

"...

II - İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Sanık Bkm. Kd. Çvş. M... T... P... hakkında Balıkesir Bkm. Ok. ve Eğt. Mrk. K.lığı nizamiye nöbetçi astsubayı olarak görevli iken, nişanlısı olan Bkm. Onb. O... B...'yi ziyaret etmek amacıyla nizamiyeye gelen R... F... U...'ya 'polis olmasından kaybetti, %70 bana düşer, bana düşmese bile yukarıda arkadaşlarım var, onlar bakıyorlar, kesin onların eline düşer, bir emniyet amiri de gelmişti daha önceden, tabi onun da aldık havasını, bu arada isim F... idi değil mi, normalde pek isim tutamam aklımda ama seninki çok güzel olduğundan olsa gerek nedense aklımda kalmış', 'iyi ki gelmişsiniz tabi, hatta bugün geldiğiniz çok daha iyi olmuş, sayenizde günüm çok güzel geçecek, geceden çıkmama rağmen pozitif enerji doldum, vallahi emniyet kalitesini çok yükseltmiş', 'yok o manada değil, senin gibi güzel kızları almışlar ya helal olsun vallahi, burada bizim kurumda var birkaç tane, ama onlarda vasatın altında, hatta berbatlar aslında, seni rahatta bırakmazlar şimdi haklı olarak. Hatta burada olsan daha kötü olurdu, başta ben takılırdım. Sonra nerden baksan 10.000 asker var, başını bile kaldıramazdın. Hepsinin rüyalarını süslerdin ama böyle bir şansımız maalesef yok', 'neden art niyet arıyorsun ki, buraya kadar gelip kendini sevdirdin, ara sıra bize de bir selam vermeyi çok görmezsin artık, hem ben şimdiye kadar hiçbir asker yakınıyla bu kadar ilgilenmemiştim, ama sayende iyilik meleği oldum, etrafında dönüp duruyorum sabahdan beri, aslında bak Ankara'ya hemen dönmeyeceksen bekle, bir hafta 10 güne kadar izne ayrılacağım, beraber gidelim, ya da numaranı ver Ankara'ya geldiğimde arayayım', 'en sevdiğin kişi olduğu ne belli, belki ileride ayrılırsın, üstelik daha nişanlısın, sadece bir yüzük var, oda çok önemli değil bence, bak şimdiden sıkılmış gibi duruyorsun, istersen benimle gel saat 09:00'da görevim bitiyor, o gelene kadar sana biraz Balıkesir'i gezdireyim', 'yahu hala mı gelmedi, bu adam sakın dün yatıya çıkmış olmasın, bak istersen tekrar numaramı verebilirim, ona ulaşamazsan beni ara yada istersen seni bekleyeyim, ona ulaşana kadar sana Balıkesir'i gezdiririm', 'numaranı vermedin' demek suretiyle cinsel taciz suçunu işlediği iddiasıyla askeri mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Yargılama esnasında Askeri Savcılık makamı; 5982 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa'nın 145'inci maddesi değişikliği ile görevi belirleyen 'Askerî mahal' kavramının yürürlükten kaldırılması neticesinde 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9'uncu maddesinin Anayasaya aykırı hale gelmiş olduğunu ileri sürmüştür.

Sanığa isnat edilen suçun TCK'nın 105/1. madde ve fıkrasında düzenlenmiş olan 'cinsel taciz' suçunu oluşturacağı görülmekle sanık hakkındaki yargılamada Askerî Mahkemenin görevli olup olmadığı hususunun incelenmesinde;

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 Kanunlarında gösterilen suçlar,

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

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15'inci maddesiyle, askerî mahkemelerin görevlerini belirleyen Anayasanın 145'inci maddesi; '...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 hâlde adliye mahkemelerinde görülür.' şeklinde değiştirilerek asker kişilerin askerî mahalde işledikleri suçlarla ilgili olarak askerî mahkemelerin görevinde sınırlamaya gitmiştir.

Yüksek Seçim Kurulunun 23.9.2010 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan duyurusuyla, 5982 sayılı Kanunla yapılan ve 12.9.2010 tarihinde referanduma sunulan değişikliklerin kabul edildiği ve yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır.

Yapılan bu değişiklikte; Anayasanın 145'inci maddesinin değişen 1'inci fıkrasıyla tamamen paralel bir düzenleme niteliğinde olan, 353 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde yer alan; 'Askerî mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.' hükmünün, asker kişilerin askerî mahalde işledikleri suçlarla ilgili yargılama görevinin askerî mahkemelere ait olduğuna ilişkin, 'askerî mahallerde' kısmı, üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145'inci maddesine aykırı hale gelmiştir.

Askeri Yargıtay İçtihatlarında 353 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinde yer alan 'askeri mahallerde' kısmının Anayasanın 5982 sayılı Kanunla değişik 145'inci maddesi tarafından örtülü olarak kaldırıldığı kabul edilmekte (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 25.11.2010 tarihli ve 2010/117-114 E.K. sayılı; As.Yrg. 1'inci Dairesinin 08.12.2010 tarihli ve 2010/2285-2268 E.K. sayılı; As.Yrg.2'nci Dairesinin 20.10.2010 tarihli ve 2010/2174-2271 E.K. sayılı; As.Yrg. 4'üncü Dairesinin 28.09.2010 tarihli ve 2010/2233-2216 E.K. sayılı ilamları da bu doğrultudadır) ve buna gerekçe olarak Anayasanın 11'inci maddesindeki 'Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü' kuralı gösterilmekte ise de 26.10.1963 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9'uncu maddesinin 'Askerî Mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla

Esas Sayısı : 2011/30
Karar Sayısı : 2012/36

görevlidirler' 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 9'ncü maddesi'nin 'askeri mahallerde' ifadesinin Anayasanın 145'inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu maddenin 'askeri mahallerde' ifadesinin iptalinin usul ve yasaya uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9'ncü maddesi'nin 'askeri mahallerde' ifadesinin Anayasanın 145'inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu maddenin 'askeri mahallerde' ifadesinin iptali maksadıyla Anayasanın 152'nci maddesi gereğince ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA, oybirliğiyle karar verildi."