

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Askerî Mahkemece; sanığın, 04.06.2011 tarihinde yetkili olmadığı hâlde askerî muamelat hakkında açıklamada bulunmak suçunu işlediği kabul edilerek, ASCK'nın 95/3, TCK'nın 62/1 ve 52'nci maddeleri gereğince üç bin Türk Lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına, sanığa verilen adli para cezasının TCK'nın 52/4'üncü maddesi uyarınca yirmi ayda yirmi eşit taksitte tahsiline, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geriye kalan adli para cezasının tamamının sanıktan defaten tahsiline, ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrilmesine, ASCK'nın Ek-10'uncu maddesi uyarınca yasal imkan olmadığından sanık hakkında tayin edilen hapis cezasına havi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına, TCK'nın 63'üncü maddesi uyarınca 12.04.2012-16.04.2012 tarihleri arasında adli gözlem altında geçirdiği sürenin cezasından mahsubuna karar verilmiştir (Dz.390-394).

Hüküm, sanık ve müdafii tarafından; usul, sübut ve uygulamaya ilişkin sebepler ileri sürülerek, yasal süresi içinde ayrı ayrı temyiz edilmiştir (Dz.389, 404-406).

Hükmün onanması yönünde görüş bildirilen ve sanık ile müdafine tebliğ edilen tebliğnameye (Dz.419-420), sanık tarafından yazılı olarak cevap verilmiştir (Dz.415-416).

Yapılan incelemede;

Sanığın, Edirne/Süloğlu 54. Mknz.P.Tug.K.Topçu Tb.K.lığında İsth.Sb. olarak görev yaptığı sırada, KKK. Hrk. Bşk.lığı Kuvvet Yönetim Geliştirme Ş.Md.lüğü tarafından geliştirilen bir karar destek projesi olan, Muharebe Sahası Yönetim Sistemi (MSYS) Projesinin, 14-16 Haziran 2011 tarihlerinde gerçekleşen deneme tatbikatını icra edecek birlik olarak sanığın da görev yaptığı 54'üncü Mknz.P.Tug.K.lığının görevlendirildiği, icra edilecek deneme tatbikatında proje bilgisayarlarındaki MSYS yazılımının kullanımını öğretmek amacıyla, KKK.lığı ilgili şubesinden gelen altı eğitici subay tarafından 23-27 Mayıs 2011 tarihleri arasında 54'üncü Mknz.P.Tug.K.Yrdc.lığı Karargâhında kurulan bilgisayar destekli ortamda uygulamalı kullanıcı eğitimi verildiği, kullanıcı eğitiminin gizlilik derecesinin, eğitimi veren KKK.lığının ilgili şubesi tarafından "Hizmete Özel" olarak belirlendiği (Dz.105), sanığın da, 23.05.2011-03.06.2011 tarihleri arasında verilen "Muharebe Sahası Yönetim Sistemi Yazılımı Kullanıcı Kursu"na katıldığı, Edirne/Süloğlu'nda B Tipi Askeri Gazinoda kalan sanığın, 04.06.2011 tarihinde şahsi dizüstü bilgisayarını kullanarak Askerî Gazino Müdürlüğü adına kayıtlı kablosuz internet hattından internete bağlanmak suretiyle, daha önce kendi adına açtığı "..com" adlı internet sitesine, "MSYS (MUHAREBE SAHASI YÖNETİM SİSTEMİ)" başlıklı;

"MSYS denen bir çalışma başlatıldı TSK'de. Çalışma NATO kapsamında tüm Silahlı kuvvetlerin ortak bir yazılım altında toplanmasını hedefliyor. MSYS yazılımının ana kaynağı ABD'de yapılan bir yazılım. ABD bu yazılımı terk etme düşüncesinde.

MSYS yazılımının temel amacı Komutanların oturdukları yerden Muharebe Sahasında olup bitenleri bilgisayar ekranlarından izleyerek müdahale edebilmelerini sağlamak. Yani yazılımın sağladığı büyük bir fayda yok. Komutan zaten Muharebe Sahasında olmalı ve

Muharebeyi çeşitli muhabere vasıtaları ile yakından takip etmelidir. Bunun için bilgisayarlara girdi yapılmasına gerek yoktur. Savaşı bırakıp alt kademelerin bilgisayara girdi yapmasını beklemek en büyük saçmalaktır. ABD savaş ortamında bu yüzden yazılımı kullanmamıştır.

MSYS için günümüzde en az 20 proje subayı çalışmaktadır. Proje subayları yazılımın operatörleri niteliği taşımaktadır. Bu subaylara verilen maaşlar proje amacıyla harcanmaktadır. Proje amacıyla halen sivil yazılım firmalarına büyük meblağlar ödenmektedir. MSYS projesi için şu ana kadar yapılan harcama milyon dolarları geçmiş durumdadır.

Tüm harcamalara ve emeğe rağmen Sistem çalışmamaktadır. Sistem 1 saat çalışırsa 1 saat arıza vermektedir. Sürekli kilitlenmektedir. Sistemin çalışması için yapılması gereken girdi süresi 3-4 gündür. Bu sürede yaptığınız girdiler sistemin ağır aksak çalışabilmesi için şarttır.

TSK bu proje kapsamında devletin imkanlarını israf etmektedir. Bu projeyi yürürlüğe koyanların ve destekleyenlerin ivedi olarak yargılanması gerekir. Tüyyü bitmemiş yetim hakkı göz göre göre israf edilmektedir. Sistem tatbikatlarda denenmekte ve düzgün olarak asla çalıştırılamamaktadır.

Bu tarz israf ve maddi imkânların kötüye kullanımı TSK'de yaygınlaşmıştır. Acil olarak müdahale yapılmalıdır. Bu hususun affedilir yanı yoktur. Herkes bu hususta üstüne düşeni yapmak zorundadır." şeklinde bir yazı yazdığı ve konuya ilişkin bir şemayı da internet sayfasına eklediği, Kara Kuvvetleri Komutanlığınca durumun tespit edilerek işlem yapılmak üzere 54. Mknz.P.Tug.K.lığına gönderildiği (Dz.57-61), maddi bir olay olarak sabit görülmüştür.

Sanığın gerek Askeri Savcılığa gönderdiği yazılı savunmasının içerisinde (Dz.89-92), gerekse temyiz dilekçesinde (Dz.404-406); üzerine atılı suça konu yazının ve eklediği şeklin ifade özgürlüğü dahilinde yazıldığını, düşünce ve ifade özgürlüklerinin Anayasa ile korunduğunu belirtmiş olması nedeniyle, heyetimizce, sanığın üzerine atılı olan, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunun 1'inci maddesi ile Askeri Ceza Kanununun 95'inci maddesine 3'üncü fıkra olarak eklenmiş olan "Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelât, teşkilât, hareket, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur." hükmünün, Anayasa'nın 2, 13 ve 26'ıncı maddelerine aykırılık teşkil etmesinin söz konusu olup olmayacağı tartışılmıştır.

İlgili yasa hükümleri;

22.5.1930 tarihli ve 1932 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun,

"Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin ilk hali;

"Madde 95;

1- Hakkı ve vazifesi olmadığı halde askerî muamelât teşkilât ve tesisat ve yahut tertibata müteallik işler hakkında müzakere ve istişare için askerî toplıyan veya bu gibi hususlar

hakkında, birlikte beyanat ve şikâyatta bulunmak üzere imza toplıyan her kim olursa olsun üç seneye kadar hapsolunur.

2- Böyle bir toplanmağa bilerek gelen veya beyanat ve şikâyetlere iştirak eden altı aya kadar hapsolunur."

II. 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunla değişik "Hilafî salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin son hali;

"Madde 95- (Değişik : 25/5/1972 - 1590/1 md.)

1. Hakkı ve görevi olmadığı halde askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında:

a) Müzakere veya istişare için asker kişileri toplıyan, b) Birlikte beyanat veya şikayette bulunmak üzere imza toplıyan, c) Birlikte beyanat veya şikayette bulunan, d) Her ne suretle olursa olsun gösteri veya tezahüratta bulunan, Kim olursa olsun altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

2. (a) fıkrasında yazılı toplantıya bilerek katılanlar ile (b) fıkrasında yazılı beyanat ve şikayetlere imza koyanlar altı aya kadar hapsolunur.

3. Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı yazan veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

4. Astlık - üstlük münasebetlerini zedelemeye, amir veya komutanlara karşı güven hissini yok etmeye matuf olarak alenen tahkir veya tezyif edici fiil ve harekette bulunanlar altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

5. Bu maddede yazılı suçların basın yoluyla işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir.

6. Bu maddenin 3 ve 4 üncü fıkralarında yazılı suçlar hakkındaki soruşturma icrası Milli Savunma Bakanının iznine tabidir."

hükümlerine yer verilmiştir.

22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafî salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesini değiştiren 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunun değişiklik gerekçesinde "Kısa genel açıklama; Askerî Ceza Kanununun yeniden düzenlenmesi yapılmış ve ön tasarı Yüksek Askerî Şûranın tasvibinden geçirilmiş ise de; ancak kod kanunu niteliğindeki ön tasarısının kanunlaşmasının uzun bir zaman alacağı düşünülmekle, beliren âcil ihtiyaçlara cevap vermek üzere işbu kanun tasarısı hazırlanmıştır" şeklinde açıklama yapıldıktan sonra 95'inci maddenin değişiklik gerekçesinde aynen "Bu maddenin yürürlükte bulunan şekli, günümüzün sosyal yaşantısında belirgin hale gelmiş bir takım sosyal ve politik gelişmeler nedeniyle Türk Silâhlı Kuvvetlerinin Kanunlarla belli edilmiş yetkiler çerçevesinde yürütmekte olduğu hizmet ve faaliyetlerini gereği gibi himaye edemez bir duruma gelmiş, bu suretle yetkili askeri şahısların hizmetlerini olumlu

bir şekilde yerine getirmeye matuf gayret ve çalışmaları, silahlı kuvvetler dışındaki sivil kişiler veya bu kişiler tarafından ancak önceden belli edilmiş amaçlar için kurmuş oldukları cemiyet veya benzeri teşekkülleri amaçlarından saptırmak suretiyle bu örgütleri ve davranışlarını silahlı kuvvetler hizmetleri aleyhine etkileme çabaları gösterilmiştir. Bu nedenle; 1. maddenin birinci fıkrasında yazılı fiilleri, sivil kişiler de işledikleri takdirde askerî suç sayılarak askerî mahkemede yargılanacakları, 2. Birinci fıkra da belirtilen toplantılara bilerek katılanlar ile yazılı beyanat ve şikâyetlere imza koyanların da ayrıca cezalandırılacakları, 3. Bâzı kişilerin hizmet esnasında görev ve sıfatı icabı muttali olduğu bazı askerî konular hakkında beyanat verdiği veya yazı yazdığı cereyan eden muamelelerden anlaşılmıştır. Bunları önlemek ve bu fiilleri sivil kişilerin de işlemesi halinde askerî mahkemede yargılanacakları. 4. Askerî hizmetin ifasında, astlık-üstlük ilişkileri ile âmir veya komutanlara karşı güven hissi önemli bir yer tutmaktadır. Bu ilişkileri zedelemeye ve bu kişilere karşı güven hissini yok etmeye mâtuflar olarak eleman tahkir ve teyzif edici fiil ve harekette bulunanların da askerî mahkemelerde yargılanacakları, 5. Bu maddede yani yukarıdaki fıkralarda yazılı suçların basın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılarak verileceği, 6. Maddenin 3 ve 4 üncü fıkralarındaki suçlar hakkında soruşturma icrasının Millî Savunma Bakanının iznine tabi olacağı öngörülmüş ve yukarıdaki amaçla madde yeniden düzenlenmiştir." denmektedir. (M. M. T. D., Dönem: 3, Toplantı : 2, Birleşim : 93-96 Cilt: 24, S. Sayısı : 515, S: 1-2).

İncelenmesi gereken konumuzla ilgili benzer yasa hükümleri ve gerekçeleri;

I. 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Disiplin soruşturması veya tahkikatın adli soruşturma veya kovuşturmadan bağımsızlığı" başlıklı 5'inci maddesi;

Madde 5; (1) Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.

II. 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Hizmete Kısmi Süreli Devam Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler" başlıklı 17'nci maddesi;

Madde 17; (1) Hizmete kısmi süreli devam cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır;

a) Üste saygısızlık; Hizmette veya hizmete ilişkin hâllerde üste gösterilmesi gereken saygıyı kasıtlı olarak göstermemek veya yetkili olduğu durumlarda üstün yapmış olduğu ikaz, tenkit veya muahezeyi saygı ile kabul edip dinlememektir.

b) Görev yerini izinsiz terk etmek: Kitasından veya görev yerinden yirmi dört saati geçmeyecek şekilde kaçmak veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın mesaiye bir tam mesai günü gelmemektir.

c) Temaruz: Bazı isteklerini yerine getirmek, kişisel bir menfaat sağlamak, görev veya sorumluluktan kaçmak gibi amaçlarla hastalığını abartmak veya olmadığı hâlde bir rahatsızlığı varmış gibi göstererek sağlık kuruluşlarına sevkini sağlamak suretiyle günlük mesainin bir kısmına katılmamaktır.

ç) Uygunsuz davranışlarda bulunmak: Türk Silahlı Kuvvetlerine ve temsil ettiği makam, rütbe veya statünün onur ve vakarına uygun olmayan fiillerde bulunmaktır.

d) *Ketum davranmamak: Görevi ile ilgili gizli olmayan ancak açıklanmaması gereken bir bilgiyi yetkisiz kişilerin öğrenebileceği bir şekilde açıklamaktır.*

III. 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler" başlıklı 20'nci maddesi;

Madde 20; (1) Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır:

a) *Aşırı borçlanmak ve borçlarını ödeyememek: Nafaka, trafik kazası, doğal afet, personelin öngöremeyeceği şekilde ülke genelinde yaşanan olağanüstü ekonomik dalgalanmalar, ani devalüasyonlar, sağlık ve tedavi giderleri ile kefillik ve benzeri zorunluluk hâlleri hariç olmak üzere, aşırı derecede borçlanmaya düşkün olmak ve bu borçlarını ödememeyi alışkanlık hâline getirmektir.*

b) *Ahlaki zayıflık: Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmaktır.*

c) *Hizmete engel davranışlarda bulunmak: Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışlarda veya ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerde bulunmaktır.*

ç) *Gizli bilgileri açıklamak: Yetkisi olmadığı hâlde, devletin güvenliği ile iç ve dış siyasi yararlarına ilişkin elde ettiği gizli bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlara vermek, ulaştırmak veya açıklamaktır.*

d) *İdeolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak: Siyasi partilere girmek, ideolojik veya siyasi faaliyetlere karışmak, ideolojik veya siyasi amaçlarla disiplini bozucu tavır ve davranışlarda bulunmaktır.*

e) *Uzun süreli firar etmek: Geçerli bir mazereti olmaksızın kesintisiz olarak bir yıldan fazla süre ile izin süresini geçirmek veya firar hâlinde bulunmaktır.*

f) *Disiplinsizliği alışkanlık hâline getirmek: Disiplini bozucu tavır ve davranışlarda bulunmayı alışkanlık hâline getirmek veya aldığı disiplin cezalarına rağmen ıslah olmamaktır.*

g) *İffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak: İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etmektir.*

ğ) *Gayri tabii mukarenette bulunmak: Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunmak yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmaktır.*

31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Disiplin soruşturması veya tahkikatın adli soruşturma veya kovuşturmadan bağımsızlığı" başlıklı 5'inci maddesinin gerekçesinde aynen; "Madde ile, Türk Silahlı Kuvvetleri disiplin hukuku sistemine, ceza ve disiplin hukukunun birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu genel ilkesinin getirilmesi

amaçlanmıştır. Maddede, herhangi bir fiilden dolayı hakkında adli kovuşturma veya soruşturma yapılan bir personel hakkında, aynı fiilden dolayı disiplin soruşturması yapılabileceği, yapılan disiplin soruşturması sonunda gerek görülürse disiplin cezası verilebileceği ve verilen disiplin cezasının yerine getirilebileceği esasa bağlanmıştır. Zira, bir fiilin ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmesi ayrı bir şey, disiplin hukuku bakımından ilgili idarenin tedbir alması gereken bir hâl olarak nitelendirilmesi ayrı bir şeydir. Bu kapsamda örneğin, yüz kızartıcı bir suçtan hakkında soruşturma yürütülen veya dava açılmış bir personel hakkında disiplin amirleri tarafından disiplin cezası verilebilmesine imkân sağlanmıştır."

31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Hizmete Kısmi Süreli Devam Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler" başlıklı 17'nci maddesinin gerekçesinde aynen; "Madde ile, subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında hizmete kısmi süreli devam cezası verilmesini gerektiren disiplinsizlik halleri düzenlenmiştir."

31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler" başlıklı 20'nci maddesinin gerekçesinde aynen; "Madde ile, subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektirecek durumlar düzenlenmiştir. Maddede sayılmış disiplinsizliklerin unsurları mümkün olduğunca objektif olarak belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak ne kadar somut olarak ortaya konulmaya çalışılırsa çalışılsın, disiplinsizlik kavramının mahiyeti gereği takdir hakkının kullanılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, takdir hakkı Kanunda belirlenmiş esaslara göre objektif bir biçimde kullanılacaktır."

Denmektedir.

IV. 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Basına bilgi veya demeç verme" başlıklı 15'inci maddesinin ilk hali;

MADDE 15.- Kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç, bakanın yetkili kılacağı görevli, illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebilir.

Askerî hizmet ile ilgili bilgilerin verilmesi özel kanunları hükümlerine tabidir.

V. 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.05.1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile değişik "Basına bilgi veya demeç verme" başlıklı 15'inci maddesinin son hali;

Madde 15 : (Değişik madde; 12/05/1982 - 2670/7 md.)

Devlet Memurları, kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremezler. Bu konuda gerekli bilgi ancak bakanın yetkili kılacağı görevli illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebilir.

Askerî hizmet ile ilgili bilgiler özel kanunların yetkili, kıldığı personel dışında hiç bir kimse tarafından açıklanamaz.

VI. 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller" başlıklı 125'inci maddesinin "Kınama" başlıklı B bendine 17.09.2004 tarihli ve 5234 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile eklenen alt bendinde;

m) (Ek alt bend; 17/09/2004 - 5234 S.K/l.mad) Yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek.

Hükümlerine yer verilmiştir.

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Basına bilgi veya demeç verme" başlıklı 15'inci maddesinin ilk halinin madde gerekçesinde aynen; "Kamu görevlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak basın organlarıyla radyo ve televizyon kurumlarına bilgi ve demeç vermeye kimlerin yetkili olduğunu belirtmek ve idarenin halkla ve kamu oyuyla münasebetlerinde insicamlı bir düzen sağlamak amacıyla bu madde konulmuştur. Bakanlar, başında 'bulundukları bakanlık içinde, merkezde veya taşrada, kendilerinden başka kimlerin bu şekilde demeç ve bilgi vereceğini kararlaştırabilecekleri gibi, illerde de valiler, kendi illerinde çalışan Devlet memurlarına aynı şekilde yetki devredebilecekler veya bilgi ve demeci doğrudan doğruya kendileri verebileceklerdir. Maddenin ikinci fıkrası, sivil İçişleri niteliğinde olan Devlet memurlarının askerî hizmetlerle ilgili olarak bilgi ve demeç vermelerini özel kanun hükümlerine tabi tutmaktadır."

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Basına bilgi ve demeç verme" başlıklı 15'inci maddesini değiştiren 12.05.1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin gerekçesinde aynen; "Birinci fıkrada basına bilgi ve demeç vermenin yasak olduğu ve uygulamanın ne şekilde yapılacağı iki cümlede düzenlenmiş, ikinci fıkrada askerî hizmetlerle ilgili açıklamalar düzenlenmiştir"

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller" başlıklı 125'inci maddesinin "Kınama" başlıklı B bendine 17.09.2004 tarihli ve 5234 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile eklenen alt bendinin, Cumhurbaşkanınca bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne gönderilmesinden önce düzenlendiği 16.07.2004 tarihli ve 5229 sayılı Kanundaki gerekçesinde aynen; "Avrupa Birliğine üyelik sürecinde, ifade özgürlüğünün genişletilmesi ve Bilgi Edinme Kanunu uygulamalarına uyum sağlanması amacıyla yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veren kamu görevlilerine aylıktan kesme cezası yerine, kınama cezası verilmesine yönelik 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin kınama cezalarını düzenleyen (B) bendine (m) alt bendi olarak eklenmesini düzenleyen hükmün metne (d) bendi olarak eklenmesi ve müteakip bentlerin teselsül ettirilmesi,"

Denmektedir.

İlgili Anayasa hükümleri;

Anayasa'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."

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13'ncü maddesinde: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde

belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

III. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26'ncı maddesinde: "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

(Mülga üçüncü fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./9 md.)

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

(Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

hükmü öngörülmüştür.

İnceleme;

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağılı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir. (Anayasa Mahkemesinin 20.5.2010 tarih ve E:2009/34, K:2010/72 sayılı kararı)

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağılı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren

kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir. (Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarih ve E:2012/80, K: 2013/16 sayılı kararı)

İtiraz konumuz olan 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafî salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesini değiştiren 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunun l'nci maddesinin değişiklik gerekçesinde; maddenin ilk halinin, günün (o tarihin) sosyal ve politik gelişmeleri nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinin Kanunlarla belli edilmiş yetkileri çerçevesinde yürütmekte olduğu hizmet ve faaliyetlerini gereği gibi himaye edemez duruma geldiği, yetkili askeri şahısların hizmetlerini olumlu bir şekilde yerine getirmeye matuf gayret ve çalışmalarının, silâhlı kuvvetler dışındaki sivil kişiler veya bu kişiler tarafından ancak önceden belli edilmiş amaçlar için kurmuş oldukları cemiyet veya benzeri teşekkülleri amaçlarından saptırmak suretiyle bu örgütleri ve davranışlarını silâhlı kuvvetler hizmetleri aleyhine etkileme çabaları gösterildiği, bâzı kişilerin hizmet esnasında görev ve sıfatı icabı muttali olduğu bazı askerî konular hakkında beyanat verdiğinin veya yazı yazdığının cereyan eden muamelelerden anlaşıldığı, bunları önlemek ve bu fiilleri sivil kişilerin de işlemesi halinde askerî mahkemede yargılanacakları belirtilmişse de; kanun koyucu, askeri ceza hukukunda Anayasanın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26'ncı maddesi ile doğrudan ilgili bir suç yaratırken ve bu suçun cezasını belirlerken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı maddesinde de yer alan ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.

Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır.

"Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını ifade etmektedir.

"Gereklilik" başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, diğer bir ifadeyle, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak ve özgürlük açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğini, bu seçimin amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasında yapılması gerektiğini, temel hak ve özgürlüğü sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerektiğini ifade etmektedir.

"Orantılılık" ise başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafî salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen suçun gerek asker gerekse sivil şahısların ifade özgürlüğü ile ilgili olduğu, bu özgürlüğe sınırlandırma getirdiği açıktır. İnceleme konusu olan mahkûmiyet hükmü asker şahıs hakkında verildiği için, ASCK'nın 95/3'üncü maddesindeki suçun ifade özgürlüğüne olan etkisi, sınırlaması, sınırlamanın Anayasanın 2, 13, 26'ncı maddelerine uygun olup

olmadığı asker şahıs yönünden değerlendirilmiş, suçun faili olabilecek sivil şahıslar yönünden değerlendirme yapılamamıştır.

Anayasa Mahkememizin, asker kişilerin ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğü sınırının ne olacağı, ne kadar sınırlandırılacağına dair değerlendirmeler içeren bir kararına rastlanılmamakla, sadece, 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunla değişik "Hilafî salahiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) ve (e) bentlerine ilişkin olarak, söz konusu bentlerin mülga 1961 Anayasasının "Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı" başlıklı 28 ve "Dilekçe hakkı" başlıklı maddelerine aykırılık teşkil etmediğine dair 10.02.1976 tarihli, 1975/200 Esas, 1976/9 Karar sayılı kararı bulunmakla birlikte, Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Silahlı Kuvvetler Mensuplarının sahip oldukları insan hakları konusunda verdiği CM/Rec (2010) 4 sayılı tavsiye kararında;

"Silahlı kuvvetler mensupları ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu ifade özgürlüğünden faydalanılmasına yönelik her türlü kısıtlama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. paragrafından yer alan hükümlere uygun olarak uygulanır.

47. İfade özgürlüğü hakkı kapsamında fikir sahibi olma, fikir ve bilgi alma ve fikrini açıklama özgürlüğü yer alır. Silahlı kuvvetler mensupları da dâhil olmak üzere herkesin bu özgürlüklerden faydalanması bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Kargaşa veya suçun önlenmesi, sağlık veya ahlaki değerlerin korunması, başkalarının itibar veya haklarının korunması, gizlilik şartıyla alınmış bilgilerin açığa çıkmasının önlenmesi veya yargı sisteminin yetkileri ya da tarafsızlığının korunması amacıyla bu özgürlükten faydalanılması hususu; milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamuoyu emniyetinin yararına demokratik bir toplum için gerekli olan ve kanunlarda tanımlanan bazı formalite, koşul, kısıtlama veya cezalara tabi olabilir. Bu tür önlemler orantılı olmalı, keyfî olmamalı ve makul ölçüde öngörülebilir olmalıdır.

48. Silahlı kuvvetlerin düzgün biçimde işleyişinin silahlı kuvvetler mensuplarının bu işleyişi bozmasını engellemek için tasarlanmış hukuk kuralları olmadan mümkün olmadığı düşünüldüğünde askeri disipline yönelik gerçek bir tehdit olduğunda ifade özgürlüğüne yönelik uygulanacak her türlü kısıtlama yukarıda bahsi geçen şartlara uygun olmalıdır. Örneğin, bu kısıtlamalar askeri görevlerin nasıl yerine getirildiği veya silahlı kuvvetlerin siyasi tarafsızlığının etkilenip etkilenmediği ile ilgili olabilir." denmektedir.

Konuya AİHM'nin asker şahısların ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarından bakıldığında; ordunun düzenli bir şekilde görevini yerine getirebilmesi için askeri yaşam sivil yaşama nazaran daha fazla sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu bağlamda Sözleşme organlarının kamu düzenini koruma adına askeri düzenle ilgili bir dava önüne geldiğinde taraf devletlere daha geniş bir ulusal takdir marjı tanımaktadır.

Mahkeme, asker şahısların ifade özgürlüğü ile ilgili olarak verdiği ilk kararı olan, askeri disiplinle bağdaşmayan yayın nedeniyle Engel ve Diğerleri v.Hollanda davasında, askeri düzeni koruma adına taraf Devletin daha geniş bir takdir yetkisi olduğu gerekçesi ile AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Ancak bu kararda bizce dikkat çekilmesi gereken husus, başvurucuya disiplini zayıflatmayı amaçlayan bir yazının yayınlanmasına ve dağıtımına katıldığı gerekçesi ile yetkili komutan tarafından disiplin cezası verilmiş olmasıdır.

Grigoriades'in Yunanistan aleyhine açtığı davada (Grigoriades v. Yunanistan), eğitime alınmış yedek subay olan davacı, askere alınanlara karşı kötü muameleler yapıldığını ve bunun sonucunda üstleri ile ters düştüğünü iddia etmiştir. Kendisine karşı ceza ve disiplin davaları açılmıştır. Ceza davası beraatla sonuçlanmasına rağmen kendisine disiplin cezası verilmiş ve bu nedenle askerlik süresi uzatılmıştır. Daha sonra başvurucuya 24 saat izin verilmiş ama bu izin süresi dolmasına rağmen birliğine dönmemiştir. Bunun üzerine başvuru firari sayılmış ve hakkında soruşturma başlatılmıştır. Buna karşılık başvuran bir taksi şoförü aracılığı ile birlik komutanına, orduda genç askerlere karşı yapılan kötü muameleleri belirten bir mektup göndermiştir. Mektupta askerlik kurumunun insanları aşağıladığı, ordunun insana ve topluma karşı bir kurum olup, niteliği gereği barışla çeliştiği, askerliğin, şiddet psikolojisi yaratarak şiddete karşı tüm ahlaki ve psikolojik direnci kırdığı için toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğu, ordunun bir yıldırı havası yaratarak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak sureti ile, bir suç ve terör kurumu olarak kalmaya devam ettiğini anlatmıştır. Bu mektup sadece birlik komutanı ve başvurucunun arkadaşı olan bir başka subay tarafından görülmüştür. Davacı, orduya hakaret etme suçundan üç aylık bir hapis cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine başvuran, sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyona başvurmuştur. Komisyon, bire karşı yirmi sekiz oyla 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu dava ile ilgili kararında ifade özgürlüğü ile ilgili temel yorumlarından biri olan 10. maddenin ordunun kışla sınırına gelince durmadığı şeklindeki açıklamasını tekrarlamıştır. Mahkemeye göre, 10. maddenin uygulaması kışlanın kapısında durmamaktadır. Bu madde sözleşmecî devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla beraber, Mahkemenin daha öncede belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gerektiği şekilde görev yapmasını düşünmek mümkün değildir. Askeri disipline gerçek bir tehdidin bulunması halinde Sözleşmecî Devletler ifade özgürlüğüne yasaklar koyabilmelidirler.

Mahkemenin bu açıklamalarından da anlaşıldığı üzere Sözleşmeyi imzalayan Devletlerin bütün vatandaşları gibi askeri personel de ifade özgürlüğü hakkına sahip olup, 10. maddenin korumasından yararlanacaktır. Mahkeme, mektupta sert ve aşırı ifadeler yer verildiğine de karar vermiş olmasına rağmen, bu ifadelerin bu genel ve uzun yazı kapsamında, askeri yaşamı ve bir kurum olarak orduyu eleştirdiğine dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca, mektubun geniş bir kitleye dağıtılmadığını ve kişisel olarak komutana veya başka şahıslara hakaret edilmediğini belirtmiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, söz konusu mahkumiyetin, demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmetmiştir.

Mahkeme bu davada Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında olduğu gibi askerin görev ve sorumluluklarına atıfta bulunmamıştır. Bunun yerine, ifade özgürlüğü hakkının, ordu kışlasının giriş kapısında bitmediğini vurgulamıştır. Bu bakış açısı, Mahkeme'nin askerlerin ifade özgürlüklerini, diğer insanların ifade özgürlüğü hakkı ile aynı seviyede görmeye başladığı izlenimini vermektedir.

Bu kararda bizce dikkat çekilmesi gereken husus, ifade özgürlüğü ile ilgili ihlal kararı verilmekle birlikte ihlale konu davada başvurucuya üç ay hapis cezası verilmiş olmasıdır.

Avrupa Mahkemesi, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi davasında, Merkezi Viyanada bulunan birinci davacı şirket VDSO, askeri yaşamla ilgili bilgiler ve makaleler içeren der Igel adlı bir dergi basmaktadır. Bu şirketin, kendi dergisinin de, özel kurumlar tarafından basılan diğer iki dergi -Milizİmpuls ve Visier- gibi, kışla içinde dağıtılması yolundaki isteğine, Avusturya Federal Savunma Bakanlığından herhangi bir cevap

gelmemiştir. Bu konuda parlamento üyeleri tarafından ilgili bakana soru sorulması üzerine Savunma Bakanı 10 Mayıs 1989 tarihli bir mektupla bu derginin ordu kışlasında dağıtılmasına izin verilmediğini bildirmiştir. Savunma Bakanı, Askeri Kuvvetler Kanununun 43. maddesinin 3. fıkrasına göre sadece, ordunun anayasal görevlerini tanımlayan, ordunun saygınlığına zarar vermeyen yayınlara izin vereceğini belirtmiştir. Bakanın görüşüne göre, davacı şirketin dergisi bu ölçütlere uymamaktadır.

VDSO'nun bir üyesi olan ikinci başvuran 1 Temmuz 1987 tarihinde zorunlu askerlik hizmetine Salzboung'da bulunan Schwarzanberg kışlasında başlamıştır. Yemin töreni sırasında doğrudan Cumhurbaşkanına karşı bir protestoda bulunmuştur. Bunun üzerine kendisine, uymakla yükümlü olduğu askeri kanuna saygısızlık ettiği bildirilmiştir. 29 Aralık 1987 tarihinde der Igel'in 3/87 sayısını askeri kışlada dağıtırken, kendisine dağıtımın durdurulması bir subay tarafından emredilir. Derginin dağıtımının durdurulması istenen sayısında askeri eğitim ve bir kısmı basında da yer almış olan askeri yaşamla ilgili eleştirel makaleler yayınlanmaktadır. 12 Ocak 1988 tarihinde bu sefer başka bir subay tarafından ikinci başvuran 1975 ve 1987 tarihli genelge ve 4 Ocak 1988 de değiştirilen, yetkili komutanın izni olmadan herhangi bir yayının dağıtılmasını yasaklayan Schwarzenberg kışlası düzenlemelerine saygısızlık ettiği bildirilir. Bunun üzerine başvuranı bu yasaklamayı ve 29 Aralık 1987 tarihli emri Federal Savunma Bakanlığı bünyesindeki Askeri Şikayetler Kuruluna (Military Complaints Board) şikayette bulunur. Başvuranın bu talebi bakanlığın şikayetler birimi tarafından reddedilir. Başvuran Anayasa Mahkemesine başvurmasına rağmen yine de olumlu bir sonuç alamaz. Bunun üzerine Sözleşmenin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile ilk başvuran VDSO ve Bay Gubi Komisyon'a başvurur. Komisyon on ikiye karşı dokuz oyla her iki başvuranın da ifade özgürlüğünün ihlal edildiği nedeni ile davanın kabul edilebilirliğine karar verir.

Mahkeme her iki başvuran açısından olayı ayrıca inceler. Mahkeme birinci başvuran açısından derginin askeri kışlada dağıtılmasının başvuranın ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturduğuna, bu müdahalenin kanuni dayanağının olduğuna ve Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında olduğu gibi askeri düzeni koruma meşru amacını güttüğünü kabul etmiştir. Ancak Mahkeme yapılan sınırlamanın demokratik toplum için gerekliliğini incelerken, Engel ve diğerleri kararında olduğu gibi askeri görev ve sorumluluklardan bahsetmeyip, ifade özgürlüğünün kışla kapısında durmayacağı yönündeki özgürlükçü kararını almıştır. Mahkemeye göre dergideki makaleler, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermemiştir. O halde, bu dergi, askeri disipline ciddi bir tehdit teşkil etmemektedir ve askeri birimler içinde dağıtılması engellenmemelidir.

Mahkeme, ülkenin bütün kışlalarında, özel ve devlet yayınlarının serbestçe dolaştırılabildiğini; ancak bu imkanın sadece der Igel'e kapatılmış olduğunu gözlemiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, bu kısıtlamanın sadece zorunlu gereklilikler olduğunda haklı olabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, Avusturya hükümetinin, derginin içeriğinin ordunun disiplinini ve etkinliğini tehlikeye düşürdüğü iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, derginin hiçbir sayısının itaatsizlik veya şiddet telkin etmediğine ve ordunun faydasını dahi sorgulamadığına karar vermiştir. Ayrıca, Mahkeme derginin, tartışmacı üslubuna rağmen demokratik bir Devletin ordusunda, aynen böyle bir ordunun içinde hizmet ettiği toplumda olduğu gibi, hoş görülmesi gereken, görüş alışverişi ve düşüncelerin tartışılması açısından izin verilebilirlik sınırlarını aşmadığı görüşündedir. Bu nedenle Mahkeme, derginin askeri disipline ciddi bir tehdit unsuru olarak görülmesinin pek mümkün olmadığına bu nedenle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

İkinci başvuran açısından da Mahkeme, dergideki makalelerin, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermediğine karar vermiştir. Mahkeme bu derginin askeri disipline ciddi bir zarar vermediği için askeri kıtlada dağıtılmasının yasaklanmasının Sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Avusturya Hükümeti davacıların çıkarttıkları yayının ülkenin savunma sistemini ve ordunun etkinliğini tehlikeye soktuğunu ve kamu düzeninin bozulmasına ve suç işlenmesine yol açabileceğini ileri sürmesine rağmen Mahkeme Hükümetin görüşüne katılmamıştır. Mahkemeye göre yayındaki yazıların çoğu; "...şikayetleri dile getirmekte, reform önerileri yapmakta ve okuyucuları yasal yollara başvurmaya ya da temyiz işlemleri başlatmaya teşvik etmekteydi. Ancak sık sık polemik bir ton benimseseler de, demokratik bir devletin hizmet ettiği bir toplumda olduğu gibi ordusunda da hoş görülmesi gereken bir fikir tartışması çerçevesinde izin verilebilecek olanın sınırını aşmadıkları söylenebilir."

Bu kararda bizce dikkat çekilmesi gereken husus, ifade özgürlüğü ile ilgili ihlal kararı verilmekle birlikte ihlale konu olayda asker şahıs olan başvurucuya herhangi bir ceza dahi verilmemiş olmasıdır.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen suçun, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak, asker şahısların ifade özgürlüğünü sınırlayan söz konusu suç düzenlemesinin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olup olmadığı, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ifade özgürlüğü açısından en yumuşak aracın seçilip seçilmediği, ifade özgürlüğünü en az sınırlayan ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçünün günümüz demokratik devletlerin ordusu açısından bulunup bulunmadığı hususlarında tereddüt hasıl olmuştur.

Günümüzde asker şahısların da ifade özgürlüğü ve bunun sınırlandırılması ile ilgili olarak başta Anayasa Mahkememize bireysel başvuruda bulunabilecek olması, hatta Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararını benimsemeyerek AİHM'ne başvurabilecek olması nedeniyle her mahkeme (Askeri Yargıtay dahil) önüne gelen konuyu öncelikle Anayasamızdaki ölçüt normlar yönünden irdelemek, bunları yaparken de AİHS'nin normları ile AİHM'nin konuya ilişkin kararlarını destek norm olarak gözetmek durumdadır.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yasaklanan ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırım altına alınan eylemler, askeri muamelat, teşkilat, hareket, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmaktır. Söz konusu fıkra bu eylemlerin daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bu fıkra uyarınca cezalandırılacağı belirtildiğinden, söz konusu fıkra ceza yaptırımı uygulanan eylemlerin sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmadığı, bu tür işlere yönelik eylemlerin başka suçlarla ve daha fazla ceza ile yaptırım altına alındığı açıkça anlaşılmaktadır.

Günümüzde, Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki her hangi bir sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmayan işler hakkında beyanat vermek, yazı

yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemler, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 17'nci maddesinin l'inci fıkrasının (d) bendinde "Hizmete Kısmi Süreli Devam Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler"den sayılarak, disiplin cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

Gizli işlere yönelik eylemler de haklı bir şekilde, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 20'nci maddesinin l'inci fıkrasının (ç) bendinde "Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler"den sayılarak, disiplin cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafî salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki her hangi bir sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmayan işler hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemlerin, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte, benzer konumda olan devlet memurları yönünden, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 15'inci maddesinde yasaklandığı, yasağa riayet edilmemesi halinde aynı Kanunun 125'inci maddesinin "Kınama" başlıklı B bendine 17.09.2004 tarihli ve 5234 sayılı Kanun'un l'inci maddesi ile eklenen (m) alt bendi uyarınca kınama disiplin cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

M alt bendinin "Avrupa Birliğine üyelik sürecinde, ifade özgürlüğünün genişletilmesi ve Bilgi Edinme Kanunu uygulamalarına uyum sağlanması amacıyla yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veren kamu görevlilerine aylıktan kesme cezası yerine, kınama cezası verilmesine yönelik 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin kınama cezalarını düzenleyen (B) bendine (m) alt bendi olarak eklenmesini düzenleyen hükmün metne (d) bendi olarak eklenmesi ve müteakip bentlerin teselsül ettirilmesi," şeklindeki gerekçedeki, ifade özgürlüğünün genişletilmesi vurgusu, daha önce daha ağır bir yaptırım olan aylıktan kesme disiplin cezası yerine daha ölçülü olduğu düşünülen kınama disiplin cezası öngörülmüş olması da çok dikkat çekici olup asker şahıslar gibi görev ve sorumlulukları olan devlet memurlarının, sır, gizlilik içermeyen işlerle ilgili bu eylemlerine ilişkin yaklaşımın, ifade özgürlüğü ve demokratik hukuk devletinin bu özgürlük yönünden ulaştığı seviyeye uygun olduğunu, asker şahıslar için de bu yaklaşımın 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

Asker şahısların, askeri muamelat, teşkilat, hareket, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliğindeki ilgili hükümler uyarınca, şikayette veya müracaatta bulunabileceği, böylece ifade özgürlüğünü kullanabileceği, bu nedenle, şikayet veya müracaat yerine bu işlerle ilgili olarak beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemlerinin cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü kısıtlamadığı ileri sürülebilir ise de; eğer bir kişi özgür ifade hakkını, çok fazla kısıtlanmış, denetimli bir ortamda kullanabiliyorsa, buna hakkını kullanıyor demek oldukça zordur. Asker şahsın, silahlı kuvvetlerin siyasi tarafsızlığını etkileyecek herhangi bir içerik taşımayan, askeri görevlerin yerine getirilmesini engellemeyen, herhangi bir sır, gizlilik içermeyen hususlarda ifade özgürlüğünü (olayımızda olduğu gibi eleştirel ifadelerini) sadece kışla içerisinde kullanabileceğini söylemek, bu hususlara ilişkin ifade özgürlüğünün kışla nizamıyından dışarı çıkamayacağı gibi bir kabulün, asker şahıslar yönünden hakkın özüne dokunma teşkil edebileceğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

Türk Silâhlı Kuvvetlerinin Kanunlarla belli edilmiş yetkiler çerçevesinde yürütmekte olduğu hizmet ve faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmesini, yetkili askeri şahısların hizmetlerini olumlu bir şekilde yerine getirmeye yönelik gayret ve çalışmalarını, gerek sivil şahısların gerekse bizzat asker şahısların etkileme çabalarından korumak amacıyla getirilen itiraz konusu kural ve gerekçesi dikkate alındığında, bu amacın asker şahısların yalnızca hapis cezasıyla cezalandırılmalarıyla sağlanabileceği şeklinde bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

Her ne kadar, söz konusu itiraz konusu suçla ilgili olarak, cezanın bireyselleştirilmesi kurumlarının uygulanabilmesi mümkün ise de; öngörülen cezanın üst sınırının üç yıl hapis cezası olması nedeniyle sonuç cezanın iki yıldan fazla hapis cezası olarak belirlenmesi halinde, TCK'nın 50, 51'nci ve CMK'nın 231'inci maddesindeki hükümlerin uygulanamayacağı açıktır.

Yukarıda incelenen AIHM kararlarından da anlaşılabacağı üzere, itiraz konusu suçun cezalandırdığı eylemlere benzer eylemlerin bazı durumlarda disiplin cezası ile cezalandırılmasının, bazen de üç ay hapis gibi hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasının ihlale sebebiyet verdiği göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki cezanın niteliğini, miktarını, özellikle üst sınırını belirlerken kamu yararı ve asker şahıs olan bireyin ifade özgürlüğü arasında adil bir denge oluşturulmadığı kanaatine varılmıştır.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yasaklanan ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırım altına alınan eylemlerin, günümüzde, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte, özünde herhangi bir farklılık taşımayacak şekilde, 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 17'nci maddesinde, "sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ifade özgürlüğü açısından en yumuşak aracın seçilmesi" suretiyle düzenlenmiş olması karşısında, artık, bir de buna ilaveten asker şahıslarla ilgili olarak, her hangi bir sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmayan işler hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemlerin, Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki düzenleme ile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasının, elverişlilik ve orantılılık alt ilkeleri göz önünde bulundurularak, Anayasamızın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, Anayasamızın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlıklı 13'ncü maddesindeki demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine, Anayasamızın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26'nci maddesine aykırı olması nedeniyle, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

Başkan Hâkim Albay Haluk ZEYBEL ve üye Hakim Albay Şeref AYYILDIZ; 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı 95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen suçun Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşü ile karara katılmamışlardır.

SONUÇ VE KARAR : Yukarıda açıklandığı üzere;

Anayasa'nın 2, 13, 26'nci maddelerine aykırı olduğu değerlendirilen, 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunla değişik "Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları" başlıklı

Esas Sayısı : 2014/25
Karar Sayısı : 2014/119

95'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının, asker şahıslar yönünden Anayasaya aykırı bulunarak, iptali için Anayasa'nın 152/l'inci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA,

Anayasa Mahkemesi Başkanlığına sunulmak üzere, ilgili belgelerin onaylı suretlerinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine GÖNDERİLMESİNE,

Anayasa Mahkemesince bu hususta verilecek kararın BEKLENMESİNE, 25.12.2013 tarihinde, Başkan Hâkim Albay Haluk ZEYBEL ve üye Hakim Albay Şeref AYYILDIZ'ın karşı oyları ile ve oy çokluğuyla karar verildi.""