

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2005/159

Karar Sayısı : 2009/62

Karar Günü : 7.5.2009

R.G. Tarih-Sayı :07.10.2009-27369

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1- 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan " bir subay " ibaresinin,

2- 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun;

a- 12. maddesinin birinci fıkrasının 24.5.1989 günlü, 3562 sayılı Yasa ile değiştirilen (A) bendinin " subay (asteğmen-albay) sicil belgesi' üç " bölümünün ve

b- 16. maddesinin birinci fıkrasının " Silahlı Kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak " bölümünün,

Anayasa'nın 9., 10., 37., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Verilen hizmet emirlerine aykırı olarak birlik içerisinde cep telefonu bulundurulmak suretiyle emre itaatsizlikte ısrar etme suçunun işlendiği ileri sürülerek açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi iptali için başvurmuştur.

III - YASA METİNLERİ

A - İtiraz Konusu Yasa Kuralları

İtiraz konusu bölümleri da içeren yasa kuralları şöyledir:

1- 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrası:

'Askerî mahkemeler iki askerî hâkim ve **bir subay** üyeden kurulur. Ancak Genelkurmay Başkanlığı nezdindeki askeri mahkeme, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askerî hâkim ile iki general veya amiralden kurulur.'

2- 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun ilgili bölümleri:

'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.'

'Madde 16 ' Askeri hakimler ve askeri savcılar ile yardımcılarının adli müşavirlerin, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı ile Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanlığı kadrolarında ve askeri yargı ile ilgili idari görevlerde bulunan askeri hakimlerin atanmaları bu kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla **Silahlı Kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak** Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın müşterek kararnamesi ile Cumhurbaşkanın onayına sunulur ve Resmi Gazete ile yayınlanır.'

B - Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 9., 10., 37., 138. ve 140. maddelerine dayanılmış ve 145. maddesi ile ilgili görülmüştür.

IV - İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılmalarıyla 28.12.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 294 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 Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine 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.

Başvuran Mahkeme;

1- 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan " bir subay " ibaresinin,

2- 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun;

a- 12. maddesinin birinci fıkrasının 24.5.1989 günlü, 3562 sayılı Yasa ile değiştirilen (A) bendinin " subay (asteğmen ' albay) sicil belgesi ' üç " bölümünün ve

b- 16. maddesinin birinci fıkrasının " Silahlı Kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak " bölümünün iptalini istemektedir.

Genelkurmay Askeri Mahkemesinde bakılmakta olan davada, verilen hizmet emirlerine aykırı olarak birlik içerisinde cep telefonu bulundurulmak suretiyle emre itaatsizlikte ısrar etme suçunun işlendiği ileri sürülerek sanığın ilgili yasa kurallarına göre cezalandırılması istenmiştir.

Askeri Mahkeme'nin önündeki davada herhangi bir askeri hâkime sicil belgesi verilmesinin söz konusu olmaması nedeniyle 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan subay sicil belgesi ile ilgili kural uygulanacak yasa kuralı değildir. Aynı şekilde davada, herhangi bir askeri hâkimin atanması söz konusu olmadığından 357 sayılı Yasa'nın 16. maddesinde iptali istenen bölümün de davada uygulanması söz konusu değildir.

Bu nedenle 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun;

- 12. maddesinin birinci fıkrasının 24.5.1989 günlü, 3562 sayılı Yasa ile değiştirilen (A) bendinin " subay (asteğmen ' albay) sicil belgesi ' üç " bölümüne ve

- 16. maddesinin birinci fıkrasının " Silahlı Kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak " bölümüne ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

oybirliğiyle,

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan " bir subay " ibaresinin ise ESASININ İNCELENMESİNE Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşı oyları ve oyçokluğuyla,

karar verilmiştir.

V - ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, askeri mahkemelerdeki üyelik görevlerine teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya kurum amiri tarafından bir yıllık süre için görevlendirilen subay üyelerin hukukçu olmadıkları, hakimlik bakımından herhangi bir yasal güvencelerinin bulunmadığı, 926 sayılı Askeri Personel Kanunu'na tabi oldukları, asıl görevlerinin mahkeme üyeliği olmadığı, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutanlık tarafından görevlendirildikleri, bu işi esas kadro görevleriyle birlikte yürüttükleri, yasada seçilecek üyelerin sayısı ve hangi rütbede kaç adet seçilecekleri düzenlemediğinden adli amirin subay üyeyi seçme konusunda mutlak bir yetkisinin bulunduğu, nitelikleri tutan bir subayı dilediği davada subay üye olarak belirleyebildiği, atanma ve sicil bakımından doğrudan idareye bağlı oldukları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki askeri üyeler hakkında verdiği kararlar da göz önünde bulundurulduğunda itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 9., 10., 37., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde askerî mahkemelerin iki askerî hâkim ve bir subay üyeden kurulacağı, ancak Genelkurmay Başkanlığı nezdindeki askerî mahkemenin general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askerî hâkim ile iki general veya amiralden kurulacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 9. maddesinde yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, 138. maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, 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, 140. maddesinin ikinci fıkrasında ise 'Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.' kuralı yer almıştır.

Genel olarak hakim bağımsızlığı kavramı ile aynı anlamda kullanılan yargı bağımsızlığı, hâkimlerin kararlarını verirken özgür olmaları, hiçbir dış baskı ve etki altında bulunmamaları, baskı yapılması kadar baskı yapılabilme ihtimalinin de bulunmaması, hâkimin kimseden emir almaması, hukuka ve vicdanına göre karar vermesi biçiminde tanımlanmaktadır.

Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddelerindeki düzenlemeler gereğince adli ve idari yargı için öngörülen yargı bağımsızlığının askerî yargı için de geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

1961 Anayasa'sının 138. maddesinin dördüncü fıkrasıyla, askerî mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması zorunlu tutulmuştur. 1982 Anayasa'sının 145. maddesinde ise askerî yargının askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği belirtilerek, askerî hâkimlerden söz edildiği halde, askerî mahkemelerde hâkimlik niteliğine sahip olanlar dışında askerî mahkeme üyelerinden söz edilmemiştir. Askerî hâkimlerle ilgili 1961 ve 1982 anayasaları arasındaki bu farklılık, askerî mahkemelerde hâkimlik niteliğine sahip olanlar dışında üye bulunamayacağını göstermektedir.

Askerî mahkemelerde görevli hâkim üyeler Milli Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından üçlü kararname ile atanırken, 353 sayılı Yasa kurallarına göre subay üyeler, askerî mahkemelerin kurulu olduğu komutanlıklardaki en üst komutan veya askerî kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında o mahkemenin yetkisine giren birlik ve kurum mensupları arasından bir yıl süre ile değiştirilmemek üzere seçilerek görevlendirilmekte, bunların görevlerini yapmalarına sürekli engeller çıktığında ise yerlerine başkaları seçilebilmektedir. Bu üyeler yargılama sürecinde hakim üyelerin sahip oldukları yetkiye sahiptirler.

Öte yandan, askerî mahkemelerde görevlendirilen subay üyeler askerî hâkim olmadıkları ve bu görevi asıl görevlerine ek olarak yerine getirdikleri için, bunlara mesleki sicil verilmemekte, yükselmeleri genel kurallara göre yapılmakta ve sicilleri askerî hiyerarşi içerisinde kendi üstleri tarafından düzenlenmektedir.

Askerî mahkemelerde bulunan subay üyelerin hiyerarşik düzene bağlı olan görevlendirilme süreci, sicillerinin düzenlenmesi, disiplin cezası verilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda; askerî mahkemelerde görev yaptıkları süre içerisinde de hiyerarşik ilişkinin devam ettiği, bu durumda, hâkim olarak sahip olmaları gereken bağımsızlıklarının meslekten hakim olmadıkça sağlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Buna göre, iptali istenilen kuralın hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılması olanaksız olduğundan Anayasa'nın 9., 138., 140. ve 145. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 37. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşlere katılmamışlardır.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, 'Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez' denilmekte, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

353 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan " bir subay " ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğan hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, iptal kararının, Resmî Gazete'de yayınlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

A- 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan " bir subay " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- İptal edilen ibarenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.5.2009 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Anayasa'nın 152. maddesinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne götürebileceği hüküm altına alınmakta; 2949 sayılı Kanun'un 28. maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır.

Gerek Anayasa'da, gerek 2949 sayılı Kanun'da işaret edilen hükümde geçen '**uygulanacak yasa kuralı**'nın nasıl anlaşılacağı konusunda Anayasa Mahkemesi'nce şu somut saptamalarda bulunulduğu ve halen uygulamanın bu doğrultuda olduğu bilinmektedir:

- 'Uygulanacak yasa kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kurallardır.'

- 'Bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralı ise davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların

çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.'

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'de görülmekte olan dava, emre iteatsizlikte ısrar etmek suçundan dolayı bir erin yargılanmasına ilişkindir. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilen kural, 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun, 'Mahkeme Kuruluşu' başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasındaki 'Askeri Mahkemeler iki askeri hakim ve bir subay üyeden kurulur.' şeklindeki ilk cümledeki **'bir subay'** ibaresidir. İtiraz başvurusunda, **dava mahkemesinin kuruluşuna ve yargılama usulüne ilişkin kanun hükümlerinin de** 'davada uygulanacak kanun' kavramının kapsamına girdiği ileri sürülmüş; sayın çoğunlukça da bu görüşe katılarak işin esasına geçilip, kuralın iptali yoluna gidilmiştir. Oysa itiraz mahkemesinin önünde bulunan bakılmakta olan dava, sanık konumundaki er hakkında Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin ihlali iddiasıyla açılmış olan bir ceza davasıdır ve bu davada uygulanacak kural da anılan yasa hükmünden ibarettir. Bir askeri mahkemenin ne şekilde teşkil edileceğine ilişkin kuralın 'uygulanacak yasa kuralı' olmadığı çok açıktır. Yorum yoluyla Anayasa'nın öngörmediği bir sonuca yol açılması doğru olmadığı gibi, bu yorum biçiminin doğal yansıması olarak ülkedeki tüm yargı kuruluşlarının da kendi teşkilat ve usul kanunlarındaki hemen tüm hükümleri bu yolla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirmeleri mümkün olabilecektir. Oysa, böylesi bir dava hakkı Anayasa'nın 152. maddesinde bulunmadığı gibi, 1961 Anayasası'nın 149. maddesinde dahi mevcut değildi. Önceki Anayasa'da bile **'kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda'** sadece Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve üniversitelere iptal davası açabilmeleri hakkı tanınmış; 1961 Anayasası'nın 151. maddesi ile itiraz yoluna ilişkin düzenleme de şimdiki Anayasamızın 152. maddesine paralel hükümler öngörmüştür. Diğer bir deyişle, ne 1961 Anayasasında ne de 1982 Anayasasında 'itiraz yoluyla' yargı yerlerince **kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda, mahkemenin kuruluşuna ve yargılama usulüne ilişkin kanun hükümlerinin** Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilmelerine imkan tanınmamıştır.

Anayasa Mahkemesi de 6.2.2002 tarih ve E.2002/102, K.2002/53 sayılı kararında; Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun Kuruluş ve Yapısına İlişkin 3984 sayılı Kanun'un İlgili kuralının (md.6) Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nca yapılan itiraz başvurusunu "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyelerinin nitelikleri ile seçimlerine ilişkin bu kuralın Danıştay'da bakılmakta olan davada, uygulanacak kural kabul edilebilmesi için bu hususlarla ilgili bir uyuşmazlığın bulunması ve sözkonusu kuralın da uyuşmazlığın sona erdirilmesine olumlu ya da olumsuz katkı sağlayacak nitelikte olması gerekir. Danıştay'da görülmekte olan davada, Üst kurulun oluşumu ve üyelerinin nitelikleriyle ilgili bir uyuşmazlığa yer verilmemiş olması karşısında, dava konusu kuralların yer aldığı Yönetmeliğin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nca hazırlanmış olmasının, Üst Kurul'un oluşumuna ilişkin kuralı uygulanacak kural haline getiremeyeceği açıktır. Bu durumda, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun oluşumuna ilişkin itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmadığından, başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir" gerekçesiyle reddetmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi 28.7.2005 tarih ve E.2005/82, K.2005/45 sayılı kararında; 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun ilgili kurallarının (Md. 11, 12, 16) Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Güney Deniz Saha Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nce yapılan itiraz başvurusunu "357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun itiraz konusu 11. maddesinde askeri hakim ve savcıların yardımcılık statüsünden askeri hakimliğe geçirilmeleri, 12. maddesinde sicil belgeleri ve sicil üstleri, 16. maddesinde de yer değiştirme esasları düzenlenmiştir. Başvuran Mahkeme'de görülmekte olan davanın konusu ise bir uzman jandarma çavuşun

mükerrer firar eylemi nedeniyle cezalandırılması istemidir. Bu durumda itiraz konusu yasa kuralları, açılmış olan ceza davasında uygulanacak kurallar değildir. Görülmekte olan davada, hakimlerin atanmaları ve sicil verilmesi gibi kuralların bu davanın olumlu ya da olumsuz yönde sonuçlanmasında etkili olduğundan söz edilemez. Bu nedenlerle, itiraz başvurusunun itiraz yoluna başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir" gerekçesiyle reddetmiştir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, itiraz başvurusunun yetkisizlik nedeniyle reddi gerektiğini değerlendirdiğimizden, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

2- Askeri Yargı ilk kez 1961 Anayasası ile bir Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. 1961 Anayasası'nın 138. maddesi 'Askeri Yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür' hükmünü getirmiş ve 4. fıkra da 'Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olmak şarttır.' düzenlemesini getirmişti. 1982 Anayasası'nın 145. maddesinin birinci fıkrası 1961 Anayasası'nın 138. maddesinin birinci fıkrasına tamamen paralel olarak düzenlenmiş, dördüncü fıkra ise 'Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi'mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, **askerlik hizmetinin gereklerine göre** kanunla düzenlenir" hükmünü öngörmüştür. Madde metninden de açıkça görüleceği üzere, 145. madde metninde önceki Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan 'Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır.' fıkrası yer almamıştır.

Askeri yargı ve yüksek askeri yargı organlarını düzenleyen Anayasa'nın 145., 156. ve 157. maddelerinde 'ortak' bir unsur olarak yer alan '**askerlik hizmetinin gerekleri**' kavramının nitelik ve etki alanı Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, adli ve idari yargı yanında Anayasa'da ayrıca bir askeri yargı sisteminin kabulünü gerekli kılan 'askerlik hizmetinin gerekleri', askerliğe ilişkin yerleşmiş gelenek ve göreneklerle kurulmuş olan ve özü 'disiplin'e dayanan bir düzenin sürdürülmesi için gerekli görülen bir ilkedir. Anılan Anayasal kurallarda öngörülen 'mahkemelerin bağımsızlığı', 'hakimlik teminatı' ve 'askerlik hizmetinin gerekleri' ilkelerinin yaşama geçirilmesi, bunların bir arada ve birbirleriyle uzlaştırılması suretiyle yapılacak bir düzenlemeyle mümkün olabilir. Böyle bir uzlaşma ve bağdaştırmanın olanaksız bulunması durumunda ise 'askerlik hizmetinin gerekleri' esasının, 'mahkemelerin bağımsızlığı' ve 'hâkimlik teminatı' ilkelerinin elverdiği ölçüler içinde dikkate alınması zorunlu olacaktır. Diğer bir deyişle, 'askerlik hizmetinin gerekleri' ancak askeri yargının bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi, dayanağı olan hâkimlik teminatına dokunmadığı sürece ve o oranda söz konusu olabilir.

Askeri yargı bir Anayasal sistem olarak öngörüldüğünden, kendine özgü bir hiyerarşi ve disiplin esasına göre yürütülmekte olan özellikli bir kamu hizmeti mahiyetindeki 'askerlik hizmeti'nin bünyesinden kaynaklanan bir takım kural ve esaslarını da bu yargı düzenini etkilemesi, genel yargıya nazaran bazı farklı usul ve düzenlemelerin yapılması gerekli ve zorunlu bulunmaktadır. Bu yapılırken de gözetilecek unsurlar, yukarıda açıklanan Anayasal kriterlerin dikkate alınması suretiyle yapılacak bir uzlaşmadan ibarettir. Askeri Mahkemelerde bir subay üye bulunmasının öngörülmesi, tamamen askerlik hizmetinin gereklerinden kaynaklanmaktadır. Mukayeseli hukukta yapılacak bir inceleme de, esasında neredeyse evrensel olan bu ilkenin askeri yargıyı benimsemiş hemen tüm ülkelerde (Yunanistan hariç) azınlıkta ya da çoğunlukta olmak üzere hukukçu olmayan subay üye sisteminin benimsendiğini, askerlik hizmetinin gereklerinin bunda tamamen etken olduğunu ortaya koymaktadır. Anayasa'nın 145. maddesi, yargıyla ilgili düzenlemeler olan 9., 138. ve 140. maddelere göre 'özel' bir düzenleme olup, bu mahiyeti itibarıyla 145. maddenin ve bu maddede belirtilen 'askerlik hizmetinin gerekleri'nin sayılan maddelere nazaran öncelikle dikkate alınması gerekli

bulunmaktadır. Yeter ki bu ilke 'Mahkemelerin bağımsızlığı' ve 'hâkimlik teminatı' ilkeleriyle uyum içerisinde ele alınarak somutlaştırılsın.

Salt 145. maddede 1961 Anayasası'nın 138. maddesinde yer alan 'Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması gerekir.' şeklindeki bir fıkranın yer almamış bulunması, Anayasakoyucunun yeni sistemde Askeri Mahkemelerde hiç subay üye bulunmasını istemediği şeklinde yorumlanamaz. Bilakis, 'askerlik hizmetinin gerekleri' kriteri ile bu konuda yasa koyucuya bir takdir hakkı tanınmış bulunmaktadır. İtiraz konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının zedeleyici bir mahiyetinin olduğu da kabul edilemez. Çünkü, askeri mahkemelerin görev alanına dahil olan suçlar asker kişilerin çoğu askeri nitelikli olan suçlarıdır ve bilfiil bu bünyede görev yapmakta olan subayların, yargılamayı yapacak olan askeri hâkimlere suç, suç ortamı ve askerlik hizmetinin özellikli yanları konusunda büyük katkıları olacağı izahtan varestedir. Bu üyenin görev süresi boyunca kıt'a veya kurumdaki görevinin de devam ediyor olması, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutanın bir şekilde sicil üstü olması gibi durumların da doğrudan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını zedeleyici mahiyetinden söz edilemez.

3- Askeri mahkemelerde bir subay üye bulunmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki 'adil yargılama hakkı' ilkesine aykırı olduğu, bu yapıları itibariyle askeri mahkemelerin 'bağımsız ve tarafsız mahkeme' olarak kabul edilemeyeceği yolunda yapılan bir başvuru üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce ilgilinin bu yöndeki tüm iddiaları reddedilerek, açılan dava redle sonuçlanmıştır. (Hakan ÖNEN- Türkiye Davası, Başvuru No: 32860/96, Strasbourg, 10.2.2004)

4- Anayasa'nın 145. maddesinde 'askeri yargı' kapsamında kabul edilen 'Disiplin Mahkemeleri'nde hiç hukukçu (askeri hâkim) üye bulunmamakta, bunlar 477 sayılı Kanun'a göre yargılanan asker kişinin statüsüne göre ya üç subay ya da iki subay bir astsubaydan teşekkül etmektedir. Anayasa'nın anılan maddesinde Disiplin Mahkemeleri ile ilgili kapsamlı hiçbir düzenleme yer almamakta, yalnız 145. maddenin son fıkrasına göre bu mahkemelerin kuruluşunun mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre Kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmaktadır.

Sayın çoğunluk kararındaki gerekçeye göre yargılamada Disiplin Mahkemelerindeki subay/astsubay üyeler de Askeri Mahkemelerdeki subay üye ile 'aynı' statüde bulunduğu; hiç askeri hâkim üyeye sahip olmayan bu Mahkemelerdeki üyelerin varlığının da Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmek gerekecektir. Oysa Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçe ile bu Mahkemelerin kuruluş ve yapısının Anayasal kurallarla çelişmediğini açıkça ortaya koymuştur:

" Bilindiği gibi askerlik Anayasa'da yeri olan bir kurumdur. Bu kurumu, kendi öneminin ve özelliğinin getirdiği zorunluluklar ve sorunlarla birlikte kabul etmek gerekir. Nitekim aynı zamanda askerlik alanını da ilgilendiren kimi konularda Anayasa, hizmetin gereklerini göz önünde bulundurarak ayrı kurallar koymak yoluna gitmiştir. Askerlik hizmetlerinin yürütülüşünde en büyük etken, ast-üst, maiyet-amir ilişkileridir. Bu ilişkilerin hizmetin gereklerine uygun bir seviyede tutulabilmesi ancak sağlam bir disiplinle başarılabilir. Esasen disiplin; yasalara, nizamla ve âmirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. Bir başka deyişle askerliğin temeli disiplindir. Askerlik hizmetinde disiplinin ölüm-kalım derecesindeki önemi, onu koruyabilmek için askerliğe özgü cezaları ve cezalandırma yollarını gerekli kılar. Disiplini bozan eylemlerin, çevresinde kötü örnek olmaması için, süratle cezalandırılması şarttır. Bu süratin Askeri Mahkemelerin olağan yargılama usulü içinde sağlanmasına olanak yoktur. Onun içindir ki Anayasa (md.138) askeri yargının kullanılmasını

tüm olarak Askeri Mahkemelere bırakmamış ve bunların yanında ayrıca Disiplin Mahkemelerini öngörmüştür. Askeri yargıyı yürütmek üzere Askeri Mahkemeler var iken, Anayasa'nın bir de disiplin Mahkemelerini öngörmesi bu iki çeşit mahkeme arasında bir takım keskin ayrımların varlığını tabii ve zorunlu kılar. Her iki mahkemenin kuruluş ve işleyişçe birbirinin aynı olmasını düşünmek bir bakıma iki ayrı yargı organını bire indirmek, birleştirmek demektir. Bu da Anayasakoyucunun ereğine ve açık yönergesine aykırı düşer. Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında Askeri Mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olmasının şart koşulmasına karşılık, **Disiplin Mahkemeleri üyeleri için herhangi bir Anayasal kural getirilmemiştir. Bu, şu demektir ki Disiplin Mahkemesi üyelerinin tümü, çoğunluğu yahut yalnız biri hâkim niteliğine sahip olmayabilir veya hiç biri hakim niteliğine sahip olmayabilir ve her dört halde de Anayasa ile bir çelişmeyi düşülmüş olmaz"** (Any.Mah.nin 4.6.1970 tarih ve E.1970/6, K.1970/29 sayılı Kararı; AMKD, Sayı: 8, s.288-313; RG.31.5.1971, Sayı:13851)

Kararın gerekçesinden de açıkça görüleceği üzere, bir mahkemenin (davacı somutunda askeri mahkemenin) üyeleri konusunda herhangi bir Anayasal kural getirilmemesi, bu konuda yasa koyucunun yetkili kılındığı anlamına gelmektedir ve bu durum Anayasa'nın yargıyla ilgili diğer düzenlemeleri esas alınarak bir yorum yapılmasına ve Anayasakoyucunun öngörmediği sonuçlara varılmasına engeldir. Anayasa'nın 145. maddesinde önceki (1961) Anayasa metnine benzer bir düzenleme olmayışı, Anayasa koyucunun askeri mahkemelerin tüm üyelerinin hukukçulardan (askeri hâkimlerden) oluşmasını öngördüğü biçiminde yorumlanamaz. İşaret edilen Anayasa Mahkemesi kararı da bu düşünceye açıkça yer vermektedir.

5- Açıklanan nedenlerle; itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından istemin reddine karar verilmesi gerekirken; kuralın iptali yolundaki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

Başkanvekili

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞI OY

Serdar ÖZGÜLDÜR'ün 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan 'bir subay' ibaresine ilişkin davada uygulanacak kural olmadığı yönündeki karşı oy gerekçesinin 1 nolu bölümüne iştirak edilmiştir.

Üye

Üye

Sacit ADALI

Serruh KALELİ