

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/25
Karar Sayısı : 2014/119
Karar Tarihi : 3.7.2014
R.G. Tarih-Sayı : 18.4.2015-29330

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Askeri Yargıtay 1. Dairesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 25.5.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "*asker şahıslar yönünden*" Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında verilen mahkûmiyet kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun incelenmesi sırasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 95. maddesi şöyledir:

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

1. Hakkı ve görevi olmadığı halde askeri muamelat, teşkilat, hareket, 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, hareket, 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."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRÇÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 27.2.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Hasan Mutlu ALTUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, kuralın konusunu oluşturan fiillerin ifade özgürlüğü kapsamında olduğu, bu fiillerin suç tanımı içerisinde kabul edilmesiyle ifade özgürlüğünün ölçsüz bir şekilde sınırlandığı, kuralda belirlenen hapis cezasının da fiille orantılı olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla kişilerin görevleri ve sıfatları gereği öğrendikleri askeri muamelat, teşkilat, harekât, tesisat veya tertibata ilişkin konularda yetkileri bulunmadığı hâlde beyanat vermeleri, yazı yazmaları veya açıklamada bulunmaları suç olarak tanımlanmakta ve bu kişiler hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç yıla kadar hapis cezası yaptırımının uygulanacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin

sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen yaptırımın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.

Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinde ise herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu, ancak bu hürriyetlerin kullanılmasının, 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 usulünce 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 sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir.

Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Silahlı kuvvetler yurt savunması gibi önemli bir görevi ifayla yükümlüdür. Kuralın gerekçesinde de vurgulandığı üzere, böyle bir görev karşısında, silahlı kuvvetlerin günlük siyasal ve toplumsal tartışmalardan uzak tutulması gerektiği açıktır. Bu hassas alandaki bazı iş ve işlemlere ilişkin bilgilerin yetkisiz kişilerce açıklanması durumunda, diğer birçok kurumda gerçekleşmesi beklenmeyen ağır sorunların ortaya çıkması ihtimali bulunmaktadır. Bu sorunlar, Anayasa'da düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne sınırlama getirilebilecek bir istisna olarak öngörülen "*milli güvenlik*"le doğrudan ilgilidir. Zira, bazı askeri bilgilerin yetkisiz kişilerce açıklanması, yurt savunmasını ve dolayısıyla ülkenin milli güvenliğini bozacak sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle askeri alana ilişkin bilgilerin yetkisiz kişilerce açıklanmasını önleyici yasaklamaların ve yaptırımların varlığı olağan bir durumdur. Dolayısıyla, kanun koyucunun izlediği ceza siyasetine göre sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak, itiraz konusu kuralla birtakım askeri faaliyetlere ilişkin bilgilere muttali olan yetkisiz kişilerin bu bilgileri açıklamalarını milli güvenlik açısından sakıncalı görüp suç sayması ve kuralda öngörülen şekilde ceza yaptırımına tabi tutması Anayasa'nın 26. maddesinde öngörülen meşru bir sınırlama niteliğinde olduğu gibi kuralda ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan kuralla, bazı askeri faaliyetlerle ilgili olarak yetkisiz kişilerce açıklama yapılması durumunda altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmektedir. Bu bağlamda askerlik hizmetinin milli güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç

olarak kabul edilmelerini ve yaptırıma bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Bu itibarla kanun koyucu, milli güvenliğin sağlanmasındaki etkisini ve doğuracağı tehlikeyi de dikkate alarak, yetkisiz kişilerce bazı askeri bilgilerin açıklanması eyleminin üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını kabul etmiş olup yargılamayı yapan mahkeme, olayın özelliği ve eylemin niteliğiyle orantılı olarak takdir yetkisini kullanacak ve verilecek cezayı belirleyecektir. Dolayısıyla, kanun koyucunun, kuralla korunmak istenen hukuki yararı, suçun niteliğini ve meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak takdir yetkisi çerçevesinde belirlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 25.5.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "*asker şahıslar yönünden*" Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 3.7.2014 tarihinde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Haşim KILIÇ	Serruh KALELİ	Alparslan ALTAN
Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye	Üye	Üye
Recep KÖMÜRCÜ	Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM

Üye Üye Üye
Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI

Üye Üye Üye
Erdal TERCAN Muammer TOPAL Zühtü ARSLAN

Üye Üye
M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞI GÖRÜŞ

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 1590 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının 'asker şahıslar' yönünden, Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir. İptali istenen hüküm şu şekildedir:

"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 hapsolünür".

Mahkememiz çoğunluğu hükmü, milli güvenlikle ilişkili görerek Anayasa m. 26, II' de belirtilen sınırlama nedenlerine uygun olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

İtiraz konusu kuralla, asker ya da sivil kişi ayrımı yapılmaksızın herhangi bir kimsenin, görevi veya sıfatı gereği öğrendiği askeri bilgiyi, yetkisi olmadığı halde açıklaması cezalandırılmaktadır. Açıklanması yasaklanan askeri bilgilerin kapsamı, "askeri muamelat, teşkilat, hareket, tesisat veya tertibata müteallik işler" olarak belirtilmiştir. Yasaklanan açıklamaların, yazılı, sözlü yahut farklı şekilde olması da aranmamıştır.

Hüküm, bazı askeri bilgilerin açıklanmasını suç olarak düzenlediğinden, öncelikle Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*"ne ilişkin 26. maddesi şöyledir: "*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 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 usulünce 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.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

Anayasa'nın 26. ve AİHS'nin 10. maddeleri gereğince, herkes kural olarak ifade özgürlüğüne sahiptir^[1]. Bu özgürlük yine Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen hükümlere uygun olarak sınırlandırılabilir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi gereğince "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Dolayısıyla ifade özgürlüğüne ilişkin getirilecek sınırlamalar burada belirtilen gereklere de uygun olmalıdır.

Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §40).

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, barışçıl olmak koşuluyla her türlü düşüncenin serbestçe ifade edilmesine bağlıdır. Bireyler, düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ve tartışabildikleri bir ortamda kişiliklerini gerçekleştirebilirler. İfade özgürlüğü, insanların kendilerini ve başkalarını tanımlamada,

anlamada ve başkalarıyla ilişkilerini belirlemede ihtiyaç duydukları önemli bir değerdir. (B.No:2013/2602,23/1/2014, §41).

İfade özgürlüğünün sözü edilen toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için, AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "*haber*" ve "*düşüncelerin*" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup, bu özgürlük olmaksızın "*demokratik toplumdan*" bahsedilemez (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B.No: 5493/72, 7/12/1976, §49).

Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §43).

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (Benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43). Bu denge kurulurken Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56). Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 61).

Sözleşme'nin 10. maddesi, ifade özgürlüğünün kullanılmasının bazı formalitelere, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanmasına engel değildir. Bununla birlikte bu kısıtlamalar öyle tehlikeler içerirler ki Mahkeme'nin sıkı bir biçimde incelemesini gerektirirler (Sté Plon, § 42). Madde 10 (2)'de belirtilen bu istisnalar dar olarak yorumlanmalı ve müdahalenin gerekliliği 'inandırıcı' olarak ortaya konulmalıdır (*Zana/Türkiye, (1997) 27 EHRR 667 para. 51*).

AİHM müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmasını, "*zorlayıcı sosyal ihtiyaç*"ın varlığına dayandırmaktadır. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınırlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar

göz önünde bulundurulmalıdır. (Bu konudaki AİHM kararları için bkz. *Axel Springer AG / Almaya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012)

AİHM, içtihatlarının gelişimi sürecinde 'bilgi edinme hakkı' kavramını daha geniş yorumlamaya başlamış ve kamuyu ilgilendiren konuları takip eden ve toplum için hayati önem taşıyan kişi ve oluşumları caydırabileceği gerekçesiyle, bir çok kararında ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir (*Shapovalov/Ukraine*, 45835/05, 31 Temmuz 2012. para. 68).

İtiraz konusu kural, silahlı kuvvetler açısından ifade özgürlüğü konusunda önem arz etmektedir. Bu konuda AİHM kararlarında, ifade özgürlüğünün silahlı kuvvetler için de kural olarak geçerli olduğu, ancak silahlı kuvvetlerin disiplinini zayıflatan, görevini yapmasını engelleyen hallerde sınırlama getirilebileceği kabul edilmektedir. Şu halde silahlı kuvvetler mensupları için de ifade özgürlüğü geçerlidir.

AİHM, *Grigoriades vs. Yunanistan* kararında, "eğitime alınmış yedek subay olan davacı, .. 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 başvurusunun 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" demiştir.

Keza, 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.

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, keyfi olmamalı ve makul ölçüde öngörülebilir olmalıdır.

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" denilmiştir.

Görüldüğü gibi Bakanlar Komitesi de, silahlı kuvvetler için ifade özgürlüğünün bulunduğunu ancak askeri disiplinin bozulmasının söz konusu olduğu hallerde, bu durumun önlenmesi için AİHS m. 10'de düzenlenen bu hakkın sınırlanabileceğini kabul etmektedir.

İtiraz konusu kural ile Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. İfade özgürlüğüne hangi hallerde sınırlama getirilebileceği sözkonusu maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre ifade özgürlüğü, "*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 usulünce 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.*"

Gerçekten, ifade özgürlüğü kapsamında açıklanan görüşler, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, ülkenin bütünlüğü gibi hususlarda önem arz ediyorsa ifade özgürlüğü sınırlanabilir. Ancak, getirilen bu sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, hakkın özüne dokunmamalı, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülük ilkesine uygun olmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, itiraz konusu kuralda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde bir sınırlama yapılabileceğine ilişkin bir açıklık yoktur; tam tersine bu konuda bir sınırlama yapılmadığından, 26. maddede belirtilen hallerin dışında örneğin milli güvenlik, kamu güvenliği, ülke bütünlüğü yahut suçun önlenmesi gibi bir gereklilik olmadan da, ilgililerin ifade özgürlüğünün sınırlanması mümkündür. Esasen, kamu güvenliğini ilgilendiren gizli bilgilerin açıklanması, casusluk gibi haller ayrıca suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. Burada suç olarak düzenlenen hususlar, onların dışındadır. Nitekim, itiraz konusu kuralda "*fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde.*" ifadesi ile bu durum anlatılmak istenmiştir. Şu halde, Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen haller kural olarak başka maddelerle suç olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, itiraz konusu hükümde, askeri bilginin açıklanması, herhangi bir ayırım veya sınırlama yapılmaksızın genel olarak suç kabul edilmiştir. Keza, görevi gereği askeri bilgiyi öğrenen kimsenin, askeri bir görevli mi, genel olarak kamu görevlisi mi olduğu ayrıca belirtilmediği gibi, özel sektörde çalışan bir kimsenin de kapsama dahil olup olmayacağı konusunda tereddüt çıkabilir. Bu açılardan kural, Anayasa'nın 2. maddesi gereğince belirlilik ilkesine uygun değildir.

İtiraz konusu kuralla, askeri bilginin açıklanmasına askeri disiplinin bozulmaması, silahlı kuvvetlerin yanlış bilgilerle yıpratılmaması, görevini yapmasının sağlanması gibi amaçlarla sınırlama getirildiği, o nedenle getirilen sınırlamanın kamu yararı amacı ile ve kanunla yapıldığı, bu açılardan Anayasa m. 13'e uygun olduğu düşünülebilir. Ancak, getirilen sınırlama, demokratik toplumun gerekleri ve ölçülük ilkesi açısından değerlendirildiğinde aynı sonuca varma mümkün görülmemektedir. Zira, öncelikle kuralda asker - sivil ayırımı gözetilmeksizin herkes için bir sınırlama getirilmiştir. Keza, askeri bilgiyi görevi ve sıfatı icabı öğrenen bir kimse bunu açıkladığında bu durum suç sayıldığından, bu konuda da gereksiz amaca uygun olmayan çok geniş bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Buna göre, açıklanan askeri bilginin gizli nitelik taşıması, ülke savunması açısından önem arzemesi gibi, bilginin niteliğine ilişkin olarak hiçbir sınırlama yoktur. Sadece "*askeri muamelat, teşkilat, hareket, tesisat veya tertibata müteallik işler.*" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin kapsamı da son derece geniş yorumlanmaya müsait görünmektedir. Buna göre, bir gazeteci görevi gereği, örneğin herkes tarafından bilinen, askerin G3 piyade tüfeği kullandığını açıklasa, itiraz konusu kuralın lafzına göre suç olduğu kabul edilmek gerekecektir. Keza Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan bir mühendis, görevi gereği bildiği yahut öğrendiği silahlı kuvvetlerde kullanılan x marka kamyonların çabuk arıza yaptığını, iyi olmadığını söylese veya herkes tarafından bilinen Türk Hava Kuvvetlerinde y marka uçakların kullanıldığını, bunların eski teknoloji ürünü uçaklar olduğunu söylese, itiraz konusu kuralla göre suç sayılmalıdır. İfade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir bilgi açıklamasının bu şekilde suç sayılması, hakkın özüne dokunduğu gibi, demokratik toplumun gerekleri açısından böyle bir sınırlama getirilmesi kabul edilemez ve ölçülülük ilkesine de uygun değildir. Yukarıda belirtilen nedenlerle, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 1590 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının 'asker şahıslar' yönünden Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmıyoruz.

Başkan

Haşim KILIÇ

Üye

Erdal TERCAN

KARŞIOY

İtirazen iptali istenen 1632 sayılı Yasa'nın değiştirilen 95. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kuralda, özellikle yetkilenmedikçe görevi ve sıfatı icabı bilgi sahibi olduğu işler hakkında her hangi bir şekilde açıklamada bulunan kişiye 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verileceği ifade edilmektedir.

İtiraz başvurusunda bulunan başvuru ise, kuralın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne aykırı olduğu ve ölçüsüzce sınırlandırıldığını ileri sürmüştür.

Mahkememiz karar gerekçesinde kanun koyucunun, milli güvenlik nedeniyle "bilgiyi açıklamayı" sakıncalı görüp suç sayabileceğini, sınırlamanın meşru olup ölçülülük ilkesine bir aykırılık bulunmadığını 8'e karşı 9 çoğunluk oyu ile kabul etmiştir. Öncelikle ortaya çıkan oylama tablosunun işaret ettiği önemli hassasiyete kısaca değinmek gerekir.

Anayasa mahkemesinden beklenen içtihatlarıyla hukuk devleti bilincini ve düzenini ve hukuki istikrarı yerleştirmeye katkıda bulunmak, yasa koyucuya yol göstermektir. Kritik oylama eşiğinde sonuca varılan kararların sağlığı ve hukuka katkısı Anayasa Mahkemesinin anılan beklentileri karşılama sırasında ki rolünü tartışmaya açık bir konu haline getirmekte, kararların güvenilirliği, etkinliğini de şüpheli mucip kılmakta, beklenen hukuki yararı sağlamaktan uzak kaldığında yeni tartışmalar yarattığı da bir gerçek haline gelmektedir.

Ancak, karara imza atanların aynı fikri yönde oy kullanmalarının beklenmesi ne kadar demokratik olduğu söylenemeyecekse de, hukuki istikrarın oluşmasına katkıda bulunma çabalarının da karar sonuçlarında gözüküyor olması, hukuk devletine ve istikrarına inancın doğal bir beklentisidir.

Azımsanmayacak çokluk içinde bir tek oyla hukuk aleminde içtihadi değişikliğe sebep olmanın hukuka bir hizmet olduğu kabul edilebilecekse de, konu sorundur. Hukuki istikrar, toplumun her kesiminin hukuk kurallarını, sonuçlarını önceden bilerek, tutumlarını ona güvenerek geliştirmelerini zorunlu kılar. Düzenin sürdürülebilirliği, güvenilirliği yaşam hakkının ve hukukun temelidir. Bir tek oyun yönünün farklılaşmasıyla her an değişebilecek bir yorum ve keyfilik risklerine karşı korunabilirlik hukuk güvenliğinin amacı olmalıdır. Gerçekleşmesine yardımcı olmak da hukukçunun görevidir. Sorunlu alanlarda salt çoğunluk yerine nitelikli çoğunluk oranlarının düşünülmesinin sorunun çözümüne yardımcı olacağı düşünülmektedir.

İptali istenen itiraz konusu kural ile sınırlanabilir nitelikli öze sahip "ifade özgürlüğüne" yapılan müdahalenin niteliği, özgürlük alanını ciddi surette güçleştirilmeyeceği gibi, etkisini ortadan kaldırmamak ve amaca ulaşmaya da engel olmamak ölçütlerini de kapsamalıdır.

Tanımlanan suç ve ika edilen eyleme öngörülen yaptırım arasında ise kabul edilebilir, amacı ile uyumlu, makul bir orantı bulunması hukuk devleti ilkesinin bir zorunluluğudur. Ölçülü olmayacak bir sınırlama yasa koyucunun cezalandırmadan sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlüğü arasındaki dengeyi bozacağı için Anayasaya ve sınırlama ilkesine aykırılık taşıyacaktır.

Türk Silahlı Kuvvetleri'nin, yurt savunması gibi önemli bir görevi üstlenmiş, siyasi ve toplumsal sorunların içine çekilmemesi gerekli disiplin odaklı bir kurum olduğu açıktır.

Müdahale edilen özgürlük alanının anayasal sınırlama sebeplerinden sayılan milli güvenlik ve kamu düzeni kriterlerinin, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görev tanımı ile doğrudan ilgisi bulunduğu düşünüldüğünde, ifade özgürlüğü alanı bunu kullanan Türk Silahlı Kuvvetleri mensubunun durumunun değerlendirmesinde önem arz etmektedir.

İfade özgürlüğü ve bunun kullanım alanı olan düşünceyi ve kanaatleri çeşitli yollarla açıklama ve yayma hakkının, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin ülke sathındaki önemi dikkate alınarak, mensuplarının, mahkeme karar gerekçesinde yazılı olduğu gibi milli güvenlik ile doğrudan ilgili olması nedeniyle, güvenliği bozacak sonuçlar doğurabilir varsayımıyla, mutlak yasaklanabilir müdahale edilebilir bir alan olduğunun kabulüne imkan bulunmamaktadır.

İfade özgürlüklerinin sınırlandırılmasında kullanılmış ve kabul edilmiş açık ve yakın tehlike ölçütü hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Özgürlüklerin hoşgörü, açık fikirlilik ilkeleri kapsamında geniş bir çerçeve içerisinde sınırlanması gerektiği düşünüldüğünde, alanın genişletilmesine yardımcı olacak şekilde kullanılmasına müsaade edilmelidir. Hak ve özgürlüğü kısıtlayan ve kullanılmaz hale getiren müdahalenin hakkın özünü zedeleyeceği, demokratik toplum düzeninin gelişmesine bir katkı yapmayacağı bilindiğinde istisnaların (müdahalenin) asıl hale getirilmemesi temel amaç olmalıdır.

Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının görev alanlarının tümünün iptali istenen kuralın çerçevesinde kaldığı, yani, başkaca edindiği bir bilgiyi rahatça açıklayacak bir alanın açık bırakıldığı söylenemeyecektir. Bu kapsamda Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu, sahip olduğu görevi ile ilgili hiçbir bilgiyi kimseyle paylaşamayacak, eleştiremeyecek, yorumlayamayacak, ancak kendinde saklayacaktır.

Düşünceyi yayma özgürlüğünü, gizlilik alanlarını ihlal eder nitelikte olduğunda, gerek Askeri Ceza Kanunu'nun da gerekse Türk Ceza Kanun'larında ya da disiplin mevzuatında bu eylemlerin cezai yaptırımına karşılandığı, suç yada kabahat sayıldığı açıktır.

6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 17/d maddesi gizli olmayan bilginin açıklanmasında hizmete kısa süreli devam cezası verileceğini öngörmüş, yine aynı Yasa'nın 20/g maddesi yetkisi olmadığı halde devletin güvenliği, iç ve dış siyasi yararlarına ilişkin elde ettiği gizli bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlara vermeyi, ulaştırmayı silahlı kuvvetlerden ayırma cezası gerektiren bir disiplin eylemi olarak tanımlamıştır. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 15. maddesi basına bilgi veya demec verme yetkilerini ve usulünü ve yasak alanları düzenlerken yasağa aykırılık halinde aynı Kanun'un 125. maddesinde yapılan değişiklik ile önceleri benzer eylemlere aylıktan kesme cezası uygulanırken artık kınama disiplin cezası yaptırım altına alınmıştır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 101., 106. ve 107. maddeleri şirket içi bilgi sızdırılmasında hapis ve para cezası öngörmüş, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Kanunu'nun 27. maddesinde teşkilat faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belge yayınlama hapis cezası ile karşılanmış Türk Ceza Kanunu'nda da devlet güvenliği ile yasaklı bilgiler açıklama kullanma (madde 329, 330, 333, 334, 336) gibi maddeler ile benzer eylemler suç olarak nitelenip karşılığında hapis cezaları öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Türk Silahlı Kuvvetleri mensubunun da ifade özgürlüğü kapsamında sorumluluklar sınırında fikir sahibi olma, bilgi alma ve açıklama özgürlüğünün olmadığı söylenemez. Aksi halde Türk Silahlı Kuvvetleri siyasi tarafsızlığına yönelmiş, görev gereklerinin yerine gelmesini engelleyen veya sır niteliği taşıdığı için yasaklanması ölçülü ve meşru sayılacak müdahale alanları dışında kalan tüm alanlar asker kişi için ifade özgürlüğünün kullanım alanı dışında kalacaktır.

Askeri disipline ait bir tehdidin varlığında bunu önleyecek kuralların özgürlüğe yönelecek müdahaleyi keyfi, orantısız ve ölçüsüz olmaktan alıkoyması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuya yaklaşırken asker şahısları, sivile göre daha fazla sınırlamaya tabi tutma konusunda taraf devletlerin takdir marjının daha geniş olduğunu söylemekte ise de mensubun ifade özgürlüğü hakkının, askeri kışladan içeri girildiğinde yok sayılmasının kabulünün mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Ülkenin savunma sistemini, ordunu etkinliğini, tehlikeye düşürdüğü açık olan bilgi dışında, hizmet ettiği demokratik toplumda haksızlığı, hukuksuzluğu, bir eleştiri açıklaması niteliğinde somut olayda ki gibi bir ifade yasak kapsamına alındığında ifade özgürlüğünün denetimine esas olan açık ve yakın tehlike testinin geçildiği söylenemeyecektir.

İtiraz konusu iptal davası konusunu irdeleyecek olursak,

Sanık, internet sitesine koyduğu yazı içeriğinde, "**MSYS denilen Türk Silahlı Kuvvetleri'ni NATO kapsamında ortak bir yazılım altında toplamayı hedefleyen çalışmanın, Amerika Birleşik Devleti'nde terk edilmekte olduğu, bu program, yazılıma yüksek meblağlar ödenerek bir çok personel istihdamı ile çalıştırılmasına rağmen, sistemin işletilemediği, bu tarz devlet imkanlarının israf edilmesinin kabul edilemez ve affedilemez bulunduğunu**" özetle ifade ettiği ve bu nedenle de ceza davasının muhatabı kılındığı anlaşılmaktadır.

Kullanılan ve yayılan düşüncenin milli güvenlik ile doğrudan ilgili, milli güvenliği bozacak sonuçlar doğuracak bir bütünlüğe sahip olduğunun kolayca savunulamayacak nitelikte olduğu görüldüğünde, benzer nitelikli olaylar karşısında kural ile gelen müdahalenin Anayasa'nın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzenine, ölçülülük ilkesine uygun olduğu görüşüne katılamayacaktır.

Ayrıca, kural norma aykırı davranan bireye takdiren 6 aydan 3 seneye kadar, alt üst sınır arasında 6 kat fark olan bir yaptırım getirmektedir.

İfade özgürlüğünün genişletilmesine katkı anlamında yasa koyucunun getirdiği düzenlemelerin süreci izlendiğinde, aylıktan kesme cezası yerine kınama cezası verilmesi şeklindeki değişiklik bizatihi özgürlüğün bireye kullanılması yönündeki demokratik gelişimi göstermesi için dikkat çekicidir. Hal böyle iken, itiraz konusu kuralın yapısı, Hukuk Devletinin olmazsa olmaz ilkelerinden belirlilik ilkesine de uygun değildir. Kamu otoritesinin keyfi uygulamasına karşı koruyucu önlem içermesi gereken, hak sujesinin hukuki durumunun belirlenmesi için her hangi bir duraksama ve kuşkuya yer vermeyecek açıklık ve kalite içermesi gereken kural niteliksel gereklilikleri karşılayacak içerikte değildir. Görevi ve sıfatı icabı mutalli olduğu askerliğe ait işler hakkında beyanat verme, yazı yazma ya da açıklama yapma hiçbir içeriksel değerlendirmeye (suç sayılan fiiller hariç) tabii tutulmadan geniş bir yorum fırsatı yaratarak adeta ifade özgürlüğüne mutlak bir yasak getirilmiş ve kullanılmasının hapis cezası ile tecziye edileceği ifade edilmiştir. Sonuç cezanın takdiren 2 yıldan fazla hapis olarak belirlenmesi hali ise cezanın bireyselleştirilmesine yarayan Türk Ceza Kanunu'nun 50., 51. ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 231. madde hükmü uygulanmasına olanak sunmamaktadır.

Kuralda belirlenen alt üst sınır arasındaki oran suç tipine göre öngörölmüş takdire bırakılmış haksızlık ile yaptırım arasındaki olması gereken makullük, hakkaniyet ve adil denge ölçütleri dışındadır.

Benzer suçlarda cezalarda alt üst sınır ölçütlerine örnekler vermek gerekir ise,

Fiillere karşı öngörölen hapis cezası sürelerinin,

TCK 328. maddesinde	15 yıl - 20 yıl
TCK 329. maddesinde	5 yıl - 10 yıl
TCK 334. maddesinde	1 yıl - 3 yıl (Yasaklı bilgiyi temin)
TCK 336. maddesinde	3 yıl - 5 yıl (Yasaklı bilgiyi açıklama)

şeklinde olduğu görülecektir. Alt üst sınırlar arasındaki ölçünün kuralımızdaki gibi beş-altı katı olan bir örnek bulunmamaktadır.

Hakkın sınırlandırılması için başvuru cezalandırma aracı adaletin sağlanması amacıyla ulaşma bakımından gerekli ve elverişli kabul edilebilirse de müdahale ettiği hakkın niteliğine bakıldığında onun özüne dokunduğu, zorlaştırdığı ve kullanılmaz hale getirdiği için ölçüsüz olduğu düşünüldüğünden kural Anayasa'nın 2., 13., 26. maddelerine aykırıdır.

Başkanvekili

Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

Askeri Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle asker şahıslar yönünden iptali istemiyle yapılan başvuru, askeri hizmetlerin milli güvenliğin sağlanmasında belirleyici bir yeri olduğu, kanun koyucunun milli güvenliğin sağlanmasındaki etkisini ve doğuracağı tehlikeyi de dikkate alarak, yetkisiz kişilerce askeri bilgi veya konuların açıklanmasının üç yıla kadar hapisle cezalandırılmasını kabul etmesinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne getirilmiş ölçüsüz bir sınırlama veya hukuk devleti ile çelişen bir durum olmadığı düşüncesiyle, reddedilmiştir.

İptali istenen kuralın askeri işlemlere, teşkilata, harekate, tesis veya tertiplere ilişkin işler hakkında kamu oyu önünde konuşulmasını, kamunun bu konularda bilgi edinmesini, fikir sahibi olmasını önlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Bunun da temelinde, silahlı kuvvetleri zayıflatmamak kaygısının yer aldığı açıktır.

Öte yandan askerlik tarihi, silahlı kuvvetlerde her zaman "görmemek-duymamak-konuşmamak" ilkesinin güvenlik ve savaş kabiliyetini artırmadığını, aksine, bazı vahim hataların zamanında görüldüğü halde gizlenmesi sonucu ağır yenilgiler ve kayıplar da yaşanabildiğini göstermektedir. Bu nedenle, askeri konularda mutlak gizlilik ve sessizliğin milli güvenliğin bir icabı olduğu söylenemez. Açıklık ve makul ölçülerde şeffaflığın milli güvenliği her zaman tehlikeye düşüreceği değil, bazı durumlarda güçlendirebileceği de gözetilmelidir.

Askerliğe ilişkin konularda yetki verilmemiş olsa da asker kişilerin belli ölçülerde görüşlerini açıklayabilmeleri, Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade hürriyetinin icabıdır. Bu konuda yasa ile yapılacak bir müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği şekilde, demokratik bir toplumda zorunlu olmalı, milli güvenlik ihtiyaçları ile sınırlanan özgürlük arasında makul bir denge kurmalı ve ölçülü olmalıdır.

İptali istenen kuralla, askeri konularda yetki verilmediği halde konuşan kişilere altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmektedir. Kişi özgürlüğünü sınırlayıcı ceza yaptırımını öngören bir suçun unsurlarının yasada daha açık bir biçimde belirtilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu tür bir cezanın ölçülü sayılabilmesi için, yapılabilecek bir açıklamanın silahlı kuvvetlerin yurt savunması görevini ve dolayısıyla milli güvenliği tehlikeye düşürebilecek özellikte olması gerekir. Askerlikle ilgili her tür bilgi ve görüş açıklamasının, milli güvenliği tehlikeye düşürebilecek nitelikte olduğunun kabulü ve sırf bu nedenle üç yıla kadar hapisle cezalandırılması, Anayasa'nın 13. maddesinin öngördüğü anlamda ölçülü değildir.

Bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "asker şahıslar yönünden" Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı olduğu iddiası reddedilmiştir. Aşağıda açıklanacak gerekçelerle, çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyoruz.

1. İtiraz konusu kural şu şekildedir: "*Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelât, teşkilât, harekât, 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 hapsedilir."

Öncelikle, itiraz başvurusunda bulunan Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin belirttiği üzere, kuralda öngörülen suçun faili olabilecekler sadece asker şahıslar değil aynı zamanda sivil şahıslardır. Başka bir ifadeyle, asker veya sivil şahısların yetkili olmadıkları halde fıkra da belirtilen hususlarda açıklama yapmaları suç teşkil etmektedir.

Diğer yandan, söz konusu suç için öngörülen ceza, "*fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar*" haptir. Buna göre, daha ağır cezayı gerektiren "sır", "askeri sır" veya "gizlilik" gerektiren bilgilerin açıklanması fiillerinin kural kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır. Bu fiillerin dışında, açıklama yasağının konusu ise "*askeri muamelât, teşkilât, harekât, tesisat veya tertibata müteallik işler*" olarak çok geniş şekilde düzenlenmektedir. Başka bir ifadeyle, askeri nitelikteki her türlü konuda her türlü görüş açıklaması cezayı gerektiren davranış olarak düzenlenmiştir.

2. Anayasa'nın 26. maddesi uyarınca, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.*" İfade hürriyeti, mutlak değildir. Bu hürriyet, 26. maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, "*millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce 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.*"

İfade hürriyeti, gerek toplumsal ve siyasal çoğulculuğun sağlanmasında gerekse bireyin özgün kişiliğini geliştirebilmesinde önemli bir işlev görür (AYM Birinci Bölümü, B.No: 2013/2602, 23/1/2014, §41). Bu anlamda demokratik toplumların alameti farikası olan ve vazgeçilmez unsurlarının başında gelen ifade hürriyetine yönelik sınırlamaların mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir. Diğer yandan, sınırlamanın 26. maddede sayılan amaçlardan birine ya da birkaçına yönelik olması Anayasa'ya uygunluk bakımından yeterli değildir. Bu sınırlamaların, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, hürriyetin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olması şarttır.

İtiraz konusu kuralın askeri disiplini sağlamaya dönük olduğu, dolayısıyla "millî güvenliğin korunması" amacına matuf olarak ifade hürriyetine sınırlama getirdiği söylenebilir. Peki söz konusu sınırlama demokratik toplumda gerekli ve ölçülü müdür'

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin sıklıkla vurguladığı gibi, toplumun bir kesimini veya kişileri şoke eden ya da rahatsız eden bilgi ve düşünceler de ifade hürriyetinin kapsamındadır (*Handyside/Birleşik Krallık*, B.No: 5493/72, 7 Aralık 1976, §49). Bu durum askeri kurumlar için de geçerlidir, zira "10. madde kışının kapısında sona ermez". Hiç kuşkusuz, askeri disiplini sağlamak amacıyla askerler için düşünceyi açıklama hürriyeti sınırlandırılabilir, ancak bu sınırlama, söz konusu düşünceler bir kurum olarak orduya yönelik olsa bile, düşünceleri tamamen bastırma amacıyla yapılmamalıdır (*Grigoriades/Yunanistan*, B. No: 121/1996/740/939, 25 Kasım 1997, § 45).

AİHM, bir çok kararında, askerlerin farklı yollardan açıkladıkları düşüncelerin gerçekten askeri disiplini ve işleyişi olumsuz yönde etkilediğinin somut bir şekilde gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Örneğin Avusturya ordusuna yönelik eleştirel ve hicivli yazılara yer

veren "*Der Igel*" isimli derginin kışlada dağıtımının engellenmesi ve bunu dağıtmaya çalışan bir askerin yaptırımı maruz kalması olayında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM, burada söz konusu yazıların polemik içermesine karşın, "düşüncelerin tartışılması bağlamında kabul edilebilir sınırı aşmadığı", bunun da "demokratik bir devletin ordusunda tolere edilmesi gerektiği" sonucuna ulaşmıştır (*Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya*, B. No: 15153/89, 19 Aralık 1994, § 38).

3. Bu açıklamalar ışığında, itiraz konusu kuralın demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu söylenemez. Yukarıda ifade edildiği gibi, kural askeri konulara ilişkin olarak yetkilendirilmemiş asker veya sivil şahısların hemen her konuda her türlü düşünce açıklamasını yasaklamaktadır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yasaklanan hususlar içerisinde askeri sırlar yer almamıştır. Esasen kamu görevlisi veya diğer kimseler tarafından işlenebilen Devlet sırlarına karşı suçlar, siyasal ve askeri casusluk, yasaklanan bilgileri temin etme ve açıklama, yasaklanan bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama gibi suç tipleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 326 ila 339. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, kamu görevlilerinin göreve ilişkin sırrı açıklama eylemleri de TCK'nın 258. maddesinde yaptırımı bağlanmıştır. Dolayısıyla kuralın, görev gereği gizli kalması gereken veya askeri sır ya da Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin korunmasına yönelik bulunmadığı anlaşılmaktadır.

"Askeri sır" ve "gizli" bilgilerin açıklanması gibi fiillerin dışındaki durumları kapsayan söz konusu açıklamaların üç yıla kadar hapis yaptırımına maruz kalması, düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu göstermektedir. İtiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu 95. maddenin (5) numaralı fıkrasında yer alan "*Bu maddede yazılı suçların basın yoluyla işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir*" hükmü de dikkate alındığında salt düşünce açıklamasından ibaret bir fiilin ölçüsüz bir şekilde cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, yetkisiz askeri şahıslar tarafından muttali oldukları askeri konular hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklama yapmak fiilinin cezasız kalması durumunda silahlı kuvvetler için olmazsa olmaz olan askeri disiplinin bozulacağı ileri sürülebilir. Ancak, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin de belirttiği gibi, kuralda cezalandırılması öngörülen fiillerin Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde disiplin cezası ile yaptırımı tabi kılındığı dikkate alındığında, yetkisiz askeri kişilerce açıklama yapma fiilinin yaptırımsız kalması da söz konusu değildir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, hakaretin ceza kanunlarından çıkarılarak sadece tazminat davalarına konu bir fiil haline getirilmesine matuf tavsiye kararları ve Mahkememizin ifade özgürlüğüne ilişkin başvurularında bu yönetime dikkat çektiği düşünüldüğünde (bkz. B.No: 2013/1123, 2/10/2013, §§ 37-39; B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 32) salt düşünce açıklamalarını cezalandıran itiraz konusu kuralın "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç"tan kaynaklandığı ve ölçülü olduğu söylenemez. Dolayısıyla kural, Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan demokratik toplum düzeninde gerekli değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümüzden, redde yönelik çoğunluk kararına katılmıyoruz.

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

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

^[1] İfade özgürlüğüne ilişkin olarak aşağıda yapılan açıklamalar, 2014/18803 numaralı bireysel başvuruya ilişkin olarak Başkan Haşim Kılıç, Başkan Vekili Alparslan Altan ve Üye Erdal Tercan tarafından hazırlanan karşı görüşten alınmıştır.