

'Cumhuriyetin nitelikleri' başlıklı 2'nci maddesinde;

'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.'

'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36'ncı maddesinde;

'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.'

'Tabi hâkim' ilkesini somut hâle getiren 'Kanuni hâkim güvencesi' başlıklı 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 kurulamaz.'

'Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma' başlıklı 90'ıncı maddesinde;

'...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.'

'Mahkemelerin kuruluşu' başlıklı 142'nci maddesinde;

'Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.'

'Askerî Yargı' başlıklı 145'inci maddesinde;

'Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleri ile 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 askeri mahkemelerde yargılanamaz" hükümlerine yer verilmiştir.

353 sayılı Kanun'un;

'Genel görev' başlıklı 9'uncu maddesi, Anayasa'nın 145'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenlemeyi aynen içermektedir. (12.09.2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun 15 nci maddesi ile 'askeri mahal' ibaresi Anayasadan ve zimnen bu kanundan kaldırılmıştır)

'Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanununa tabi suçlarında yargılama merci' başlıklı 13'üncü maddesinde;

'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 olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır.' Hükmü yer almaktadır.

09.07.2009 tarihli ve 27283 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5918 sayılı 'Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6'ncı maddesi ile, 5271 sayılı CMK'nın 3'üncü maddesine eklenen 2'nci fıkra;

'Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askerî Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirak hâlinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcıları, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri tarafından yapılır.' hükmünü içermektedir.

Bu düzenlemelerde de görüldüğü gibi, askerî mahkemelerde askerlerin yargılanması kural, asker olmayan kişilerin yargılanması ise savaş zamanına özgü olarak istisnadır.

353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunun'da değişiklik yapan 5530 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde;

'Türkiye, Birleşmiş Milletler düzeyinde insan hak ve hürriyetlerine ilişkin sözleşmeleri ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini) kabul etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu sözleşmelerde, adil yargılanma hakkı ve bunun gerekleri olan suçsuzluk karinesi, susma hakkı, silahların eşitliği ilkeleri ve savunma hakları gibi hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, bugün artık Türk iç hukukunun uyulması zorunlu kısımları hâline gelmiştir. Söz konusu sözleşme hükümleri, mahkemelerimiz tarafından doğrudan uygulanmakta, Anayasa Mahkemesince de destek norm kullanılmaktadır'

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nda Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü alanlarında kaydedilecek gelişmeleri sürekli olarak izleyeceği, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmalarını düzenli şekilde değerlendireceği ve bu çalışmaların hızlandırılması için gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir. Ulusal Programda, yargının işlevselliği ve verimliliği bölümünde orta vadede Askeri Ceza Kanunu ile Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun gözden geçirilmesi de öngörülmüştür. Ayrıca, Ulusal Programda öngörülen hedefler doğrultusunda hazırlanan 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasada yapılan bazı değişikliklerin askerî yargıya da yansıtılması gerekmektedir.

Bu bağlamda, Anayasa'nın bazı maddelerinde yapılan savaş ve çok yakın savaş tehdidi hâllerinde bile ölüm cezasının verilmemesine dair değişikliklerin askerî yargıya yansıtılması, sivillerin askerî yargıya tabi oldukları hâller incelenerek mümkün olduğu ölçüde sivillerin askerî mahkemede yargılanmalarına son verilmesi amacıyla çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalarda, askerî yargıda karşılaşılan bazı sorunların ve yargılamanın uzamasına neden olan hâllerin giderilmesi de amaçlanmıştır.' gerekçelerine yer verilerek, Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde Ulusal Program kapsamında yapılan çalışmalarda, sivillerin mümkün olduğu ölçüde askerî mahkemede yargılanmalarına son verilmesinin amaçlandığı vurgulanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, emsal nitelikteki 4.5.2006 tarihli ve 47533/99 sayılı Ergin/Türkiye kararında; 'AİHM, bu yaklaşımında son on yıldır, askerî mahkemelerin, sivillere suçluluk isnadında bulunmalarını sınırlayan bir eğilimin mevcut olduğunu onaylayan uluslararası seviyedeki gelişmelerden destek almaktadır. Bu bağlamda, ilgili BM alt komisyonuna sunulan, adaletin askerî mahkemeler aracılığıyla uygulanması üzerine hazırlanan rapordan bahsedilmelidir. Raporun 4 numaralı maddesinde; 'Askerî mahkemelerin, prensip olarak, sivilleri yargılama konusunda yargı yetkisi bulunmamalıdır. Her koşulda Devlet, herhangi bir nitelikteki cezai bir suçla itham edilen sivillerin, sivil mahkemelerce yargılanmasını garanti etmelidir.' yazılıdır. Askerî mahkemelerin, silahlı kuvvetler içerisinde düzen ve disiplini sağlama amacıyla, çeşitli yasalarca kurulmuş olduğunu vurgulayan Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi de benzer bir görev üstlenmiştir (Bkz., Cantoral Benavides/Peru, 18.8.2000, C Serisi no: 69, 75). Bu nedenle, askerî mahkemelerin yargı yetkileri, görevlerini icra ederken suç işlemiş askerî personeli kapsamalıdır'

Askerî adaletin gücü, bu tür bir durumu haklı çıkaracak, zorlayıcı nedenlerin bulunmadığı ve bulunsa bile, açık ve öngörülebilir yasal bir temele dayanmadığı müddetçe sivil kişileri kapsamamalıdır. Söz konusu nedenlerin mevcudiyeti, her bir özel davada kanıtlanmalıdır. İç mevzuatın, in abstracto, askerî mahkemelere belli suç türlerini atfetmesi yeterli değildir. Davaların bu tür bir tutumla, in abstracto, görüldüğü durumlarda, ilgili sivil vatandaşların konumu, sivil mahkemelerce yargılanan vatandaşların konumundan farklı olabilir. Askerî mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi standartları ile sivil mahkemelerle aynı seviyede uyumlu olsa bile farklı niteliklerine ve mevcut olma nedenlerine bağlı olarak muamelede görülen farklılıklar, mahkemeler huzurunda özellikle ceza davalarında mümkün olduğunca kaçınılması gereken eşitsizlik problemlerine yol açabilir. ... Askerî bir mahkemenin silahlı kuvvetler mensubu olmayan bir kişiyi yargılama yetkisine sahip olduğu adli bir sistemin, söz konusu mahkemenin bağımsızlığını temin eden yeterli teminatlar mevcut olsa dahi, mahkeme ve ceza davasındaki taraflar arasında muhafaza edilmesi gereken mesafeyi sifıra indirmediği varsayılabilir.

Yukarıda belirtilenlerin ve özellikle uluslararası düzeydeki durumun ışığında, AİHM askerlik hizmeti aleyhine propaganda yapmaya ilişkin itham edilen sivil bir kişi olarak yalnızca askerî personelden oluşan bir mahkemede yargılanan başvuranın, davada bir taraf olarak nitelendirilebilecek askeri hakimlerin huzuruna çıkmakta endişe duymasının anlaşılabilir olduğunu değerlendirmektedir. Dolayısıyla, başvuran, askerî mahkemenin gereksiz yere taraflı düşüncelerden etkilenebileceği konusunda haklı bir endişe duyabilir. Bu nedenle, başvuranın, söz konusu mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin şüpheleri haklı olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrası ihlal edilmiştir.' denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, sivil kişi olan ve asker kişilerle müştereken işlediği askerî bir suçtan dolayı askerî mahkemelerde yargılanarak mahkûm olan başvuranlarla ilgili olarak: Özel ve diğerleri hakkındaki 31.1.2008 tarihli ve 37626/02 sayılı, Erükçü hakkındaki 13.11.2008 tarihli ve 4211/02 sayılı, kararları ile de; benzeri gerekçelerle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'Adil yargılanma hakkı' başlığını taşıyan 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

BM İnsan Hakları Komitesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14'üncü maddesine ilişkin 1984 tarihli Genel Yorumunda, üye devletlere, '... Sözleşme bu kategorideki mahkemelerin kurulmasını yasaklamaz iken, Sözleşmede öngörülen koşullar bu mahkemelerde sivillerin yargılanmasının çok istisnai durumlarda olmasını ve 14. maddede öngörülen tüm garantileri gerçekten sağlaması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. ...' uyarısında bulunmuştur.

Komite, Polonya hakkında hazırladığı 1999 yılındaki raporunda da, 'Komite, askerî mahkemelerin sivilleri yargılama yetkisine ilişkin bilgiden endişe duymaktadır; usule ilişkin son zamanlarda yapılan sınırlamalara rağmen, Komite, bir ordu mensubu tarafından öncelikli olarak işlenen suça bir şekilde iştirak eden tüm şahısların askerî mahkeme tarafından yargılanmasının daha uygun olacağı şeklindeki gerekçeyi kabul etmemektedir.' (İnsan Hakları Komitesinin Sonuç Gözlemleri: Polonya, Doc.CCPR/C/79/ Add. 110, 29 Temmuz 1999, s.21).

Sonucuna ulaşarak; sivillerin asker kişilerle iştirak hâlinde işledikleri suçlara dahi askerî mahkemelerde bakılmaması gerektiğini vurgulamıştır.

Esas Sayısı : 2012/45
Karar Sayısı : 2012/125

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 31 Mayıs 2011 tarihli ve 45912/06 başvuru numaralı İÇEN-TÜRKİYE kararı ile Devlet Memuru statüsünde TSK bünyesinde görev yapan personelin Askeri Mahkemelerde yargılanmasının AIHS.'nin 6/1 nci fıkrasına aykırı olduğuna karar vermiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; 353 sayılı Kanun'un 10/C bendine göre Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personelin bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılmasına ilişkin hükmün, Anayasa'nın 145/2 nci fıkrasında yer alan savaş hali haricinde sivillerin askeri mahkemede yargılamayacağı kuralı nci maddesindeki hukuk devleti niteliği, 10 ncu maddesindeki eşitlik ilkesi ve 37 nci maddesindeki hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercide yargılanamayacağı ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmış, Askeri Savcılığın Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulularak Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmiştir."