

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2006/105
Karar Sayısı : 2009/142
Karar Günü : 8.10.2009
R.G. Tarih-Sayı :08.01.2010-27456

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Daire (Esas No: 2006/105)

2- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Daire (Esas No: 2008/29)

3- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Daire (Esas No: 2008/32)

İTİRAZIN KONUSU: 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 17.7.1972 günlü, 1611 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin (B) bendinin,

1- İlk paragrafının " Sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri; " bölümünün,

2- (1) numaralı alt bendinin "Kıdemli hâkimler, birlikte çalıştıkları hâkimlerin; askeri savcılar, birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının; " bölümünün,

Anayasa'nın 2., 9., 36., 138., 139. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Askeri hâkim subayların sicil işlemlerinin iptali istemleriyle açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesi iptalleri için başvurmuştur.

III - YASA METİNLERİ

A - İtiraz Konusu Yasa Kuralları

İtiraz konusu bölümleri de içeren Askeri Hâkimler Kanunu'nun 12. maddesi şöyledir:

'Madde 12- (Değişik: 17/7/1972 - 1611/1 md.)

Askeri hakim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterlilikleri sicil ile saptanır.

A) (Değişik: 24/5/1989 - 3562/2 md.) Sicil belgeleri; general - amiral sicil belgesi, subay (asteğmen - albay) sicil belgesi ve mesleki sicil belgesi olmak üzere üç çeşittir.

Bu belgelerin şekil ve kapsamları (EK-1), (EK-2) ve (EK-3)'de olduğu gibidir.

General-amiral sicil belgesi; idari sicil üstlerince askeri hakim general amiraller hakkında;

Subay (Atğm. - Alb.) sicil belgesi; idari sicil üstlerince askeri hakim subaylar hakkında;

Mesleki sicil belgesi; askeri hakimlik, askeri savcılık, adli müşavirlik ve disiplin subaylığı görevlerinde bulunanlar hakkında düzenlenir.

Ancak; Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Başsavcısı, Daire Başkanları ve üyeleri hakkında general - amiral sicil belgesi, subay sicil belgesi ve mesleki sicil belgesi düzenlenmez.

Ayrıca; general - amiraller, birinci sınıfa ayrılmış askeri hakimler ile askeri Yargıtay başsavcı yardımcıları ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi savcıları hakkında da mesleki sicil belgesi düzenlenmez.

Subay sicil belgesindeki her niteliğe 10 üzerinden not verilir. Notlar tamsayı veya 1/2 kesirli olarak verilebilir. Niteliklerden 1, 3, 5 ve 6 numaralı hanelerde yazılı olanların herhangi birine beşten aşağı not takdir edildiğinde, sicil süresi içinde düzenlenmiş işlemli yazı ve belgelerin sicil belgesine bağlanması zorunludur.

Mesleki sicil notu niteliklere göre değil, aşağıdaki maddede gösterilen esaslara göre takdir edildikten sonra toplanarak verilir.

General - amiral sicil belgesi, subay sicil belgesi ve mesleki sicil belgesine ait sicil tam notu ayrı (100) yüzdür.

B) Subay sicil belgesini düzenlemeye ve sicil vermeye yetkili idari sicil üstleri:

Birinci sicil üstü: **Sicili düzenlenecek askeri hakim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri;** Askeri Adalet İşleri Başkanlığı, Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Askeri Yargı ile ilgili diğer idari hizmette bulunanlar için amir durumunda bulunan en az yüzbaşı rütbesindeki,

İkinci sicil üstü: Kuruluş bağlantısına göre birinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan, komutan veya amir durumundaki,

Üçüncü sicil üstü: Kuruluş bağlantısına göre ikinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan komutan veya amir durumundaki subay olup aşağıdaki istisnalar saklıdır.

1- Kıdemli hakimler, birlikte çalıştıkları hakimlerin; askeri savcılar, birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının; adli müşavirler, birlikte çalıştıkları adli müşavir yardımcılarının birinci sicil üstleridir.

2- a) Askeri Yargıtay Başsavcı yardımcılarının; Askeri Yargıtay Başsavcı Başyardımcısı, Askeri Yargıtay Başsavcısı ve (Askeri Yargıtay Başkanı),

b) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kanunsözcülerinin; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsü Başyardımcısı, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsü ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı,

c) Askeri Yargıtay Başsavcı Başyardımcısının; Askeri Yargıtay Başsavcısı, (Askeri Yargıtay Başkanı ve Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı,)

d) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsü Başyardımcısının; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsü, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı ve Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı,

(c, g, i ve l) alt bentleri: (iptal: Ana. Mah. nin 10/1/1974 tarihli ve E. 1972/49, K.1974/1 sayılı kararı ile)

(f, h, j, ve k) alt bentleri: (iptal: Ana. Mah. nin 9/7/1977 tarihli ve E. 1977/16, K.1977/86 sayılı kararı ile)

Sıralı sicil üstleridir.

C) Sicil notunun bulunması ve hesaplanması:

Haklarında mesleki sicil belgesi düzenlenemiyenlerin sicil notu; subay sicil belgesindeki niteliklere sicil üstlerince verilen notların toplamının ortalaması alınarak saptanır. Bölüm sonucu tamsayı çıkmaz ise iki hane yürütülür. Bulunan rakam bu gibilerin o yıldaki sicil notunu teşkil eder.

D) İdari ve mesleki sicil tanzimine esas olan sicil süresi bir terfi yılıdır.

İdari sicil düzenlenebilmesi için, sicili düzenlenecek hakim subayın bir sicil süresi içinde altı ay görev yapması gereklidir. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre hizmetten sayılan süreler, görevden ve sicil süresinden sayılır. Bir sicil üstü asıl veya her ne sebeple olursa olsun vekil olarak o görev yerinde sicili düzenlenecek ile birlikte üç ay görev yapmadıkça sicil düzenleyemez. Siciller ve sicil üstleri ile ilgili diğer hususlar subaylar hakkında olduğu gibidir.'

B - Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 9., 36., 138., 139. ve 145. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 29.6.2006 ve 8.4.2008 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle uygulanacak kural konusu üzerinde durulmuştur:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda

uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasaya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davalarda askeri hâkimlere verilmiş olan subay ve mesleki sicil belgeleri dava konusu edilmiş olup, askeri savcı veya savcı yardımcılarının sicilleri hakkında açılan dava bulunmamaktadır. Bu durumda, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 12. maddesinin (B) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan "**askeri savcılar, birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının;**" ibaresinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, itiraz başvurularının anılan ibare dışında kalan kısımlarının ise esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 17.7.1972 günlü, 1611 sayılı Yasa ile değiştirilen 12. maddesinin (B) bendinin,

1- İlk paragrafının " Sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri; " bölümünün,

2- (1) numaralı alt bendinin "Kıdemli hâkimler, birlikte çalıştıkları hâkimlerin; askeri savcılar, birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının; " bölümünün, iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2008/29 ve E.2008/32 sayılı dosyaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2006/105 sayılı davayla BİRLEŞTİRİLMESİNE, bu davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2006/105 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 8.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, askeri hizmetin gerekleri kavramının yargılama faaliyeti kapsamında algılanamayacağı, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında bu kavramın açıklandığı, buna göre askeri mahkemelerin bağımsızlığı ve yargılama fonksiyonu içinde yer alan askeri hakimlerin teminatlarının zedelenemeyeceği, askeri hizmetin gereklerinin bu sınırlara dokunulmadığı ölçüde göz önünde bulundurulması gerektiği, bu sınırların aşılması halinde ise askeri hizmetin gereklerinin dikkate alınamayacağı, askeri hakimlerin yardımcı sınıfa dahil muvazzaf subaylar olduğu, üniformayı gereği gibi taşıma, selamlama, birlik iç disiplinine uyma gibi yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetin gereklerini yerine getirmekle yükümlü oldukları, bununla birlikte, askeri hizmetin gereklerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerinin önüne geçmediği ve bunları zedelediği ölçüde göz önünde

bulundurulması gerektiği, Anayasanın 145. maddesiyle ilgili Milli Güvenlik Konseyinin değişiklik gerekçesinin de bu durumu teyit ettiği, yargının bağımsız olmasının ancak bağımsız mahkemeler ve teminatlı hakimler eliyle sağlanabileceği, hakim teminatına sınırlamalar getirilmesi durumunda mahkemelerin bağımsızlığından söz edilemeyeceği, mahkemelerin bağımsız olması kadar bağımsız ve teminatlı görünmesinin de önemli olduğu, subay sicilindeki değerlendirme kriterlerinin içerik olarak askeri hakimlerin de diğer subaylar gibi hiyerarşiye bağımlı olacak şekilde değerlendirildiği, askeri hakimlerin yargısal faaliyetleri yerine getirirken yükselmelerine esas teşkil edecek olan subay sicilini düzenleyen üstlerin etkisi altında kalması olasılığının varlığının dahi hakimlik teminatı ile bağdaşmayacağı, askeri hakimlere subay sicili verilmemesi nedeniyle askeri disiplinin zafiyete uğramasının da söz konusu olmaması nedeniyle kuralların Anayasa'nın 2., 9., 36., 138., 139. ve 145. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 1611 sayılı Yasa ile değiştirilen 12. maddesinin (B) bendinin ilk paragrafında, sicil düzenlenecek askeri hakim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri, subay sicil belgesini düzenlemeye ve sicil vermeye yetkili idari sicil üstleri arasında sayılmıştır. Öte yandan, aynı bendin (1) numaralı alt bendine göre kıdemli hâkimler, birlikte çalıştıkları hâkimlere sicil belgesi verme konusunda yetkili kılınmışlardır.

Anayasa'nın 9. maddesinde yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, 138. maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri, ikinci fıkrasında hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilmiş, 139. maddesinde hakimlik teminatı ile ilgili kurallar getirilmiş ve 145. maddesinin dördüncü fıkrasında ise, *'Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askerî hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askerî hizmetler yönünden askerî hizmetlerin gereklerine göre teşkilâtında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir.'* kuralı yer almıştır.

Anayasa'nın 9., 138. ve 145. maddelerinde öngörülen yargı bağımsızlığının askeri yargı için de geçerli olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Askeri hâkimlere, bağlı oldukları komutanlar veya askeri kurum amirleri ile kıdemli hâkimler tarafından subay sicili verilmesi işlemleri hâkim bağımsızlığı ilkesi ile doğrudan ilgilidir.

Askeri hâkimlere verilmekte olan subay sicili ile mesleki sicil belgesi, bu kişilerin mesleki yükselmelerinde temel alınmakta olup, meslekte yükselmeleri bakımından önemli bir yere sahiptir. Genel olarak hâkim bağımsızlığı kavramı ile aynı anlamda kullanılan yargı bağımsızlığı, hâkimlerin kararlarını verirken özgür olmaları, hiçbir baskı ve etki altında bulunmamaları, baskı yapılması kadar baskı yapılabilmek ihtimalinin de bulunmaması, hâkimin kimseden emir almaması, hukuka ve vicdanına göre karar vermesi biçiminde tanımlanmaktadır. Hâkimlerin ve mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının kuşkuya yer vermeyecek biçimde sağlanması yukarıda anılan anayasal kuralların gereğidir.

Anayasa'nın 145. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, askeri hâkimlerin özlük işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askeri hizmetin gereklerine uygun olarak düzenlenmesi zorunluluğu açıktır. Bununla birlikte, askeri mahkemelerin askeri bir düzen içerisinde yer almaları ve görev alanlarının askeri konulara özgülenmesi olgusu hâkim bağımsızlığı ilkesinin göz ardı edilmesinin nedeni olamaz. Askerlik hizmetinin gerekleri, mahkemelerin bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi ve dayanağı olan hâkimlik teminatına dokunmadığı sürece geçerli olabilir. Başka bir deyimle askeri mahkemelerin anayasal yapısı karşısında askerlik hizmetlerinin gerekleri nedenine dayanılarak askeri mahkemelerde görev yapan hâkimlerin bağımsızlığının ve teminatının zedelenmesine yol açılması savunulamaz. Askeri hizmetin gerekleri hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını koruyacak güvenlik alanının sınırına dayandığı anda askerlik hizmetlerinin gereklerinin işletilmemesi gerekir.

Askeri Hâkimler Kanunu gereğince, askeri hâkim ve yardımcıları tarafından verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurulması durumunda Askeri Yargıtay Daireleri ve Daireler Kurulunca dosyaların incelenmesi sonucunda mesleki sicil notu verilmektedir. Bu yolla askeri hâkimlerin mesleki yeterlilikleri denetlenmekte iken, ayrıca sıralı idari sicil üstleri ve kıdemli askeri hâkimler tarafından askeri hâkimlere idari sicil düzenlenmesi, askeri mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda güvensizlik ve şüphe uyandırabilir. Yargılama aşamasında böyle bir güvensizliğin ve şüphenin ortaya çıkma olasılığı, subay sicili uygulamasını mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırı kılmaktadır. Bu nedenle nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amirleri ile kıdemli askeri hâkimlerin askeri hâkimlere subay sicili belgesi vermesi, askeri mahkemelerin bağımsızlığına ve hâkimlik teminatına aykırılık oluşturmaktadır.

Buna göre iptali istenilen kuralların, hâkim bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılması olanaksız olduğundan Anayasa'nın 9., 138., 139. ve 145. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. ve 36. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, 357 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin (B) bendinin ilk paragrafında yer alan " Sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri; " bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğu görüşüne katılmamıştır.

VII- SONUÇ

26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 17.7.1972 günlü, 1611 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin (B) bendinin;

1- İlk paragrafının " Sicili düzenlenecek askerî hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askerî mahkeme kurulan komutan veya askerî kurum amiri; " bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşılığını ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (1) numaralı alt bendinde yer alan "Kıdemli hâkimler, birlikte çalıştıkları hâkimlerin; " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

8.10.2009 gününde karar verildi.

Esas Sayısı : 2006/105
Karar Sayısı : 2009/142

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN

Üye	Üye	Üye
Mustafa YILDIRIM	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY YAZISI

357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 17.7.1972 günlü, 1611 sayılı Yasa ile değiştirilen 12. maddesinin (B) bendinin ilk paragrafının ' ' Sicili düzenlenecek askeri hakim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri; " bölümünün hakim bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptaline aşağıda açıklanan nedenlerle katılmamaktayım.

Askeri Yargı, Anayasanın 145. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrası askeri hakimlerin bağımsızlığı ve güvencesi konusuna ilişkin olup, bu fıkra şöyle denilmiştir:

'Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.'

Anayasanın 9. ve 138. maddelerindeki düzenlemeler gereğince adli ve idari yargı için öngörülen yargı bağımsızlığının askeri yargı için de geçerli olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Anayasanın 145. maddesinin yukarıda belirtilen dördüncü fıkrasına göre mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatının askeri hizmetin gereklerine uygun olarak düzenleneceği, ancak askerlik hizmetinin gereklerinin, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatını ortadan kaldıramayacağı da açıktır.

Askerlik hizmetinin gerekleri, hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı gibi konular Anayasa Mahkemesince daha önce de ayrıntılı olarak incelenmiş, Mahkemenin 11.12.1990 günlü, **E.1989/17, K.1990/33** sayılı kararında şu hususlar vurgulanmıştır:

'Silahlı Kuvvetlerde görevli subaylar, iki esas sınıfa ayrılmışlardır. Bunlardan biri muharip sınıf subaylar, diğeri de yardımcı sınıf subaylardır. ' Askeri hakimler, ikinci sınıfa dahil subay üniformalı muvazzaf askerlerdir. Bu sıfatlarından ötürü, askerliğin tüm kurallarına ve onu ayakta tutan askeri disipline uymak zorundadırlar. Teminatlı hakim statüsü içinde bulunmaları, onların bu temel kuralın dışında kalmalarını gerektirmez. Çünkü askeri yargı, askerlik hizmetinin gereklerinden kaynaklanan bir kurumdur ve askeri hakim de bunun için vardır. Aksi takdirde, askeri hakim sınıfı anlamını yitirmiş olur. Bir toplumu oluşturan insanlar, koşullar uygun olunca, çabucak ve kolayca bireyleşebilir. Bu nedenle, askeri hakimler, sıfat ve statülerinin gereği olarak, hakimlikle beraber subaylık kimliklerini de özenle korumak ve kollamak durumundadırlar. Gerçekten askeri niteliklerin belirlenip değerlendirilmesinde, salt mesleki sicilleri yeterli olamaz. Bunlarda da karşılıklı astlık ve üstlük ilişkileri içinde oldukları subaylarda aranan tüm niteliklerin bulunması gereklidir. Bu da ancak, kuruluş bağlantısına göre sicil üstleri tarafından askeri niteliklere verilecek notlarla sağlanabilir'.

Anayasa Mahkemesinin kararında ayrıca, askerlik hizmetinin gerekleriyle mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesini koruma yönünden, Anayasa'nın buyruğunu yerine getirme amacıyla yapılan düzenlemenin gerekli olduğu, araçla amaç arasında ölçüsüz bir oran bulunmadığı, dengenin sağlanmasında uygun aracın seçildiği saptamasında bulunulmuş ve 'subay sicil belgesi' ile 'mesleki sicil belgesi' düzenlenmesini öngören dava konusu kuralların Anayasaya aykırı olmadığına hükmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararında güçlü ifadelerle ve veciz bir anlatımla belirtildiği gibi, Anayasaya göre askeri hakimler, üniforma giydirilmiş sivil hakimden ibaret değildirler. Yaptıkları görevin niteliği gereği hem teminatlı ve bağımsız birer hakim, hem de disiplinli ve iyi birer subay olmak mecburiyetindedirler. Askeri hakimlerin meslek içinde yükselmeleri bakımından her iki yönden de değerlendirmeye tabi tutulmalarının zorunluluğu ve bu nedenle mesleki (hukukçu kimliğiyle) alacakları sicillere ilaveten subay sicili de almalarının gerekliliği, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1.Dairesi'nin Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yaptığı başvuruya ilişkin karara muhalif kalan üyelerin karşıoy yazılarında etraflıca anlatılmış olup, oradaki muhalefet gerekçelerine tarafımdan da katılmaktadır.

Askeri hakimlere subay sicili verilmesinin hakim bağımsızlığını ne ölçüde etkilediği konusuna gelince:

Genel olarak yargı bağımsızlığına ve buna bağlı olarak adil yargılanmayı ifsat ederek hukuk devleti ilkesine zarar veren faktörler,

- Başta yürütme organı olmak üzere, siyasetçilerin yargı üzerindeki etkileri,
- Tarikat, cemaat, çıkar grupları gibi odakların yargı üzerindeki etkileri,
- Açık veya dolaylı menfaat vaadi veya tehditler,
- Yazılı ve görsel medyanın eleştiri sınırlarını aşan, hakaret, tavsiye veya telkin niteliğindeki yayınlarının etkileri

şeklinde özetlenebilir.

Anayasal, yasal ve idari önlemlerle ve etik kurallarla önlenmesi gereken adaleti ifsat edici, hukuk devletini yozlaştırıcı ve çoğu da esasen suç teşkil eden bu tür eylem ve girişimlere maruz kalma yönünden askeri yargının sivil yargıya oranla daha az korunaklı olduğu söylenemez. Aksine, askeri yargı, mahiyeti icabı, yargı bağımsızlığına yönelik bu gibi etki ve tehditlere daha kapalıdır.

Nezinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amirinin vereceği subay sicilinin askeri hakim üzerinde bir baskı unsuru ve dolayısıyla yargı bağımsızlığına aykırı bir durum yaratabileceği savı her ne kadar ciddi görülebilir ise de:

- Sicil bozma tehdidi ile yargı görevi yapan hakimi etkilemeye çalışmanın Türk Ceza Kanunu'nun 277. maddesinde yer alan 'yargı görevi yapanı etkileme' suçunu oluşturacağı,

- Kendileri de Anayasaya ve yasalara uygun şekilde görev yapmak zorunda bulunan komutan veya kurum amirlerinin doğal olarak suç işlemekten kaçınacakları; aksi kanıtlanmadıkça kişilerin suçlu sayılamayacağına ilişkin olan ve Anayasanın 38. maddesinde güvencesini bulan masumiyet karinesinin suç işlenmesi kadar suç işlemeye teşebbüs veya tasavvur halini de kapsadığı, bu nedenle masumiyet karinesi gereği komutanların ve askeri kurum amirlerinin her an yargı görevi yapanı etkilemeye hazır bir konumda bulundukları varsayımından hareket edilemeyeceği;

- Hakime olumsuz subay sicili verilmesinin ilgili hakimın subaylık niteliklerinden değil, verdiği yargısal kararların komutan veya askeri kurum amirince beğenilmemesinden kaynaklandığının saptanması veya diğer her hangi bir hukuka aykırılık içermesi halinde esasen Anayasanın 157. maddesinde yer alan askeri idari yargı denetiminin devreye gireceği, sicillerin iptal edilebileceği açıktır.

Bu hususlar gözetildiğinde, askeri hakimlere subay sicili verilmesine ilişkin düzenlemenin iptalini ve Anayasanın 145. maddesinde kurulmuş olup Anayasa Mahkemesinin 1990 tarihli kararında isabetle açıklanan dengenin bu kere 'askerlik hizmetinin gerekleri' aleyhine bozulmasını haklı kılacak bir neden bulunmamaktadır. Anayasanın 9., 138., 139. ve 145. maddelerine aykırı olmayan kuralın iptali isteminin reddi gerekir.

Esas Sayısı : 2006/105
Karar Sayısı : 2009/142

Yukarıdaki nedenlerle kuralın iptaline ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT