

HUKUK DEVLETİ ADİL YARGILANMA HAKKI VE ASKERİ YARGI

Fahrettin DEMİRAG*

I. GİRİŞ

Türkiye insan hak ve hürriyetlerine ilişkin sözleşmeleri imzalayıp onaylamıştır. Bu arada İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'yi kabul etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu sözleşmelerde adil yargılanma hakkı ve bunun gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı, suçsuzluk karinesi, susma hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve savunma hakları gibi hükümler yer almıştır.

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nda ise; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü alanlarında kaydedilecek gelişmeleri sürekli olarak izleyeceği, Avrupa Birliği Müktesebatı'na uyum çalışmalarını düzenli bir şekilde değerlendireceği ve bu çalışmaların hızlandırılması için gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir. Ulusal Program'da yargının işlevselliği ve verimliliği bölümünde de orta vadede Askeri Ceza Kanunu ile 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu gözden geçirilmesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, başta Anayasa olmak üzere mevzuatımızda önemli değişiklikler gerçekleştirilerek yeni düzenlemeler yapılmış, yeni Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile bunları tamamlayan diğer yasalar TBMM tarafından kısa bir süre önce kabul edilmiştir. Temel Kanun niteliğinde olan TCK ve CMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir. Askeri Ceza Kanunu ile 353 sayılı Kanunu'nun değiştirilmesine ilişkin çalışmaların ise MSB bünyesinde devam ettiği öğrenilmiştir.

* (E) Hakim Tuğgeneral.

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi DGM'lerden ve sıkıyönetim askeri mahkemelerinden verilen mahkumiyet kararlarıyla ilgili olarak yapılan başvurular üzerine, askeri hakimlerin ve askeri mahkeme kuruluşunda yer alan subay üyenin statüleri itibariyle bağımsız olmadıkları, dolayısıyla bu kişilerden oluşan mahkemenin bağımsız mahkeme sayılamayacağı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. AIHM Büyük Kurulu'nca, 12.05.2005 tarihinde açıklanan Öcalan kararı da, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle yargılamanın yenilenmesi bakımından gündemdeki yerini korumaktadır.

Askeri mahkemelerin bağımsız bir görünüme sahip olmadıkları görüşü yalnızca bu kararlardan ibaret değildir. Öğreti de, askeri hakimlerin statüleri ile askeri mahkemede meslekten olmayan kıta subayının üye olarak bulunmasının mahkemelerin yürütme organına karşı bağımsızlığını zayıflattığı hususunda görüş birliği içindedir.¹

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da “*hukuk devleti*” ilkesidir. Modern devlet anlayışında hukuk devleti, bireylerin özgürlüğünün güvencesi ve demokrasinin temeli kabul edilmektedir.² Hukuk devletinden söz edilebilmesi için, bunu güvence altına alan öğelerin devlet örgütlenmesinde egemen olması, devletin Anayasası'nda bu öğelere yer verilmiş olması başta gelen koşuldur.

Bu nedenle adil yargılanma hakkı ancak hukuk devletinde gerçekleştirilebilir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde hukuk devleti, Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden biri olarak yer almış olmasına rağmen, 353 sayılı Kanun'da hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan hükümler yer almaktadır.

Bu yazıda 353 sayılı Kanun, hukuk devleti ilkeleri ve adil yargılanma hakkı bakımından incelenmiş ve yeni düzenlemede göz önünde bulundurulması gereken hususlara işaret edilmiştir.

II. HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti, devletin bütün eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesini esas alan, hukuka bağlı, bütün faaliyetlerinde

¹ N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı*, s. 24, İstanbul 1996; *Askeri Yargıtay'ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, s. 112, dñn. 19; Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap*, 20.3 (180), s. 293, 13. Bası, İstanbul 2004; K., Gözler, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 433.

² C. Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 59.

hukukun egemen olduğu devlettir; kendi çıkardığı hukukla devletin kendisini bağlamasıdır. Öğretide, hukuk devletin belirli bir tanımı verilmekte, daha çok hukuk devletin öğelerinden söz edilmektedir.³

Bu bağlamda 1961 Anayasası, hukuk devleti kavramını devletin niteliklerinden biri olarak kabul eden ilk Türk Anayasası'dır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde de hukuk devleti, Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden biri olarak yer almış, gerekçede "*demokratik rejimin laiklik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine dayandığı*" vurgulanmıştır.

III. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

1. Genel Olarak

Ceza yargılamasında tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesi hakimin gerçeğe uygun ve adil bir karara varmasıyla mümkündür.⁴ Adil bir karar verilebilmesi için hakimin, hukuk dışı etki altında kalmaması gerekir. Bunu da hakim bağımsızlığı sağlar.⁵

Hakimin bağımsızlığı konusunda kuşku yaratabilecek hususlar; atanma, meslekte yükselme, disiplin ve özlük haklarıdır. Şu halde, hakimin öncelikle bu konularda korunması zorunludur.

³ Öğretide ittifakla kabul edilen hukuk devletin temel öğeleri şunlardır: (a) Kuvvetler ayrılığı, (b) Yasallık ilkesi, (c) Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, (d) Temel hak ve özgürlüklerin korunması ilkesi, (e) Hukuk güvenliği ilkesi, (f) İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime bağlı olması ilkesi, (g) Devlettten kaynaklanan haksızlıkların giderilmesi ilkesi, (h) Hak arama özgürlüğü.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır: "her işlem ve eylemin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir." Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Hukuk devletinde tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ve yargı denetimine açık oluşu en güçlü güvencedir. Anayasa'ya aykırı bir yasa kuralı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Anayasa kurallarıyla çelişen bir yasa kuralı, hukuk devleti ilkesinin çiğnenmesi sonucunu doğurur." Anayasa Mahkemesi kararı: (AYM) 23.3.1986 T. E. 198/31, K. 1986/11 (RG, 9.5.1986-19102).

⁴ N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı*, s. 6, İstanbul 1996.

⁵ Bağımsızlık, hakimin kararını verirken hür olması, hiçbir baskı ve etki altında kalmaması, hiçbir kişi ve merciden emir almaması demektir. Hakimlere baskı yapılması onların bağımsızlığını etkileyeceği gibi, baskı yapılma ihtimali de hakim bağımsızlığını zedeler. Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap*, 20.3 (180) s. 293, 13. Bası, İstanbul 2004.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, mahkemelerin bağımsız olup olmadığını incelerken;

- a. Üyelerinin atama ve görevden alma usulüne,
- b. Görev süresine,
- c. Üyelere emir verme yetkisine sahip bir makam bulunup bulunmadığına,
- d. Üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına,
- e. Genel olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmaktadır.

Askeri Yargıtay da mahkemenin bağımsız bir görünüm vermesine ve adalete güven ilkesine önem vermektedir.⁶

2. Askeri Mahkemelerin Bağımsızlığı Sorunu

Anayasal bir kurum olma özelliği bulunan yargı bağımsızlığı, Anayasa'nın 138. maddesinde; *"Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasa'ya, Kanun'a ve hukuka uygun olarak, vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargılama yetkisinin kullanılmasında mahkemelere, hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz."* şeklinde ifade edilmiştir. Bu hüküm adli ve idari yargı yerleri için geçerli olduğu gibi, askeri yargı mercilerini de kapsamaktadır. Bu nedenle, askeri mahkemeler ile bu mahkeme kuruluşunda bulunan askeri hakimlerin bağımsızlıklarını sağlamak amacıyla hakim teminatına sahip olmaları gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

Askeri mahkemelerin bağımsızlığı ve bunu sağlamak amacıyla mahkemede görevli olan askeri hakimlere getirilen teminatlar, tekrardan kaçınmak amacıyla aşağıda, askeri mahkeme kuruluşunda bulunan subay üye ile askeri hakimlerin statüleri incelenirken ele alınacaktır.

⁶ As. Yrg. Drl. Krl.nun (13.4.2000/82-78) kararı Askeri Yargıtay bu kararında; Komutanın suçun mağduru olması, sanığın amiri sıfatıyla vaka kanaat raporu düzenlemesi, hazırlık soruşturması emri vermesi ve aşamalarda mağdur tanık sıfatıyla dinlenmesi sebebiyle "mahkeme kuruluna dahil hakimlerin ve subay üyenin objektif olarak tarafsız kalamayacakları şüphesi olduğu" sonucuna vararak sanık hakkında tesis olunan mahkumiyet hükmünü sırf bu sebepten bozmuştur.

IV. ASKERİ YARGI SİSTEMİ

Askeri yargı, Anayasa'nın 145. maddesinde adli ve idari yargıdan ayrı olarak düzenlenmiş ve bu yargı sisteminin askeri mahkemelerle disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevini yapan askeri hakimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkilerinin; mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenleneceği vurgulanmıştır. Maddede askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden teşkilatında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerinin de kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Barışta askeri mahkemelerin bakmakla görevli olduğu suçlar sayılmak suretiyle belirtilmiş, fakat kuruluş ile ilgili düzenleme kanuna bırakılmıştır.

Askeri mahkemelerin kuruluş ve işleyişi 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda, disiplin mahkemelerinin kuruluş ve işleyişi de 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Askeri hakimlerin statülerini ise 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu düzenlemiş bulunmaktadır. Halen yürürlükte bulunan 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesine göre Türk milleti adına yargı yetkisini kullanacak askeri mahkemeler; kolordu, ordu (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı Teşkilatı'nda⁷ Milli Savunma Bakanlığı'na kurulur.

Kuvvet komutanlıklarının yapacakları teklif veya Genelkurmay Başkanlığı'nın, doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine, diğer kıta komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri teşkilatında da Milli Savunma Bakanlığı'na askeri mahkeme kurulabilir. Askeri mahkemelerin kaldırılması da aynı usule tabidir.

Kural olarak askeri mahkemeler iki askeri hakim ve bir subay üyeden kurulmuştur. Ancak Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki askeri mahkeme, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hakim ile iki general veya amiralin katılması suretiyle yargılama yapabilmektedir.

353 sayılı Kanun, askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu kıta komutanı veya kurum amirine önemli yetkiler tanımıştır. Bu konunun

⁷ İlk metinde askeri mahkemelerin kanunda belirtilen komutanlıklar "nezdinde" kurulacağı belirtilmiş iken, bu kelime 9.10.1996 tarih ve 4191 sayılı Kanunu'nun 26. maddesiyle "teşkilatında" şeklinde değiştirilmiştir.

daha iyi anlaşılabilmesi için adli amirlik dönemini ve adli amirin yetkilerini bilmekte fayda vardır.

1. Adli Amirlik Dönemi

14. 06. 1930 tarihli ve 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu askeri yargı görevini adli amirlerle askeri mahkemelere vermiştir (m. 10). Adli amirlik döneminde askeri mahkemeler:

a. Alay askeri mahkemeleri,

b. Tümen ve Daha Yüksek Makamların Askeri Mahkemeleri (Tümen, Kolordu ve Başkomutanlık Askeri Mahkemeleri) olmak üzere iki grupta toplanmıştı.

Alay mahkemeleri üç asker kişiden, diğer mahkemeler ise bir adli hakimle iki subay üyeden oluşuyor ve üyelerin rütbeleri sanığın rütbesine göre değişiyordu. 17.05.1944 tarihli ve 4563 sayılı Kanun'la askeri mahkemenin kuruluşu değiştirilmiş ve alay askeri mahkemeleri tümen ve daha yüksek komutanlık mahkemeleri ile aynı düzeye getirilmiştir (m. 31).

1631 sayılı ASMUK'a göre adli amirler, refakatlerinde askeri mahkeme kurulması kanunen mümkün olan komutanlar ve bunların eşidi sayılan makamlarla bunların üstleridir (m. 13). Refakatlerinde askeri mahkeme kurulması mümkün olan komutanlar ise; alay, tümen, kolordu ve ordu komutanları ile barışta Genelkurmay Başkanı (savaşta başkomutan)dır.

Adli amir, muhakemenin tek amiridir. Yetkileri oldukça geniştir. Soruşturmanın açılması (m. 86, 89), soruşturmanın genişletilmesi veya soruşturmanın tatili (m. 128), kamu davasının açılması adli amirin emri ile mümkündü (m. 125, 129, 134). Duruşma başlamadan önce iddianameyi geri almak (m. 151) yetkisine sahip olan adli amir; mahkemeyi toplamak (m. 140), sanığı çağırmak (m. 100), arama ve zapta karar vermek (m. 120), bilirkişiyi tayin etmek (m. 116), sanığı tutuklamak (m. 104), tutuklama müzekkeresini geri almak (m. 108), gerektiğinde işten el çektiirmek (m. 103), kanun yoluna başvurmak (m. 220), kesinleşmiş hükümlerin infazına işaret etmek yetkisine sahipti (m. 249/1). Bazı suçlara ilişkin davalarda ancak adli amirin muvafakat ettiği kimseler müdafilik yapabiliirdi (m. 206/4). Hazırlık soruşturması sırasında adli amir bağımsız ise de, ilk soruşturmada adli hakim ile birlikte hareket etmek zorunda idi. Hakimle adli amir arasındaki anlaşmazlıkların çözüm mercii ise Yargıtay idi ve bu mahkemenin vereceği karar kesindi (m. 54). Adli amirler arasında hiyerarşi mevcuttu ve üst adli amirler, astları olan adli amirlere soruşturma açılması, başlanmış olan soruşturmaya de-

vam olunması, durdurulması veya kanun yoluna başvurulması hususunda emir ve talimat verme yetkisine sahiptirler (m. 126). Ancak başlamış olan soruşturmanın cereyanına karışma yetkileri yoktu.

Adli amirlik döneminde askeri yargının emir komuta yetkisinden doğan bir zaruret olduğu, emir ve komuta salahiyetinin tecezzi kabul etmediği, dolayısıyla askeri yargının emir ve komutadan ayrılamayacağı düşüncesi hakimdi. Fakat bu yetkinin kullanılmasına ilişkin emir ve kararların askeri hizmetle ilgisinin bulunmadığı, tamamen adli bir nitelik taşıdığı kabul ediliyordu.⁸

2. Yürürlükteki Düzenleme

1961 Anayasası'nın askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olmasını şart koşması ve Askeri Yargıtay'ı anayasal bir yüksek mahkeme olarak düzenlemesi karşısında, askeri mahkemelerin kuruluşu ile askeri yargılama usulünün yeniden düzenlenmesi zarureti doğmuş, 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun'un geçici 1. maddesi ile adli amirlik kurumu yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla beraber 353 sayılı Kanun, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanına 1631 sayılı Kanun'la tanınan yetkilerin önemli bir bölümünü aynen muhafaza etmiştir.

Ancak, komutana bu yetkilerin tanınmasında, adli amirlik dönemi hukuk anlayışından ziyade, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya kurum amirlerinin aynı zamanda o kıta veya kurumun en büyük amiri olarak disiplininden sorumlu bulunmaları ve her askeri suçun da o kıta veya kurumun disiplinini zedeleyeceği anlayışı, egemen olmuştur. Bu husus komutanın soruşturma açtırma yetkisini düzenleyen 8. madde gerekçesinde yer almıştır. Gerekçede; 8. maddenin, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirlerinin aynı zamanda o kıtanın disiplin amiri olmaları ve her askeri suçun da o kıta veya kurumun disiplinini zedelemiş olması muvacehesinde bu komutan veya kurum amirlerine bir kısım yetkilerin tanınmasını öngördüğü belirtilmiştir.

Gerçekten de askerliğin temeli disiplindir (TSK İç HK m. 13). Disiplinin korunması ve sürdürülmesi amirin görevlerinden biridir; bunun için amir, her türlü idari tedbiri almakla yükümlüdür. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı ise TSK İç Hizmet Kanunu'na göre "amir"dir;

⁸ R. Taşkın, *Askeri Muhakeme Usulü*, & 13, s. 37.

komuta ettiği kıta veya kurumun (ordu, kolordu, tümen veya tugayın) en büyük amiridir.

TSK İç Hizmet Kanunu'nun 9. maddesi amiri, *"makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyyetini haiz kimsedir."* şeklinde tanımlamıştır. Kanun, emretmek salahiyyetinin bir gereği olarak amire, bir takım yetkiler tanımış, vazifeler vermiştir.⁹ Bir başka anlatımla amirin görevini silahlı kuvvetlerin vazifesi belirler.

Ülke bütünlüğünü ve Cumhuriyet'in diğer ilkelerini koruma görevi ise TSK İç Hizmet Kanunu ile Türk Silahlı Kuvvetleri'ne verilmiştir. Bu husus Kanun'da; *"Türk Yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş Türkiye Cumhuriyeti'ni kollamak ve korumaktır."* şeklinde ifade edilmiştir (m. 35). Kendisine tevdi edilen bu kutsal vazifeyi her türlü şartlarda kanı ve canı pahasına yerine getirmek ve başarmak durumunda olan Türk Silahlı Kuvvetleri, gerek yurt içinden, gerek yurt dışından gelecek tehditleri önleyecek şekilde, verilecek her türlü göreve her an hazır olmak durumundadır. Nitekim TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 86. maddesinde; *"Cumhuriyet, yurt, millet askerinin kutsal değeridir. Bunlara içerden ve dışardan oluşabilecek her türlü tecavüzü karşılamak, yok etmek ve gereğinde bu uğurda hayatını fedadan çekinmemek her askerinin borcudur."* hükmüne yer verilmiştir. Bu görevin gereği gibi yapılabilmesi için silahlı kuvvetler harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle yükümlü tutulmuştur (m. 36). Bütün bunlardan her seviyedeki komutan sorumludur. Bu nedenle amirin en önemli görevi, komutasını üstlendiği kıtayı yurt savunması için savaşa hazırlamaktır. Bu, ancak sürekli gelişim içinde olan askeri teknolojiyi takip eden düzenli ve disiplinli bir eğitimle gerçekleştirilebilir. Buna karşılık askerlerin suç işlemesinin ve askeri suçların disiplini sarstığı, hatta bozduğu bir gerçektir.

Öte yandan, askerliğin temeli mutlak itaattir. İtaat; her astın üstünden aldığı emri, hiçbir kayıt ve şart düşünmeden ve en ufak bir tereddüt göstermeden canla başla yapması, kanunlar ve nizamların dediğinden dışarı çıkmaması ve yasak edilen şeyleri yapmaması demektir.

Disiplin ise, İç Hizmet Kanunu'nun 13. maddesinde; *"Kanunlara, nizam-lara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir."* şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddede askerliğin temelini disiplin olduğu vurgulandıktan sonra, *"Disiplinin korunması ve devam ettirilmesi için özel kanunlarla 'cezai' ve özel kanun ve nizamlarla 'idari' tedbirler alınır."* denilmek

⁹ Amirin vazifeleri TSK İç Hizmet Kanunu m. 15-18'de düzenlenmiş olmakla beraber amirin vazifelerinden söz eden başka hükümler de mevcuttur. Örneğin; 21, 23, 24, 30, 31, 32, 40, 47, 75, 91. maddeler her seviyedeki amire görevler yüklemektedir.

suretiyle bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılması devlet organlarına bir görev olarak verilmiştir.

Mutlak itaat, disiplinin bir parçası olup kayıtsız şartsız bir teslimiyeti, yani tam bağlılığı ifade eder.

Şu halde emrinde bulunan kıtanın yurt savunmasına hazırlanmasından ve birliğin disiplininin teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirinin sorumlu olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu durum yürütme organı içinde yer alan komutana yargı yetkisinin verilmesini zorunlu kılmakta mıdır? Komutana bu tür bir yetkinin verilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır mı? Bu sorulara cevap vermeden önce komutanın yetkilerinin neler olduğunu bilmemiz gerekir.

3. Teşkilatında Askeri Mahkeme Kurulan Kıta Komutanı veya Askeri Kurum Amirine Tanınan Yetkiler

A. Askeri Ceza Yargılamasında Komutanın Hukuki Durumu

353 sayılı Kanun, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutana, hazırlık soruşturmasının başlatılmasından kamu davasının sonuçlandırılmasına kadar olan süreç içerisinde bazı yetkiler tanımış, ödevler yüklemiştir. Ayrıca komutan, hükmün infazıyla ilgili önemli yetkilere de sahiptir. Böylece askeri ceza muhakemesi ilişkilerinden bir kısmına yargılama, iddia ve savunma makamını işgal edenlerin dışında, *“teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amiri”* de katılmaktadır. Ancak komutanın duruşmaya katılması söz konusu değildir ve taraf olarak duruşma işlemlerine katılamaz. Örneğin; komutanın hakimi ret hakkı yoktur. Komutan delil ikamesi talebinde bulunamaz, tanık dinletemez. Buna karşılık duruşma sırasında 132. maddeye göre sanığın tutuklanmasına karar verilmiş ise, komutanın bu karara karşı itiraz yoluna başvurması mümkündür. Çünkü maddede kimlerin itiraz edebileceği belirtilmemiş, sadece 74. maddeye göre itiraz edilebileceği belirtilmiştir. 74. maddede ise komutan, tutuklama kararına itiraz edebilecek kimseler arasında sayılmıştır. Komutanı sırf bu yetkisine dayanarak ceza muhakemesi süjelerinden biri saymaya imkan yoktur. Bununla beraber komutanın muhakeme işlemlerine katılması, disiplin mahkemelerinde daha etkin olarak kendini göstermekte ve disiplin yargılamasında komutan taraf gibi hareket etmektedir. Disiplin subayı komutanın bir nevi yardımcısıdır, dolayısıyla komutanı, disiplin mahkemesinde muhakeme süjelerinden biri saymak mümkündür.

Komutana tanınan yetkilerden bir kısmı örneğin; tutuklama isteminde bulunmak, arama kararı vermek, kanun yoluna başvurmak gibi yetkiler, ceza yargılamasında taraflara; sanığa, iddia makamına, suçtan zarar görene ve katılana tanınan haklardır. Komutan askeri savcının verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına, sanık hakkında kamu davası açılması gerektiği düşüncesiyle itiraz ederken suçtan zarar gören adına hareket etmektedir. Buna karşılık, sanık adına kanun yoluna başvururken müdafinin görevini yapmaktadır. Sanık aleyhine hükmü temyiz ederken hem iddia makamının görevini yapmakta hem de katılanın vekili gibi davranmaktadır. Buna karşılık kararların yerine getirilmesine ve tebliğine aracılık yaparken bir bakıma zabitanın görevini üstlenmektedir. Sanığın tutuklanmasını isteme yetkisi, ceza yargılamasında yalnızca Cumhuriyet Savcısı'na tanınmıştır. Askeri yargıda komutan da tutuklama isteminde bulunabilmektedir. Komutana, mahkemenin kullanabileceği yetkiler de verilmiştir; gerçekten de komutan, askeri savcı ile anlaşarak tutukluyu serbest bırakırken, onay makamıdır ve ikisi birlikte yargılama makamının, askeri mahkemenin yetkisini kullanmaktadırlar.

Şu halde komutan askeri ceza yargılamasında, duruşmaya katılmamakla beraber bazı muhakeme işlemlerini gerçekleştirmek suretiyle yargılama faaliyetine iştirak etmektedir. Bu yönüyle askeri ceza yargılamasının sükelerinden biridir ve taraftır. Komutanın taraf oluşu, klasik anlamda bir taraflık değildir. Çünkü komutan duruşmaya iştirak etmemekte ve sadece sanık veya sadece katılanın haklarını kullanmamaktadır. Bazen sanık lehine, bazen katılan lehine, bazen de her ikisinin leh veya aleyhine hareket etmek yetkisine sahip bulunmaktadır. Bu yönüyle komutan askeri savcı gibidir. Komutanın bu yetkilerini dikkate aldığımızda, onun askeri ceza yargılamasının bir tarafı olduğunu, ancak bu taraf olmanın, kanundan doğan, askeri ceza yargılamasına özgü bir nitelik taşıdığını söyleyebiliriz. Çünkü; komutan gerçekte suçtan doğan ceza ilişkisinin bir tarafı değildir. Komutan, şahsına karşı suç işlenmesi hali hariç, kural olarak suçun mağduru olmadığına göre, suçtan zarar gören taraf da değildir. Bu nedenle komutanın kamu davasına katılması da söz konusu değildir. Suçun mağduru olduğu durumlarda komutan kamu davasına katılabilir; bu takdirde de katılanın haklarını kullanabilir. Mutlaka bir taraf adı konulacaksa komutan, *"kanundan doğan taraf"*tır ve *"silahlı kuvvetler tarafı"*dır. Çünkü bu yetkiler komutana, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta veya kurumun en büyük amiri olması sebebiyle tanınmıştır.

Bu yetkileri: 1. Hazırlık soruşturmasının başlatılmasına, 2. Yapılmakta olan soruşturma hakkında bilgi edinilmesine, 3. Tutuklamaya, 4. Hazırlık soruşturması işlemlerine katılmaya 5. Kararların tebliği ve yerine

getirilmesine, 6. Kanun yollarına başvurmaya, 7. Hükümün infazına ilişkin olmak üzere altı grupta toplamak mümkündür. Kanun'daki sıraya göre bu yetkiler:

- a. Mahkemenin subay üyelerini seçmek (m. 4,5).
 - b. Hazırlık soruşturmasını açtırmak (m. 8,95/3).
 - c. Yapılmakta olan hazırlık soruşturması hakkında askeri savcıdan bilgi istemek (m. 8/1,102).
 - d. Savaş halinde soruşturmanın ve duruşmanın geri bırakılmamasını askeri savcıdan istemek (m. 20/5).
 - e. Askeri mahkemenin yetkisi ile ilgili olarak talepte bulunmak (m. 24, 27).
 - f. Davanın nakli talebinde bulunmak (m. 29).
 - g. Kararların yerine getirilmesine ve tebliğine aracılık yapmak (m. 49, 116).
 - h. Kanun'da belirtilen sebepleri bulunmak kaydıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama ve elkoyma kararı vermek ve icrasını sağlamak (m. 66).
 - i. Tutuklamaya ilişkin yetkileri
 - ii. Tutuklama isteminde bulunmak (m. 70, 95/3).
 - iii. Tutuklama isteminin reddine, tutuklamaya ve tutukluluk halinin devamı kararlarına itiraz etmek (m. 74, 75/2),
 - iiii. Tutuklunun askeri savcı tarafından salıverilmesi konusunda görüş bildirmek (m. 78/2).
 - j. Geçici olarak işten el çektirme (m. 84),
 - k. Askeri savcının kararlarına itiraz (m. 107, 112/2),
 - l. Kanun yollarına başvurmak (196, 200, 201/2, 209/2, 233, 248/2, 250/3, 254/2, 258/son),
- (Komutan; itiraz, temyiz karar düzeltilmesi, yargılamanın yenilenmesi ile tali ceza davalarına ilişkin olarak verilen kararlara karşı kanunyollarına başvurma hak ve yetkisine sahiptir.)

m. Subaylar hakkındaki ceza hükümlerinin infazı (m. 244/5),

n. Bazı suçlara ilişkin ceza hükümlerinin yerine getirilmesinin ertelenmesini teklif etmek (246/son, 259).

Komutana tanınan bu yetkilerden yalnızca hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması mümkün görülmeyenler üzerinde durulacaktır.

B. Komutanın Refakatindeki Askeri Savcıya Soruşturma Açtırmak Yetkisi

1. Genel Olarak

Komutanın bu yetkisi 353 sayılı Kanunu'nun 8 ve 95. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu hükümlere göre, askeri ceza yargılamasında askeri savcılar doğrudan doğruya hazırlık soruşturması yapma yetkileri yoktur. Kural olarak askeri savcı, suç evrakının, komutanın yazılı olarak vereceği soruşturma açılması hususundaki emri ile kendisine gönderilmesi üzerine soruşturmaya başlayabilir.

2. Suç İhbar ve Şikayeti ve Komutanın Soruşturma Emri Vermesi

Askeri yargıya tabi suç ihbar ve şikayetleri sanığın amirine yapılır. Şikayet eden veya ihbarda bulunan asker kişi ise, bu talebini en yakın amirine bildirir. Eğer en yakın amirden şikayet olunacak ise bir derece üstündeki amire yapılır; yani şikayet olunacak amir geçilerek bir üst amire şikayet yapılır (İç Hz. K. m. 27). Sanığın amiri ile şikayetçinin amiri farklı kimseler ise doğrudan doğruya sanığın amirine de şikayette bulunulmasında bir sakınca yoktur (İç Hz. K. m. 30/son).

Asker kişilerden başkası tarafından yapılacak sözlü veya yazılı ihbar ve şikayetler CMK hükümleri dairesinde (m. 158) kolluk makamına, valilik veya kaymakamlığa, kamu kurumuna veya Cumhuriyet Savcısı'na yapılabilir gibi doğrudan doğruya sanığın amiri olan makama da yapılabilir.

Cumhuriyet Savcılıkları'na veya zabıta makam ve memurlarına yapılacak askeri yargıya tabi suç ihbar ve şikayetleri sanığın amiri olan makama gönderilir (m. 95/1).

Suç ihbar ve şikayetleri yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Sözlü olarak yapılmış ise bu hususta bir tutanak düzenlenir(353/93-2; 211/27-son).

Askeri birlik komutanı maiyetinde bulunan birinin bu şekilde veya bir başka suretle öğrendiği suçları hakkında askeri mahkemede soruşturma yapılması gerekiyorsa, sanığın kimliğini, isnat olunan suç ve bu suçun delillerini gösteren bir vaka raporu düzenler ve adli yönden bağlı bulunduğu askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu kıta komutanı veya askeri kurum amirine gönderir (m. 95/2).

Teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan, suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya gönderir ve sanığın tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de bildirir.

3. Adli Müşavirin Soruşturma Emri Vermesi

Komutan, subay veya astsubayların işledikleri suçlar dışında, diğer kişilerin işledikleri suçlara ait suç evrakını, soruşturma yapılması istemiyle askeri savcıya göndermek üzere askeri hakim sınıfından olan adli müşavirlere yetki verebilir. Yetki verilen konularda kıta komutanı veya kurum amirine tanınan kanuni yetkiler adli müşavirler tarafından kullanılır (m. 95/3).

4. Komutanın Adli Yetkisini Devretmesi

Komutanın kanuni veya şahsi engelleri yetkilerinin kullanılmasına imkan vermez ise bu yetkiler kanuni vekillerine geçer.¹⁰

Askeri savcı, kendisine suç dosyasının gönderilmesinden, yani bir suçun işlendiğini bu yolla öğrenmesinden sonra hazırlık soruşturması yapabilir.

5. Askeri Savcının Kendiliğinden Hazırlık Soruşturmasına Başlaması

Askeri savcının, komutanın emri olmadan hazırlık soruşturmasına başlayabilmesi üç halde mümkündür. Bunlardan biri ağır cezalı işler, diğeri *“gecikmesinde sakınca bulunan hal”*in söz konusu olmasıdır . Üçüncü-

¹⁰ Eski düzenlemeye göre; adli amirin yetkisini kullanmasına bir engel varsa, adli amirlik yetkisi vekiline intikal ediyordu (1631/14). Bunun dışında adli amirin, hakimın davaya bakması yasaklı olan hallerle tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerin bulunması halinde, adli amirlik görevini vekiline devretmesi gerektiği öngörülmüştü (1631/69). Yürürlükteki 353 sayılı Kanun’da böyle bir hükme yer verilmemiştir.

sü de, yapılmakta olan hazırlık soruşturmasının bir başka kişi veya suç kapsadığının anlaşılması halidir.¹¹

a. Ağır Cezalık İşler: Ağır cezalık suç kavramı, yeni düzenlemede ağır hapis cezasının kaldırılması nedeniyle oldukça daralmıştır. Yeni düzenlemede ağır hapis cezası ve hapis cezası ayırımı kalktığından ağır cezalık işleri, ağır ceza mahkemelerinin görevlerini esas alarak belirlemek uygun olacaktır. Ağır ceza mahkemelerinin görevini, 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi belirlemektedir. Bu hükme göre;

1. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını,
2. Müebbet hapis cezasını,
3. On yıldan fazla hapis cezasını.

Gerektiren suçlara ilişkin davalara ağır ceza mahkemesinde bakılacaktır. Şu halde bu cezaları gerektiren suçlar ağır cezalık işlerdir. Ayrıca CMK'nın 250/1 maddesinde yazılı suçlara ilişkin davalara da ağır ceza mahkemelerinde bakılması gerektiğinden, bu maddede yazılı suçların da ağır cezalık işlerden kabul edilmesi gerekir.

b. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller: Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ise, soruşturmaya başlanmadığı takdirde delillerin ve suç izlerinin kaybına, yok olmasına, şüpheli veya sanığın kaçmasına yol açacak durumları ifade eder. Gecikmesinde sakınca olup olmadığı her olaya göre değişir ve bunun takdiri şüphesiz askeri savcıya aittir. Bununla

¹¹ Askeri savcılarının komutanın emri olmadan kendiliğinden soruşturmaya başlamaları sorun yaratmış ve bu sorun yargı kararlarına da yansımıştır. Yardımcı askeri savcının, bir ihbar üzerine, komutanın emri olmadan hazırlık soruşturmasına başlaması nedeniyle kuvvetinin değiştirildiğini iddia eden askeri savcının açtığı davada, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Genelkurmay Başkanlığı'nca tesis edilen idari işlemi, Anayasa'nın ve 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun öngördüğü "askeri yargı bağımsızlığı" ve "askeri yargıç güvencesi" ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Askeri savcı dava dilekçesinde, yardımcısının komutanın emri olmadan soruşturmaya başlamasının yanında, kendisinin savcılık görevi yanı sıra adli müşavirlik görevini de yürüttüğünü, bir ihbarla ilgili olarak adli müşavir sıfatıyla yaptığı soruşturmanın sonuçlarını komutana arz ederek savcılığa soruşturma emri verilmesinin uygun olacağını söylemesi üzerine, komutanın konuyu kuvvet komutanıyla görüştüğünden sonra değerlendirme yapacağını söylediğini daha sonra da soruşturma emri vermeyeceğini bildirdiğini ileri sürmüştür (AYİM Drl. Krl. 27. 5. 1999/19-93 sayılı kararı).

beraber gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı geniş yoruma açıktır ve uygulamada sorun yaratmaktadır.

c. Yapılmakta Olan Hazırlık Soruşturmasının Başka Bir Kişiyi veya Suçu Kapsadığının Anlaşılması: Yapılmakta olan hazırlık soruşturmasının başka bir kişiyi veya suçu kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekirse, askeri savcı ivedi hallerde bu soruşturmayı kendiliğinden yapar. Bu takdirde durum komutana derhal bildirilir (m. 103). İvedi halden maksat, gecikmesinde sakınca bulunan durumlardır. Komutandan soruşturma emri istenmesinde soruşturmanın selameti bakımından bir sakınca yoksa, askeri savcı komutana suç duyurusunda bulunacak ve komutanın soruşturma emri vermesinden sonra soruşturmaya dahil edilmesi gereken kişi veya suçla ilgili olarak soruşturmaya başlayabilecektir.

6. Komutanın Hazırlık Soruşturması Açtırmak Yetkisinin Sınırı

Maddede; komutanın kendisine intikal eden suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya göndereceği yazılıdır. Bu hükme göre komutanın suç evrakını savcıya göndermeden işlemiden kaldırması, daha doğrusu soruşturma emri vermeme yetkisi de var mıdır? Bir başka ifadeyle komutanın soruşturma emri verme yetkisi, soruşturma emri vermeme yetkisini de kapsar mı?

Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı'nca verilen bir mütalaada, *“askeri mahkemede yargılama yapılmasını gerekli kılan ciddiye ve önemdeki evrakın işleme konulacağı belirtilmiş ve yetkinin kullanılmasının sorumluluğunun da yetki sahibine ait olması yetki/sorumluluk bağlantısının doğal bir sonucudur”* denilmiştir. İncelemek, bir değerlendirme yapmayı gerektirdiğinden, yaptığı değerlendirme sonunda soruşturma açılmasını gerekli görmeyen komutanın ihbar ve şikayeti işleme koymama yetkisine sahip olduğunu kabul etmek gerekir.¹² Bu husus komisyon tarafından yapılan değişiklik ile değişiklik gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Hükümet tasarısında madde, hazırlık soruşturması yapması için, komutanın askeri savcıdan talepte bulunabileceği şeklinde düzenlenmiş iken, Komisyon tarafından yeniden kaleme alınmış ve değişiklik gerekçesinde de *“Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan askerlik hizmetinin gerekleri dikkate alınarak, komutanın askeri savcıya soruşturma açtırması uygun mütalaa edilmiştir.”* denilmiştir. Komutanın soruşturma açtırmaması kararının, diğer unsurları

¹² H. Özbakan, *Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usul Kanunu*, C. I, s. 473, m. 95 açıklaması.

gerçekleşmek kaydıyla, astının suçu hakkında kasten takibatta bulunmamak suçunu veya görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği de gözden irak tutulmamalıdır.

Bunun dışında komutanın soruşturma emri verme yetkisi generaller bakımından sınırlıdır. Generalleri yargılamaya Genelkurmay Başkanlığı teşkilatında kurulan askeri mahkeme yetkili olduğundan generaller hakkında ancak Genelkurmay Başkanı soruşturma emri verebilir. Bununla beraber daha ast bir komutanlık teşkilatında kurulan askeri mahkemenin yetkisine giren bir kişi ve suç hakkında yapılan soruşturma sırasında, bu soruşturmanın bir generali de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekirse, ivedi hallerde, bu komutanın refakatinde bulunan askeri savcı soruşturmaya devam edebilir, fakat generali sanık sıfatıyla dinleyemez.

Komutan askeri hakimler hakkında da soruşturma emri verme yetkisine sahip değildir. Askeri hakimler hakkındaki ihbar ve şikayetlerle ilgili olarak 357 sayılı Kanun'a göre işlem yapılır. Askeri hakimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında veya askeri yargıya tabi suçları hakkında hazırlık soruşturması açılması 357 sayılı Kanun'un 23 ve bunu takip eden maddelerine göre Askeri Adalet Müfettişleri'nce yapılacak inceleme sonucuna göre Milli Savunma Bakanı'nın iznine tabidir.

Askeri savcılar, asker olmayan kişiler tarafından işlenen ve fakat askeri mahkemelerin yetkisine giren suçlar bakımından suç ihbar veya şikayeti üzerine komutanın emrini beklemeden kendiliğinden soruşturma yapmaya yetkilidir. Bu konuda komutanın hazırlık soruşturması emri vermesine gerek yoktur. Çünkü komutanın hazırlık soruşturması açtırma yetkisi asker kişilerle sınırlıdır. Her ne kadar sekiz maddede bu konuda bir açıklık yoksa da madde gerekçesi, 93 ve 95. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde bu yetkinin asker kişilerle sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak komutanın hazırlık soruşturması hakkında bilgi edinme yetkisi sadece asker kişilerle sınırlı değildir.

Komutanın soruşturma açtırma yetkisi niteliği itibariyle adli bir yetki olup bunun, askeri hizmetle ilgisi bulunmadığı kabul edilmektedir.¹³ Bu yetki, 1631 sayılı Kanun'un 86. maddesindeki yetkiyle paralellik arz etmektedir. Bu düzenlemeye göre adli amirin soruşturma emri üzerine hazırlık soruşturması, alaylarda bir "*adli subay*" ve daha üst makamlarda ise "*askeri adli hakim*" tarafından yapılmakta idi. Fakat soruşturma sonunda karar verme yetkisi yine adli amire aitti ve bunlardan "*tahkikata mahal olmadığına*" dair karara karşı üst adli amir teşkilatında itiraz edilebiliyordu.

¹³ R. Taşkın, a. g. e., s. 37.

Komutana yargısal nitelik taşıyan bir kısım yetkilerin verilmesi, bu bağlamda soruşturma açtırma yetkisi, askeri yargı ile genel yargı arasında nitelik ve gaye farkı bulunduğu düşüncesine dayanmakta ve “askerlik mesleğinin gerekleri” ile açıklanmaya çalışılmaktadır.¹⁴ Bu görüşte olanlara göre; askeri birlik komutanının haberi olmadan, o birlik komutanına bağlı asker kişi hakkında ceza kovuşturmasına geçilmesi, birliğin disiplinini temelin-den sarsar. Bu nedenle iş mahkemeye intikal edinceye kadar, yargı yetkisi komutana tanınmalıdır.¹⁵

Buna karşılık komutana yetki verilmesinin sanık bakımından teminat teşkil etmeyeceği, iş komutanların keyfine kalmış olacağı gibi adaletin de sarsılabileceği ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; askeri gereklerle sanığın menfaatlerini ve adalet düşüncesini birlikte ele alıp bağdaştırmak gerekir.

Askerlik mesleğinin gerekleri; askerliğin esasını oluşturan her an hizmete hazır olma, emre kayıtsız şartsız itaat ve disiplindir. Bu kavramlar, komutana idari nitelik taşıyan birtakım yetkilerin tanınmasını zorunlu kılmakla beraber, mutlaka adli yetki verilmesini gerektirmez.

Suç işlenmekle disiplin sarsıldığından, suç işlediği ihbar edilen bir kimse hakkında derhal soruşturmaya başlanılamaması, bu konuda komutanın emri olmadan hiçbir işlem yapılamaması ve onun emrinin beklenmesi disiplini daha ağır bir şekilde ihlal edebilecektir. Komutanın tasarrufunun yargı denetimine tabi olmaması ise keyfiliğe yol açar. Gerçekten de suç işlediği iddia edilen kişi hakkında yasal işlem başlatılması, her rütbedeki amire görev olarak verilmiş (İç Hz. K. m. 32), astının suçu hakkında kasten takibatta bulunmamak Askeri Ceza Kanunu’nda (m. 145), astının suçunu bildirmemek de 477 sayılı Kanun’da askeri suç olarak düzenlenmiştir (m. 54). Dolayısıyla, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanının emri olmadan soruşturmaya başlanması, emir komuta ilişkisini de olumsuz yönde etkilemeyecektir. Askeri yargıya tabi suç ihbar ve şikayetlerinin sanığın amirine yapılacağının düzenlenmiş olması da bu düşüncüyü doğrulamaktadır.

Diğer taraftan, suç işlediği ileri sürülen asker kişi hakkında komutan-dan habersiz ceza soruşturmasına başlanması ile komutanın emri olmadan soruşturmaya başlanılamaması ve komutanın bu konudaki emrinin yargı denetimi dışında tutulması aynı şey değildir.

¹⁴ Bu husus 95. madde gerekçesinde belirtilmiştir.

¹⁵ Bu görüş Askeri Ceza ve Harp Hukuku Derneği’nce 1964 yılında düzenlenen kongrede Prof. Leaute, tarafından ileri sürülmüştür (S., Erman, s. 344).

Ayrıca soruşturma başlatılması, askeri birlik komutanının bilgisi olmak kaydıyla, başlı başına hizmete engel teşkil eden bir durum yaratmamaktadır. Soruşturma ve ceza kovuşturması farklı kavramlardır. Her soruşturma mutlaka kovuşturmaya geçilmesini gerektirmez. Soruşturma sonunda şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi pekala mümkündür. Soruşturma aşamasında, ifadesine başvurulmamış ise, hakkındaki suç ihbarından ve soruşturmadan şüphelinin resmen haberi bile olmayabilir. Bu bakımdan soruşturmaya başlanması hizmeti olumsuz yönde etkilemez. Ancak kovuşturmaya başlanması halinde, kişinin gözetilmesine alınması veya tutuklanması gibi durumlarda hizmetin aksamaması söz konusu olabilir. Bu bakımdan, kendisine bilgi verilmesi kaydıyla, hazırlık soruşturmasına mutlaka komutanın emriyle başlanması askeri gereklilik bulunduğu söylenemez.

Halbuki genel yargıdaki sanıkla askeri yargıya tabi sanık arasında hukuki bakımdan bir fark yoktur.¹⁶ Dolayısıyla asker sanığın da, asker olmayan sanıkların sahip olduğu tüm sanık haklarından yararlandırılması gereklidir. Aksini düşünmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Ülkemizde askeri polis teşkilatının bulunmadığı da göz önüne alındığında, suç dosyalarının birlik komutanları tarafından askeri hiyerarşiye bağlı kalınarak askeri savcılığa gönderilmesinde sakınca olmadığı gibi bir bakıma zorunluluk vardır. Yani suç dosyasının teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan tarafından askeri savcıya gönderilmesi, komutanın suç evrakını işlemden kaldırma veya göndermeme yetkisi olmadığı sürece, hukuk devleti ilkesiyle çelişmez. Genel yargıda da zabıta amir ve memurlarına yapılan suç ihbar ve şikayetleri de belirli bir prosedür izlenerek Cumhuriyet Savcılıkları'na intikal ettirilmektedir. Ancak komutanın, kendisine gönderilen suç evrakını işlemden kaldırması ve bu tasarrufunun yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Bütün bunlara rağmen, komutanın soruşturma emri vermesi mutlaka gerekli görülüyorsa, bu takdirde hiç olmazsa komutanın soruşturma emri vermemesinin yargı denetimine imkan verecek şekilde düzenlenmesi, hukuk devleti ilkesine daha uygun düşecektir.

Diğer taraftan, Ceza Muhakemesi'nde olduğu gibi, Askeri Ceza Muhakemesi'nin amacı, askeri menfaatlerle sanığın hakları arasında uygun bir denge kurmak suretiyle, adil yargılanma hakkını da gözeterek maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu takdirde verilen karar adil olabilir. Adaletsizlik de bir disiplinsizliktir. Nitekim İç Hizmet Kanunu'nun 17. maddesinde;

¹⁶ S. Erman, s. 345.

“maiyetine karşı tarafsız ve hakkaniyetli davranmak” amirin vazifelerinden biri olarak sayılmıştır. Bu nedenle sanık hakları gözetilmeksizin verilecek karar, disiplini, suç işlenmiş olmasından daha ağır bir şekilde sarsacaktır.

Komutanın soruşturma açtırma yetkisi, niteliği itibariyle Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’daki izin müessesesine benzemekle birlikte niteliği tamamen farklıdır. İzin, ceza yargılamasında dava şartlarından biridir. İzin verilmediği takdirde kamu davası açılmaz; açılırsa, usulüne uygun olarak açılmış bir dava bulunmadığından bu davaya bakılamaz. Halbuki komutanın yetkisi bir dava şartı olmayıp bir düzenlemedir. Komutanın soruşturma emri olmadan askeri savcı soruşturmaya başlamış ve kamu davasını açmış ise bu, usulüne uygun olarak açılmış bir davadır ve sırf komutanın soruşturma emri vermemesi sebebiyle reddi mümkün değildir. Diğer taraftan komutanın bu yetkisi mutlak ve soruşturma açılması veya soruşturma emri vermemesi kararlarına karşı bir kanun yolu öngörülmemiştir.

Bilindiği gibi, 4483 sayılı Kanun’a göre; Cumhuriyet Başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni istemek zorundadırlar. Diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri de, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikayet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletmekle yükümlüdürler.

Bu merciin izin vermesi veya izin verme istemini reddetmesi halinde, verilen karara karşı sanığın statüsüne göre Danıştay’a veya bölge idare mahkemesine itiraz yoluna gidilebilmektedir.

Sonuç olarak komutanın soruşturma açtırma yetkisinin yargı denetimine tabi olmaması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

C. Komutanın Askeri Mahkemede Bulunacak Subay Üyeyi Seçme Yetkisi

1. Askeri Mahkemelerin Yapısı ve Subay Üye

25.10.1963 Tarih ve 353 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, askeri mahkemelerin iki askeri hakim ve bir subay üyeden, Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki askeri mahkemenin general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hakim ve iki general veya amiralden kurulacağı öngörülmüştür. 16. 10. 1981-2538 değişikliği de mahkeme kuruluşunda nitelik bakımından

bir değişiklik yapmamış; bu Kanun'la eklenen fıkrada, iki yüz ve daha fazla sanıklı davalarda askeri mahkemenin dört hakim ve bir subay üyeden kurulacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra aynen korunmuştur. Dolayısıyla bugün için askeri mahkemeler kuruluşunda subay üye bulunmaktadır. Bununla beraber 1981-2376 Değişikliği ile tek hakimli askeri mahkeme kuruluşu da benimsenmiştir. Ek 1. madde hükmüne göre subay ve astsubayların işledikleri suçlar dışında kalan belirli ağırlıktaki suçlara ilişkin davalara askeri mahkemenin hakim sınıfından olan üyelerinden biri tarafından bakılmaktadır. Tek hakimle kurul halinde çalışan askeri mahkeme arasındaki görev uyumsuzluklarını Askeri Yargıtay çözümler. Şunu da belirtelim ki, Askeri mahkeme bulunan ülkelerin birçoğunun mahkeme kuruluşunda subay üye yer almaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabulünden sonra, AB müktesebatı da dikkate alınarak Milli Savunma Bakanlığı'nca 353 sayılı Kanun'un değiştirilmesi için çalışmalara başlanılmış, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı'nca hazırlanan taslak metin bu gün için aynı Bakanlık Kanunlar Dairesi'ne sunulmuş bulunmaktadır. Yeni hazırlanan taslakta da eski kuruluşun korunduğu, daha doğrusu mahkemenin kuruluşuna ilişkin hükümlere dokunulmadığı öğrenilmiştir.

a. Subay Üyelerin Statüsü

Mevcut düzenlemeye göre subay üyeler ile yedekleri, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında o mahkemenin yetkisine giren birlik ve kurum mensupları arasından bir yıl süre ile değiştirilmemek üzere seçilmekte ve bunların görevlerini yapmalarına sürekli engeller çıktığında yerlerine başkalarının seçilmesi mümkün bulunmaktadır (m. 4). Ancak görülmekte olan bir davada görev alacak subay üye, askeri mahkeme kıdemli hakimi tarafından, duruşma hazırlığı aşamasında, komutan tarafından seçilenler arasından, sanığın rütbesi ve hizmet durumu göz önünde bulundurularak belirlenmektedir (m. 116). Bu şekilde belirlenen subay üyenin, izinli olması veya görev veya kurs gibi nedenlerle görevinden geçici olarak ayrılması durumunda, seçilmiş olan üyelerden rütbesi itibarıyla uygun bulunan bir başka subay, kıdemli hakim tarafından duruşmaya davet edilmektedir. Bu şekilde aynı davada bir veya birden fazla subay üyenin duruşmaya katılması mümkün bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, subay üyenin askeri mahkemedeki görevi, ek görev niteliğinde olup duruşma süresiyle, duruşma tek celsede bitmemiş ise oturum süresiyle sınırlıdır.

Subay üyeler; subay statüsünde olmaları nedeniyle mesleğe kabul, terfi, atama, disiplin ve emeklilik gibi özlük hakları ile yargılanmaları bakımından 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine tabidirler. Diğer taraftan nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amiri, subay üyenin çoğunlukla sicil yada disiplin amiri olup disiplin cezası vermek yetkisine de sahiptir. Bu nedenle subay üyeler, statüleri itibarıyla idareye bağlı oldukları gibi, askeri hakimlerin sahip oldukları güvencelerden hiçbirine sahip değildirler.

Bu nedenlerle, statüsü itibarıyla tamamen yürütme organının emrinde bulunan ve hakim güvencesine sahip bulunmayan subay üyenin, cezalandırma korkusu olmasa bile, tayin veya düşük sicil endişesiyle komutanın etkisi altında kalarak hareket etmesi az da olsa ihtimal dahilindedir. Subay üye etki altında kalmamış olsa bile, onun statüsü, bu konuda kuşku duymak için yeterli bir nedendir. Özellikle komutana karşı işlenmiş olan suçlarla suçun mağdurunun subay üyenin amiri olduğu durumlarda, onun etki altında kaldığı, hatta emre göre hareket etmiş olabileceğinin ileri sürülmesi ihtimali daha yüksektir. Bu durum mahkemenin bağımsızlığına olan güven duygusunu sarsacaktır.

Bununla beraber subay üyenin somut bir davaya göre değil de, her yılın Aralık ayında birden çok sayıda seçilmesi ve görülmekte olan bir dava için duruşma hazırlığı aşamasında kıdemli hakim tarafından, sanığın rütbesi göz önüne alınarak belirlenmesi, sanık açısından, az da olsa bir teminat teşkil etmektedir.

Ancak, mahkemelerin bağımsız olmaları kadar, bağımsız bir görünüme sahip olmaları da önemlidir. Askeri mahkemede görev aldığı sürenin dışında, idarenin emrinde olan ve hiçbir teminata sahip bulunmayan bir subayın, idarenin, komutanın etkisi altında kalmadığından, dolayısıyla bağımsızlığından bahsedilemez.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sıkıyönetim askeri mahkemeleri ile ilgili kararlarında (Arap Yalçın ve diğerleri, Mehmet Ali Yılmaz ve Kızılöz davaları) ise; öncelikle subay üyenin ilgili sıkıyönetim ve/veya kolordu komutanının emir komutası altında olduğunu ve bu üyenin hiçbir şekilde bu makamlardan bağımsız olmadığını kabul etmiştir.¹⁷

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Engel davasında Hollanda Yüksek Mahkemesi'nde asker üyeler bulunmasını, bunların teminatlı olmayıp görevden alınmaları mümkün olduğu halde yemin ederek göreve başlamalarını dikkate alarak, bağımsızlık ilkesine aykırı görmemiştir Kunter-Yenisey, 7. 9-II (83).

Diğer taraftan, subay üyenin askeri mahkeme kuruluşunda bulunmasını, askerlik mesleğinin gerekleri ile de açıklamak oldukça zordur. Çünkü, subay üyenin askeri mahkemedeki görevi idari değil, tamamen yargısal bir nitelik taşımaktadır. Halbuki mahkeme kurulunda bulunanların bu görevlerini en iyi şekilde yapacak niteliklere sahip olmaları gerekmektedir. Mahkeme başkanının duruşmanın inzibatını sağlamak görevi de yargılama faaliyetinden ayrı düşünülemez. Kaldı ki mahkeme başkanlığı subay üyelere mahsus bir görev de değildir. Nitekim 353 sayılı Kanun'un 4/son maddesine göre, askeri mahkeme kurulunda bulunanların en kıdemlisi mahkeme başkanlığı görevini yapar. Bu hükme göre duruşma hakiminin de başkan olması mümkündür. Bu husus dikkate alındığında duruşmanın inzibatını sağlamak için hakim sınıfından olmayan bir subaya ihtiyaç olduğu söylenebilir. Ayrıca, 353 sayılı Kanun'da 21.1.1981- 2376/8 ile değişiklik yapılarak bazı suçlarda (subay ve astsubayların işledikleri suçlar hariç) tek hakimden oluşan askeri mahkeme kuruluşu benimsenmiştir. Nitekim öğretilerde de, son zamanlarda sıkıyönetim askeri mahkemelerinde sivil hakim ve savcılardan yararlanılması nedeniyle, askeri mahkemelerin yalnızca askerlerden ve askeri hakimlerden kurulması gerekmediği haklı olarak ileri sürülmüştür.¹⁸

Askeri mahkemelerin kuruluşunda yapılan bu değişiklik, yani kuruluşunda subay üye bulunmayan tek hakimli askeri mahkemelerin varlığı da, askeri mahkemelerin kuruluşunda yer alan subay üyenin varlık gerekçesinin "*askerlik mesleğinin gerekleri*" olamayacağını göstermektedir.

Dolayısıyla Genelkurmay Başkanlığı ve MSB'ce, askeri mahkemelerin kuruluşunun subay üyeler açısından gözden geçirilerek yeni bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

Kanaatimizce, subay üyenin mahkeme kuruluşundan çıkarılması en iyi bir çözüm yolu olarak görülmektedir. Şayet subay üyenin askeri mahkeme kuruluşunda bulunmasında fayda görülüyorsa o zaman da subay üyenin bağımsızlığını sağlayacak teminatlar getirilmelidir.¹⁹ Bu yapılırken Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşunda yer alan kurmay subayların statüleri örnek alınabilir.

b. Askeri Hakimlerin Statüsü

Askeri hakimlerin mesleğe kabulü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'na göre, Milli Savunma Bakanlığı'nca yapılan bir sınavla olmaktadır.

¹⁸ Kunter-Yenisey, 7.9, II (83) s. 139.

¹⁹ *Askeri Yargıtay'ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Sempozyumun değerlendirilmesi, (F. Yenisey) s. 141.

Meslekte yükselmeleri de yine İdare tarafından yapılmaktadır. Askeri hakimlerin derece ve rütbe yükselmeleri, mesleki ve subay sicil belgelerinde belirlenen notlara göre olmaktadır. Mesleki Sicil Belgesi Askeri Yargıtay ve Askeri Adalet Müfettişleri tarafından, Subay Sicil Belgesi ise askeri hakim subayın kuruluş bağlantısına göre, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından düzenlenmektedir.²⁰

357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun²¹ 12. maddesinin birinci fıkrasında, askeri hakim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterliliklerinin sicil ile saptanacağı hüküm altına alınmış ve bu fıkranın (A) bendinde sicil belgelerinin; general-amiral sicil belgesi, subay sicil belgesi ve mesleki sicil belgesi olmak üzere üç çeşit olduğu ve bunların kapsamaları ile kimler hakkında düzenleneceği açıklanmıştır. (B) bendinde de subay sicil belgesini düzenlemeye ve sicil vermeye yetkili idari sicil üstleri belirtilmiştir. Bu hükmeye göre, birinci sicil üstü: sicili düzenlenecek askeri hakim subayın kuruluş bağlantısına göre teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri;

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

Üçüncü sicil üstü: Kuruluş bağlantısına göre ikinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan komutan veya amir durumunda bulunan subaydır.

Ancak kıdemli hakimler, birlikte çalıştıkları hakimlerin, askeri savcılar birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının, adli müşavirler de birlikte çalıştıkları adli müşavir yardımcılarının birinci sicil üstleridir.

Askeri hakimler hakkında sıralı sicil üstlerince not takdir edilmesinin ve bu notların meslekte yükselmelerinde nazara alınmasının hakim bağımsızlığına aykırı olup olmadığı dava konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kararında

²⁰ Askeri hakimler hakkında teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri amir tarafından sicil belgesi düzenlenmesi ve meslekte yükselmelerinin yarı yarıya bu sicil notlarına bağlı olması karşısında, askeri hakimlerin kendilerini bağımsız hissetmeyebilecekleri, esasen kendileri hakkında sicil düzenleyen komutanlara karşı bağımsızlıklarından şüphe edileceği ileri sürülerek bu durumun Anayasa'nın 9 ve 138. maddelerinde öngörülen bağımsızlık ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (K. Gözler, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 433).

²¹ Askeri Hakimler Kanunu (26 Ekim 1963 tarih ve 357 sayılı) 26.10.1963/11541(mükerrer) RG'de yayımlanmıştır. Düstur: 5. Tertip 2. Cilt s. 2191.

“askerlik mesleğinin gerekleri” esasının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatının elverdiği ölçüler içerisinde nazara alınmasının zorunlu olduğunu kabul etmiş, fakat hakim subaylar hakkında subay sicil belgesi düzenlenmesinin hakim bağımsızlığına aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.²² Halbuki Yüksek Mahkeme, 1974 yılında verdiği bir kararında Askeri Yargıtay üyeleri, daire başkanları, ikinci başkan ve başkan için sıralı sicil üstlerinin öngörülmüş olmasını yargı bağımsızlığı ve hakim teminatına aykırı bulmuştur.²³ 1990 yılında verilen kararda 1974 tarihli karara da atıf yapıldığı görülmektedir. Kararda açıkça ifade edilmemekle beraber, askeri mahkemelerde görevli askeri hakimlerin sıralı üstlerinden sicil almalarını yargı bağımsızlığına aykırı bulmaması karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin, Askeri Yargıtay’ın bağımsızlığı ile askeri mahkemelerin bağımsızlığını birbirinden farklı mütalaa ettiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi 2004 yılında, 631 sayılı KHK’nın 17. maddesinde yer alan “... askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz.” hükmünü, askerlik hizmetinin gereklerinin yargı hizmeti yönünden mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ilkelerinden önce geldiğinin düşünülmemeyeceği gibi, bu nedene dayanılarak mahkemelerin bağımsızlığının ve hakimlik

²² Yüksek Mahkeme’ye göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez öğelerindendir.

Askerlik ise, birçok yaşamsal işlevi bulunan ulusal bir görev alanıdır. Temeli emir-komuta düzeninin gerektirdiği saygı, itaat, disiplin ve özveridir. İşlerin önemi ve özelliği nedeniyle yerleşmiş gelenek ve görenekleri korumakta özen göstermek zorunludur. Askeri yargının kabul edilmiş olması askerlik hizmetinin gereklerinden kaynaklanmaktadır. Anayasa’nın 145. maddesinde öngörülen mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gerekleri ilkelerinin bir arada ve birbirleriyle uzlaştırılmak suretiyle yapılacak bir düzenlemenin Anayasaya en uygun çözüm biçimi olacağına kuşku yoktur. Ancak böyle bir uzlaştırma ve bağdaştırmanın olanaksız bulunması durumunda “askerlik hizmetinin gerekleri” esasının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatının elverdiği ölçüler içinde nazara alınması zorunlu olacaktır.

Silahlı kuvvetlerde korunması gereken ilke ve kuralların başında hiç kuşkusuz disiplin gelir. Amir-maiyet, ast-üst ilişkilerinin askeri hizmetin gereklerine uygun bir düzeyde tutulabilmesi ancak sağlam bir disiplinle başarılabilir. Disiplin silahlı kuvvetlerin “olmazsa olmaz” koşuludur. Askeri hakimler de askerliğin bu kurallarına ve onu ayakta tutan disipline uymak zorundadırlar. Askeri hakimler sıfat ve statülerinin gereği olarak hakimlikle beraber subaylık kimliklerini de özenle korumak ve kollamak zorundadırlar. Askeri hakimlerin bu niteliklerinin belirlenip değerlendirilmesinde salt mesleki sicilleri yeterli olmaz. Bunlarda da karşılıklı astlık üstlük ilişkileri içinde oldukları subaylarda aranan tüm niteliklerin bulunması gereklidir. Bu da ancak kuruluş bağlantısına göre sicil üstleri tarafından askeri niteliklere verilecek notlarla sağlanabilir. AYMK, 11.12.1990 T. E. 1989/17, K. 1990/33 (RG, 15.6.1991-20902).

²³ AYMK, 10.1.1974 tarih ve E. 1972/49, K. 1974/1 (RG, 24.6.1974-14925).

teminatının zedelenmesine izin verilemeyeceğini belirttikten sonra şu gerekçelerle iptal etmiştir: *“Askeri hakim sınıfı subaylara, diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi hakimlik görevinin gereğidir. Görev tazminatı, hakimlik görevinin niteliği ve özelliği göz önünde bulundurularak saptanacağına göre rütbe, tazminatın belirlenmesinde etkileyici olmamalıdır. Başka bir anlatımla bu tazminat ilgililere, belirli bir rütbede oldukları için değil, hakim ve savcı oldukları için verilmektedir.*

Görevi gereği yüksek hakimlik tazminatını alma bakımından diğer hakimlerle aynı hukuksal durumda bulunan askeri hakim sınıfı subayların bir bölümünün, yargı hizmeti dışındaki bir hizmetle kıyaslama yapılmak suretiyle, görev tazminatlarının sınırlandırılması askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanmadığı gibi Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır.”²⁴ Bu gerekçeler karşısında Anayasa Mahkemesi’nin 1990 yılında verdiği kararda benimsediği görüşlerden ayrıldığı sonucuna varılmaktadır.

Esasen hakim bağımsızlığına yerel mahkemeler ve yüksek mahkemeler için farklı anlamlar vermek bağımsızlığın maiyetine aykırı düşeceğinden, Anayasa Mahkemesi’nin bu son kararının yerinde ve hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Askeri hakimlerin subay sicili almaları konusunda da aynı düşüncüyü paylaşıyoruz. Subay sicili almak, bağımsızlığa ya aykırıdır yada değildir; bu durum yüksek mahkeme üyesi için farklı, ilk derece hakimi için farklı sonuçlar doğurmamalıdır.

Bununla beraber askeri hakim subaylar, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ve askeri hakim subay olmaya engel suçluluk halleri hariç, rütbelerinin yaş haddine kadar hizmete devam ederler. Bir başka ifadeyle, subayların kadrosuzluk nedeniyle istekleri dışında emekli edilmeleri mümkün olduğu halde, askeri hakim subaylar, kadrosuzluk nedeniyle emekli edilemezler.²⁵ Ancak Askeri hakimlerin, Mili Savunma Bakanı tarafından disiplinsizlik ve ahlaki nedenlere dayalı olarak emekli edilebilmelerine olanak sağlayan hüküm (357/22-C) de yargı bağımsızlığını zedeler niteliktedir.²⁶

Askeri hakimlerin bir başka göreve nakil ve tayinleri Milli Savunma Bakanı, Başbakan’ın müştereken imzaladıkları ve Cumhurbaşkanı’nın onay-

²⁴ AYMK, 12.5.2004 tarih ve E. 2003/57, K. 2004/57 (RG, 29.7.2004-25537)

²⁵ Askeri hakim subayların kadrosuzluk nedeniyle emekli edilmelerine olanak sağlayan 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu’nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kadrosuzluk” ibaresi, Anayasa Mahkemesi’nin 14.12.1998 tarih ve E. 1998/39-K. 1999/78 sayılı Kararı ile iptal edilmiş ve bu Karar 11.5.1999 tarih ve 23692 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁶ Centel, *Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, s. 112, dñn. 19.

ladığı kararname ile olur ve bu kararname *Resmi Gazete*'de yayımlanır. Askeri hakim ve askeri savcılar ile yardımcı askeri savcılar dört yıllık bir coğrafi teminata sahiptirler; bunların ikinci bölgede hizmet sürelerini tamamlamadan, birinci bölgede dört yıllarını tamamlamadan bir başka göreve atanmaları muvafakatlerine bağlıdır. Ancak birinci bölgede bulunan bir askeri hakim yada savcının ikinci bölgeye atanma sırası gelmişse veya sıkıyönetim mahkemesine atanması söz konusu ise muvafakat şartı aranmaz. Ayrıca, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması veya rütbe yükselmesi sebebiyle aynı kadroda kalmasına imkan olmayanların bir başka göreve atanmalarında da muvafakatlarının alınmasına gerek yoktur (357 sayılı Kanun m. 16).

Askeri hakimler ve askeri savcılar ile hakimlik ve savcılık mesleğinden sayılan görevlerde çalışan askeri hakim subaylara, almakta oldukları maaş derecesinin tekabül ettiği sınıf ve derecede bulunan adliye hakim ve savcılar ile yardımcılara verilen ödenek miktarı esas olmak üzere adliye hakim ve savcılar hakkındaki kanun hükümleri gereğince hakim ödeneği verilir (m. 18).²⁷

Askeri hakimler ve askeri savcılar ile yardımcılar görevli bulundukları mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle maaşlarından yoksun kılınamazlar (m. 18/5).

Atama, yer değiştirme terfi ve sicil işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu işlemlere karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde dava açılabilir. Ayrıca, Askeri Ceza Kanunu'nun 112. maddesi, askeri mahkemeler üzerinde tesir yapmayı suç sayarak, cezai yaptırıma bağlamıştır.

Buna karşılık askeri hakim subayların atama ve terfilerinin idare tarafından ve bu makamlarca verilen siciller esas alınarak yapılması ile Milli Savunma Bakanı'nın, askeri hakim subaylar hakkında 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 29. maddesi gereğince yazılı uyarı ve kınama cezaları vermek yetkisine sahip olması, hakim bağımsızlığını olumsuz etkileyen hükümlerdir.²⁸ Anayasa ve yasalarda bağımsız oldukları vurgu-

²⁷ Anayasa Mahkemesi, 12.5.2004 tarih ve E. 2003/57, K. 2004/57 sayılı Kararı ile (RG, 29.7.2004-25537), 4.7.2001 tarih ve 631 sayılı KHK'nın 17. maddesinin "... 26. 10. 1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'na tabi askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." şeklindeki hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, idarenin disiplin cezası verme yetkisine sahip olması, askeri hakim bağımsızlığını önemli ölçüde etkilemektedir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsızlık ve tarafsızlığı incelerken hakimlerin o dava için etki altında kalıp kalmadıklarını değil, genel olarak mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğini dikkate almakta; sanığın, mahkemenin

lanan askeri hakimlerin, bağımsızlıklarını güvence altına alan hükümlerle korunmaları gerekirken, mesleğe kabul, atama ve yer değiştirme, yükselme, disiplin ve emeklilik gibi özlük hakları yönünden idareye bağımlı kılınmaları büyük bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır.

Bütün bunlara rağmen askeri hakimlerimiz görevlerini yaparken, kanaatimizce, kötü sicil endişesi veya atama korkusu ile değil, tamamen objektif hareket etmişlerdir. Bu husus bilim adamları tarafından bilimsel toplantılarda açıkça ifade edilmiştir.²⁹ Komutanlar da bu konuda titiz ve

tarafı hareket etmiş olması konusunda endişe duymasının haklı görülebileceği durumlarda 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Nitekim bu Mahkeme, askeri hakimlerin statüsünün bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini tespit etmesine rağmen statünün diğer özelliklerini ve öncelikleri:

- a. Askeri hakimlerin yürütme organına bağlı ordu mensubu olmaya devam etmeleri,
- b. Askeri disipline tabi olmaları,
- c. Ordu tarafından verilen sicile göre terfi etmeleri,
- d. Atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunması,
- e. Teminatın dört yılla sınırlı olmasını,

Dikkate alarak bağımsız sayılamayacakları sonucuna varmış ve başvuruların bu konuda duydukları endişe ve şüpheyi haklı ve yerinde bulmuştur.

Gerçekten de ülkemizin bireysel başvuruyu kabul ettiği 1990 yılından bu yana, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinden verilen mahkumiyet kararlarıyla ilgili olarak yapılan başvurular üzerine verdiği kararlarında, bu mahkemelerin bağımsız olmadığı, dolayısıyla 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tespiti yaparken askeri hakimlerin statülerinin bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini kabul etmekle beraber, askeri hakimlerin yürütme organına bağlı olmalarını, terfilerinin ordu tarafından verilen sicile göre yapılmasını, atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunmasını ve Milli Savunma Bakanının disiplin cezası verebilmesini yargı bağımsızlığına aykırı bulmuştur. Ayrıca, askeri mahkemede görev yapan subay üyenin komutanın emrinde bir personel olduğunu, bu nedenle bu üyenin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Sonuç olarak, başvuruların sıkıyönetim askeri mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarıyla ilgili endişelerini haklı görmüş ve Sözleşme'nin 6/1 hükmünün ihlal edildiğine ve bu nedenle devletimizin başvurulara manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

Türkiye, bu kararlar üzerine Anayasa ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu'nda değişiklik yaparak askeri hakimleri DGM'lerin kuruluşundan çıkarmıştır. Ayrıca Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda da adil yargılanma hakkına aykırı görülebilecek hükümler yeniden düzenlenmiş, fakat ne Askeri Yargılama Usulü Kanunu'nda, ne de askeri hakimlerin eleştirilen statülerinde bir değişiklik yapılmıştır.

²⁹ U. Alacakaptan, 9 Nisan 1999 tarihinde Marmara Üniversitesi'nce gerçekleştirilen CMUK Sempozyumu'nda yaptığı konuşmada, özellikle yüksek askeri mahkeme hakimlerinin birçok konuda sivil hakimlerin önüne geçerek liberal ve özgürlükçü kuralların muhakeme hukukuna yerleşmesine bayraktarlık ettiklerini, ancak AİHM nin sübjektif bir tartışmanın içine girmediğini ifade etmiştir. *Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi CMUK Sempozyumu*, İstanbul 1999, s. 15-16.

duyarlı davranmışlardır. Ne var ki, vermiş olduğu karar nedeniyle hakkında kuvvet değişikliği yapıldığı iddiasıyla bir askeri hakim tarafından açılan dava üzerine bu idari işlemin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nce iptal edildiği de bir gerçektir.³⁰

Bu nedenle mevcut düzenleme, komutana ve onunla askeri hakim arasındaki ilişkilere göre sicil düzenlenmesine imkan vermekte, bu yönüyle de askeri hakimlere tanınan güvenceleri zayıflatmakta ve yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.

Sıkıyönetim askeri mahkemelerinden verilen kararlar ayrık tutulacak olursa, askeri mahkemelerin bağımsızlığı ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilmiş bize ulaşmış bir karar bulunmamaktadır. Bununla beraber, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin tarafsızlığı kavramlarına yukarıda değinildiği şekilde yaklaşılması karşısında, bu tür başvuruların yapılabileceğini ve Türkiye aleyhine sonuçlanacağını gözden ırak tutmamak gerekir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bu hakkın bir kısım suçlar ve yargı yerleri bakımından ayrık tutulması söz konusu olmayıp ancak savaş hali ve olağanüstü hallerde askıya alınması belirli sınırlar dahilinde kabul edilmiştir. Bu Sözleşme'nin 15. maddesinde;

³⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu'nun 27.5.1999 tarih ve 18-90 sayılı kararı. Bu karara konu olayda, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı'nda görevli olan askeri hakim subay, 357 sayılı Kanun'un 18/1. maddesinin atfı ile 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 24/G maddesi uyarınca Kara Kuvvetleri Komutanı'nın görüşü alınarak hizmet fazlası ve ihtiyaç nedeniyle Genelkurmay Başkanlığı'na Kara Kuvvetleri Komutanlığı'na nakledilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu işlemi "Anayasa askeri hakim ve sivil hakimi ayrı düşünmemiş, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından en küçük ayırıma yol açacak düzenlemeye izin vermemiştir. Anayasa'nın 138, 139, 140, 145, 156/4, 157/5, maddeleri ile As. CK'nın 112. ve askeri hakimler ile askeri savcılar hakkında soruşturma usulünü düzenleyen 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 23 ve devamı maddeleri yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini koruyan hükümlerdir. Bu nedenle 357 sayılı Kanun'un 18/1. maddesi ile 926 sayılı Kanun'a yapılan atfı, ancak hakimlik mesleğinin gereklerine, yargıç güvencesi ilkelelerine aykırı olmadığı sürece uygulanabilir. Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1974 tarih ve E. 1972/49-K. 1974/1 (RG, 24.6.1974) sayılı kararında bu durum ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, askeri hakimlerin kadrosuzluk nedeniyle yaş haddinden önce emekliye sevklerine olanak sağlayan 357 sayılı Kanun'un 21. maddesindeki "kadrosuzluk" ibaresini iptal ederek aynı uygulamayı sürdürmüştür (AYM, 14.12.1998 tarih ve E. 1998/39-K. 1999/78, sayılı kararı). (RG. 11.5.1999 tarih ve 23692 sayılı). Bir askeri hakim rızası olmadan kuvvetini değiştirmek yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile bağdaşmaz. Aksinin kabulü kuvvet değişikliğinin yanı sıra sınıf değişikliğine de olanak tanır. Davacının yaptığı yargısal faaliyetlerin tesis edilen idari işlemle bağlantısının araştırılması cihetine gidilmesine, davacı askeri hakim istemi olmadığı sürece kuvvetinin değiştirilmesine yasal olanak bulunmadığından, gerek görülmemiştir." şeklinde özetlenebilecek bir gerekçeyle iptal etmiştir.

“Harp veya bir milletin varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinde her yüksek akit taraf ancak, durumun zorunlu kıldığı oranda ve devletler hukukundan doğan diğer yükümlülüklerle çelişki teşkil eylememek koşuluyla, iş bu Sözleşme’de belirtilen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla savaş hali ve olağanüstü haller dışında, asker kişilerin veya askeri mahkemede yargılananların da adil yargılanma hakkına sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Öğretide bu görüş hakimdir.³¹

Bu nedenle, yerel askeri mahkemelerde görevli askeri hakimlerle ilgili güvence eksiklikleri giderilmelidir. Bu bağlamda atama, sicil ve disiplin kovuşturması başlıkları altında toplanabilecek olan özlük haklarının, askeri yüksek yargı organlarından oluşturulacak bağımsız bir kurul eliyle yürütülmesi uygun olacaktır.

2. Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu

Disiplin mahkemesi; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığı’nda eşiti) kıt’a karargah ve askeri kurumlar ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında kurulur. Sahil Güvenlik Komutanı’nın, Jandarma Genel Komutanı’nın, Kuvvet Komutanları’nın ve Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı’nın göstereceği lüzum üzerine veya doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığı’nca, diğer komutanlıklar, karargahlar veya askeri kurum amirlikleri teşkilatında da disiplin mahkemesi kurulabilir (477 sayılı Kanun m. 1).

Disiplin mahkemeleri biri başkan, ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulmaktadır. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerden biri astsubaylardan seçilir(m. 2).

Başkan ve üyeler ile bunların yedekleri, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında bu mahkemenin yetkisine giren birliklerdeki subay ve astsubaylar arasından değiştirilmemek üzere bir yıl için seçilirler(m. 3).

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri subay statüsündedirler; özlük hakları bakımından 926 sayılı TSK Personel Kanunu’na tabi olup herhangi bir teminatları yoktur. Bağımsızlık ve hakim teminatı bakımından askeri mahkemede görev yapan subay üye için söylenenler, bu mahkemede görev yapan başkan ve üyeler için de ge-

³¹ N. Centel, “Türk Hukukunda Askeri Yargıda Görev Yapan Hakimlerin Hukuki Statüsü”, *Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yılı Sempozyumu*, s. 104-122.

çerlidir. Disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri tamamen idarenin emrinde olup hiçbir güvenceye sahip değildir.

Diğer taraftan, duruşmanın yürütülmesi ve usul hükümlerinin yerinde uygulanması, yapılan işlemlerin tutanağa bağlanması, delillerin değerlendirilmesi, hüküm kurulması ve cezanın tayini hukuk bilgisi ve deneyimine ihtiyaç göstermektedir. Subay statüsünde bulunan başkan ve üyelerin askeri disiplin hakkında bilgi sahibi oldukları muhakkak olmakla birlikte, yeterli Ceza ve Ceza Usul Hukuku bilgi ve deneyimine sahip olmadıkları da bilinen bir gerçektir. Duruşma tutanaklarının usulüne uygun olarak düzenlenmemesi, eylemin yanlış nitelendirilmesi, savunmaya yeterli zaman ve imkan tanınmaması, ek savunma hakkı verilmemesi, sanığın lehindeki delillerin toplanması ve zamanaşımı kurallarına uyulmaması, hükmün gerekçesinin yetersiz olması gibi pek çok konuda hata yapıldığı yazılı emre konu olan dava dosyalarında sıkça görülmektedir. Bu tür hataların çokluğu, adalete ve disiplin mahkemelerinin güvenilirliğine gölge düşürmektedir. Ayrıca yapılacak bir başvuru sonunda disiplin mahkemelerinin bağımsız olmadığı ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılacak bir değerlendirme, bazı art niyetli kişilerce Silahlı Kuvvetler'imiz aleyhine kullanılabilecektir.

Bu nedenle disiplin mahkemelerinin yapısında da değişiklik yapılması, yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkı bakımından zorunludur.

D. Komutanın Tutuklamaya İlişkin Yetkileri

1. Komutan sanık hakkında hazırlık soruşturması açılması istemiyle suç dosyasını askeri savcıya gönderirken, sanığın tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de bildirir. Komutanın hazırlık soruşturması emriyle birlikte tutuklama isteminde bulunması şart değildir; hazırlık soruşturması devam ederken de istemde bulunması mümkündür. Soruşturma emrinin verilmesinden sonra edinmiş olduğu bilgiler doğrultusunda sanığın tutuklanması gerektiği sonucuna varabilir. Bu takdirde gerekçesi ile birlikte sanığın tutuklanması istemini askeri savcıya bildirir. Askeri savcı bu düşünceye iştirak etsin veya etmesin, komutanın istemini askeri mahkemeye intikal ettirmekle yükümlüdür. Askeri mahkeme de bu hususta bir karar vermek zorundadır (m. 70/2).

Tutuklamaya karar vermek yetkisi mahkemeye ait olduğu gibi, tutuklama müzekkeresinin kaldırılmasına karar vermek yetkisi de mahkemeye aittir. Bunun tek istisnası askeri savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesidir.

2. Komutan, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz edebileceği gibi, tutuklama ve tutukluluk halinin devamına dair kararlara da itiraz etme yetkisine sahiptir (m. 74, 75/2).

3. Tutukluluk halinin devamı konusunda görüş bildirmek.

353 sayılı Kanun'un 78. maddesine göre; Askeri savcı sanık hakkın-da kovuşturmaya yer olmadığına karar verirse, tutukluluk müzekkeresi hükümsüz kalır ve bu takdirde askeri savcı sanığın derhal salıverilmesini sağlar.

Askeri savcı soruşturmanın niteliğine göre tutukluluk halinin devamına lüzum görmezse, nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanının veya askeri kurum amirinin uygun mütalaası üzerine de sanığı serbest bırakabilir. Uygulamada, bu yola daha çok sanığın disiplin nedeniyle tutuklanması, fakat soruşturmanın uzun sürme ihtimalinin bulunduğu hallerde başvurulmaktadır.

Burada komutan ve askeri savcı birlikte hareket ederek mahkemeye ait olan bir yetkiyi kullanmaktadırlar. Komutan uygun mütalaa vermediği sürece askeri savcının, kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermeden sanığı salıvermesi mümkün değildir. Maddede her ne kadar kanun komutanın uygun mütalaasından söz etmekte ise de, komutan uygun bulmadıkça askeri savcının tutuklu sanığı serbest bırakması mümkün olmadığından komutanın bu yetkisi, basit bir görüş bildirme olarak kabul edilemez. Bu nedenle komutanın bu son yetkisi de hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

V. ADİL YARGILANMA HAKKI VE ASKERİ YARGI

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu hak Anayasa'mıza 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la girmiştir.³²

İlkeleri ilk kez 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'yle kabul edilen "*Adil Yargılanma Hakkı*", 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

³² Bu Kanun 17.10.2001 tarih ve 24556 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Bu maddenin birinci fıkrasında; mahkemelerin yasayla kurulmuş olması, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin tarafsızlığı gibi yargılama organlarının nitelikleri ortaya konulmuştur. Ayrıca yargılamanın dürüst ve açık olması ile makul bir sürede sonuçlandırılması gibi, yargılamanın işleyişine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Birinci fıkranın ikinci cümlesinde duruşmanın açık olarak yapılmasının istisnaları gösterilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında suçsuzluk karinesi yer almaktadır. 3. fıkra ise beş bent halinde sanığa tanınan hakların başlıcaları sayılmıştır. Bunlar: İsnadı öğrenme, bizzat veya müdafii eliyle savunma, savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olma, iddia tanıklarının sorguya çekme ve savunma tanıklarının dinlenilmesinin sağlanılmasını isteme ile bir tercümanın yardımından ücretsiz yararlanma haklarıdır.

Doktrin ve mahkeme kararları Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hakkaniyete uygun yargılama açısından beş temel ilkeyi daha geliştirmiştir. Silahlarda eşitlik ilkesi, hakim önünde sorguya çekilme hakkı, usuli işlem yapılırken hazır bulunma hakkı, delillerin ikame edilmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili haklar, hükmün gerekçeli olmasına ilişkin haklar. Bunlardan başka silahların eşitliği ilkesinden hareketle doktrin ve mahkeme kararlarıyla bir ilke daha geliştirilmiştir. Bu ilke, sanığın devlet tarafından gözetilmesi ilkesidir.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun'la onaylamıştır. Onay belgesinin, 18.5.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilmesiyle Sözleşme Türkiye açısından yürürlüğe girerek iç hukukumuzda yerini almış, böylece uygulanması zorunlu hale gelmiştir.

Adil yargılanma hakkı, Sözleşme'nin insan hakları ihlalleri bakımından kurduğu denetim mekanizması³³ ile güvence altına alınmıştır. Sözleşme'nin getirdiği en önemli güvence, İnsan Hakları Mahkemesi'ne "*bireysel başvuru hakkı*"nın tanınmasıdır. Türkiye bireysel başvuru hakkını 28.1.1987 tarihinden geçerli olmak üzere kabul etmiş ve 22.1.1990 tarihinden itibaren de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımıştır.

³³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşme'de güvence altına alınan hakların bir üye devlet tarafından ihlal edildiğini düşünen bir devletin bu devlete karşı yapabileceği devlet başvurusu ile kişiler ve resmi olmayan örgütlerce yapılabilen kişisel başvuru şeklinde ikili bir başvuruyu kabul etmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002 s. 34-38. Ş. Gözübüyük - F. Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, s. 14, 33 vd.

2. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı

Adil yargılanma ilkesi cezai alanda hangi yargı yerlerinde ve ne zaman geçerlidir? Belirli bir kategorideki suçlardan dolayı yargılama söz konusu iken bu hak göz ardı edilebilir mi? Yahut belirli suçları işleyen sanıklar yargılanırken söz konusu güvenceler gözetilmeyebilir mi? Örneğin; “*askeri suçlarda adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler uygulanmaz*” şeklinde bir düzenleme yapılabilir mi Devletin böyle bir kural koyması halinde usul hukuku açısından müeyyidesi nedir? Bu sorulara verilecek cevabı sözleşmenin hükümlerinden çıkarabiliriz.

Sözleşmeye göre, bir ülkede mahkemelerin türü ve derecesi ne olursa olsun ilgililerin her mahkemede ve derecede adil yargılanma hakkından yararlandırılması yükümlülüğü vardır. Bu bağlamda ülkemizde adli, idari ve askeri yargı yerlerinde yapılan yargılamalarda, ilk ve üst derece mahkemelerinde ilgililerin Sözleşme’nin 6. maddesinin sağladığı güvencelerden yararlandırılması gerekir.³⁴

Nitekim, Sözleşme’de yalnızca “*sanık*”tan söz edilmiş, suç ve kişi ayırımı yapılmamıştır. Anayasa’da da kişi, suç ve yargı yeri ayırımı yapılmaksızın, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir (m. 36/1).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında, devletin, belli bir kategorideki suçların tümünü, “*az önemli suç*” olarak niteleyerek sözleşmenin sağladığı garantilerin dışında tutmak hakkına sahip olduğu kabul edilerek yapılacak bir düzenlemenin 6. maddenin anlam ve amacına aykırı olduğunu belirtmiştir.³⁵

Öte yandan, 6. maddenin 3. fıkrasındaki haklar yalnız sanığa tanınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre sanık kavramının, iç hukuktaki anlamıyla değil, sözleşmenin bütünü açısından otonom bir kavram olarak yorumlanması ve anlaşılması gerekir.³⁶ Dolayısıyla ceza iddiası ve sanık kavramları şekli açıdan değil, içerik göz önünde tutularak yorumlanır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sanık kavramını açıklarken “*yetkili bir makam tarafından sanığa yapılan ve suç işlediği konusunda muaheze içeren resmi bildirim veya açıklama*” ölçütünü kullanmıştır. Şu halde böyle bir iddiaya muhatap olan, ceza tehdidi altında bulunan kimse “*sanık*”tır.

³⁴ D. Tezcan, *a.g.e.*, s. 225 ; Ş. Gözübüyük - F. Gölcüklü, *a.g.e.*, 269-276.

³⁵ Schroeder - Yenisey - Peukert, *a.g.e.*, s. 26.

³⁶ Schroeder - Yenisey - Peukert, *Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi*, İstanbul 1999, s. 22.

Askeri yargı, Anayasa'nın 145. maddesinde "Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür." şeklinde açıklandıktan sonra, bu mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Bu maddeye göre askeri mahkemeler, asker kişilerin; askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanunu'nda belirtilen askeri suçları ile nöbet, devriye ve karakol görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri Askeri Ceza Kanunu Ek madde 6'da sayılan suçlara da bakmakla görevlidirler. Savaş halinde askeri mahkemelerin görev alanı suç ve sanık açısından daha da genişlemektedir (353/14).

Disiplin mahkemelerinin görevi ise, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un 7. maddesinde; "asker kişilerin bu kanunda yazılı suçlarına ait davalara" bakmak olarak belirtilmiştir.

Askeri suçlar askeri cürüm ve askeri kabahatler olmak üzere iki tür olup Askeri Ceza Kanunu'nun ölüm, ağır hapis ve hapis cezası ile cezalandırdığı suçlar askeri cürüm, kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı fiiller de askeri kabahat olarak nitelendirilmiştir. 477 sayılı Kanun'da yazılı disiplin suçları ise oda ve göz hapsi cezasını gerektirmektedir. Bu cezaların yerine getirilmeleri özellik arz etmekle birlikte, kişi hürriyetini kısıtlaması ve hükümlü aleyhine sonuç doğurması bakımından hürriyeti bağlayıcı cezalarla benzerlik taşımaktadır. Dolayısıyla kendisine askeri cürüm veya disiplin suçu isnadı yapılan kimse Sözleşmeye göre "sanık"tır. O halde sözleşme hükümleri bu kişiler hakkında ve bu yargı yerlerinde de uygulanmalıdır. Bir başka ifadeyle, askeri mahkemede veya disiplin mahkemesinde yargılanmış olan bir kimse, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahiptir ve böyle bir başvuru Mahkeme'nin yargı yetkisine girmesi sebebiyle kabul edilebilir niteliktedir.

Sonuç olarak askeri mahkemelerle disiplin mahkemelerinin hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkumiyet kararları verebildikleri ve askeri mahkemelerin savaş hali dışında asker olmayan kişileri de yargılamalarının mümkün bulunduğu göz önüne alındığında, askeri suçların da 6. madde kapsamına girdiğini, adil yargılanma hakkının askeri suçlar, asker kişiler

için ve askeri yargı yeri bakımından da tanınmasında zorunluluk bulunduğu kabul etmek gerekir.

3. Asker Olmayan Kişilerin Askeri Mahkemede Yargılanmaları

Asker olmayan kişilerin, Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan askeri suçlardan (As. C. K. Ek m. 6) dolayı askeri mahkemelerde yargılanmaları kabul edilmiştir. Ayrıca, Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı bir suçun asker kişilerle, asker olmayan kişiler tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda da, bu suça ilişkin davaya askeri mahkemede bakılması gerekmektedir. Bunun yanında, sıkıyönetim halinde, Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri de, asker olmayan kişileri yargılayabilmektedirler (353/11, 12)

Askeri suça iştirak edenlerin ve Askeri Ceza Kanunu'ndaki suçlardan birini işleyenlerin bu Kanun'a göre cezalandırılmaları gerektiğinde şüphe yoktur. Ancak genel yargı mercilerinin bu kanunu uygulamaları bazı suçlar için -As. CK'nın 192. maddesinde; Askeri Ceza Kanunu'nun 75, 78, 79/c-2. ve askeri eşyayı satın almak, rehin olarak kabul etmek ve gizlemek fiillerine dair 131. maddede yazılı suçların asker olmayan kişiler tarafından işlenmesi halinde genel yargı organlarının bu kanun hükümlerini uygulayacakları hüküm altına alınmıştır.- kabul edildiğine göre, diğer suçlar bakımından da adli yargı içinde yer alan ceza mahkemelerinin görevlendirilmesinde kanımızca bir sakınca bulunmamaktadır. Bu günkü uygulamaya bakılacak olursa bu kişilerin barış zamanında askeri mahkemede yargılanmalarının sebebini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne anlatmak da mümkün görülmemektedir. Ayrıca mevcut düzenlemeye göre sivil kişilerin askeri yargıya tabi olmasının ölçüsü, işlenen suçun "*askeri suç*" olmasıdır. Ne var ki nöbetçiyi tehdit etmek, hakaret etmek, müessir fiilde ve mukavemette bulunmak askeri suç sayılmış iken, nöbetçiyi kasten öldürmek, silahını gasp etmek askeri suç sayılmamıştır. Bu durumda daha ağır suçu işleyen adliye mahkemesinde yargılanırken, suçu daha hafif olan askeri mahkemede yargılanacaktır. Bunun sebebini açıklamak mümkün olmadığı gibi, bu düzenleme tabii hakim ilkesine de aykırıdır.

Bu nedenle, 353 sayılı Kanun'un 10, 11 ve 12. maddeleri değiştirilerek asker olmayan kişilerin, asker kişilere karşı işlemiş oldukları suçlardan dolayı tabii hakim ilkesine uygun olarak adliye mahkemelerinde yargılanmalarını sağlayacak şekilde yasal düzenleme yapılmalıdır. Bu yapılırken Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 6. maddesi de yürürlükten kaldırılmalıdır.

VI. SANIĞA TANINAN HAKLAR

1. Genel Olarak

Sözleşme'nin 6/3 maddesinde sadece son soruşturma aşamasındaki sanık için geçerli olan beş ayrı hak yer almıştır. Adil yargılanma hakkından bahsederken açıklandığı gibi bunlar; isnadı öğrenme hakkı, bizzat veya müdafii eliyle savunma hakkı, savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olma hakkı, tanıklara soru sormak ve savunma tanıklarının dinlenilmelerinin sağlanılmasını istemek hakkı ve bir tercümanın yardımıyla ücretsiz yararlanmak hakkıdır.

2. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda Saniğa Tanınan Haklar

Askerlik mesleğinin özelliği nedeniyle mahkemelerin kuruluşu, komutanın yetkileri, arama gibi müesseseler ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği yeni kurumlar ayrık tutulacak olursa, muhakemenin yürütülmesi bakımından 353 sayılı Kanun'la CMUK ve CMK arasında büyük bir fark yoktur. Duruşmanın açıklığı, duruşmanın başlaması, delillerin ikamesi ve tartışılması, iddia ve savunmanın yapılması, en son sözün saniğa verilmesi, hükümlerin gerekçeli olması gibi kurallar her iki yargı sisteminde de benzerlik göstermektedir.

Savunma hakkına ilişkin olarak konulan kurallar, örneğin yokluğunda ikame edilen delillerin sonradan gelen saniğa bildirileceğine (353 sayılı Kanun 147, CMUK. 237), ikame olunan delillere karşı diyeceğinin sanıktan sorulması gerektiğine (353 sayılı Kanun 159, CMUK 250, CMK 215), iddia ve savunmanın belirli bir sıra ve disiplin içinde yapılacağına ve son sözün saniğa ait olacağına (353 sayılı Kanun 160, CMUK 251, CMK 216), suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde saniğa ek savunma hakkı verileceğine (353 sayılı Kanun 166, CMUK 258, CMK 226) ilişkin hükümler her iki yargı sisteminde de benzer şekilde düzenlenmiştir. Savunma hakkının kısıtlanması da aynı müeyyideye bağlanmıştır; bu durum kanuna mutlak aykırılık kabul edilerek bozma sebebi sayılmıştır (353 sayılı Kanun m. 207/H, CMUK m. 308/8, CMK 289).

3. Isnadı Öğrenme Hakkı

a. Kapsamı

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre, her sanık *"kendisine yönelik isnadın nitelik ve nedeninden en kısa bir zamanda, anladığı dille ve etraflı bir surette haberdar edilmek"* hakkına sahiptir.

Doktrinde, isnadı öğrenme hakkının savunma hakkından bağımsız ayrı bir hak olduğu kabul edilmektedir.³⁷ Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde yer alan bu hakkın "müstakil" bir anlamı yoktur. Gerçekten de savunma, ancak bir isnada karşı yapılabilir. Bir başka ifadeyle bir suç isnadı yoksa savunmanın da anlamı yoktur. Şu halde, savunma hakkı bakımından isnat önem taşımaktadır. Isnadı yeterince bilmeyen sanığın gereği gibi savunma yapması mümkün değildir. Şu halde isnadı öğrenme hakkı ister müstakil bir hak kabul edilsin ister savunma hakkına bağlı olsun, sonuçta bir haktır ve savunma isnada göre önem kazanır. Bu itibarla isnadın türü ve sebebinin sanığa bildirilmesi gerekir. Buna karşılık ilk haber vermede delillerin bildirilmesi zorunluluğu yoktur.³⁸ Bu hakkın soruşturmanın hangi aşamasında tanınacağı tartışmalıdır. Isnadın şüpheliye gerektiğinden önce bildirilmesinin onun aleyhine sonuç doğurabileceği ileri sürülmüştür.³⁹ Keza, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse isnadın bildirilmesinin, hazırlık soruşturması sonuna kadar geciktirilebileceği ifade edilmiştir.⁴⁰

Bir başka görüşe göre, bununla savunmanın hazırlanmasına imkan verme amacı güdüldüğünden isnadın, kovuşturmaya geçildiği an, hiç olmazsa sanığın sorgu için hakim önüne çıkarıldığı an bildirilmesi gerekir.⁴¹

Kanaatimizce, bir kimseye ancak deliller yeterince toplandıktan sonra suç isnadında bulunulabilir. Delillerin yeterince toplanmasından maksat, kamu davası açılmasını haklı gösterecek delillerin elde edilmiş olmasıdır. Ancak kamu davası açılmasını haklı gösterecek delillerin toplanmış olması mutlaka isnadın sanığa bildirilmesini gerektirmez. Bu aşamada toplanabilecek deliller var ve delillerin karartılması ihtimali mevcut ise, isnadın bildirilmesi geciktirilebilir. Bu geciktirme, deliller toplanıncaya kadar sanığın sorguya çekilmemesi suretiyle sağlanabilir. Şunu da belirtelim ki sanığın sorguya çekilmesinin geciktirilmesi, lehindeki delillerin kaybolmasına yol açmamalıdır. Isnadın sorgudan hemen önce bildirilmesi yeterlidir. Keza yakalanan sanığın da kanunda belirtilen süre içinde hakim önüne çıkarılıp sorguya çekilmesi zorunludur. Özellikle ağır cezalı suçlarda evvelce

³⁷ F - C. Schroeder (Tercüme F. Yenisey), *Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları*, C. VI. 1 İstanbul 2002, s. 17.

³⁸ F - C. Schroeder (Tercüme F. Yenisey), *Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları*, C. VI. 1 İstanbul 2002, s. 18.

³⁹ F. Yenisey, "Sanığın Isnadı Öğrenme Hakkı", *As. Yargıtay Dergisi Özel Sayı*: 2003, s. 15.

⁴⁰ F. Yenisey, *a.g.e.*, s. 15.

⁴¹ A. Ş. Gözübüyük - A. F. Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2003, s. 300.

ifadesi alınmış bile olsa, sanığın askeri savcı tarafından sorguya çekilmesi şarttır (m. 83/3). Her ne kadar askeri savcı tarafından sorguya çekilmemiş olmak, duruşma sırasında savunması için zaman ve imkan tanınmış olmak kaydıyla, savunma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet vermezse de, sanık, askeri savcı tarafından sorguya çekildiği takdirde kamu davası açılmayacağı, bu yüzden manevi bir zarara uğradığını ileri sürebilir. Bu şekilde sorgu yapılmadan açılan davanın beraat kararıyla sonuçlanması halinde bu iddia pekala yerinde görülebilir.

İsnadın bildirilmesi, sanığın kendisine isnat olunan suç u anlayacak şekilde açık olmalıdır. Sanık yargılandığı mahkemenin dilini anlamıyorsa kural olarak, iddianamenin yazılı olarak tercüme edilmesi gerekir. Tercüman bulunması bu aşamada gerekmez. İstisnai hallerde, suçlamanın basit ve karmaşık olmadığı durumlarda sözlü tercüme ile yetinilebilir.⁴² Ancak bu hak, sanığa, dosyanın bütünüyle tercüme edilmesi hakkını vermez.

Suç isnadının bildirilmesi, suçlamanın sebebi ve eylemin hukuki nitelendirmesini içereceğinden iddianamelerin düzenlenmesini ve tebliğini yakından ilgilendirmektedir.

b. İddianamenin Düzenlenmesi

CMUK 163. maddesinin ikinci fıkrasında; iddianamede “*isnat edilen suçun neden ibaret olduğu, suçun kanuni unsurlarıyla, uygulanması gereken kanun maddeleri ve deliller*”in gösterileceği hüküm altına alınmıştı. Ayrıca “*asliye ve ağır ceza mahkemelerine ait işlerde hazırlık tahkikatının verdiği esaslı neticelerin*” de iddianameye yazılacağı belirtilmişti. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu iddianamede gösterilmesi gereken hususları 170. maddenin 3. fıkrasında 11 bent halinde belirtmiştir.

Bu kural 353 sayılı Kanun’un 115. maddesinde bize göre CMUK’dan daha açık bir şekilde ifade edilmiş olmakla beraber yeni düzenleme yapılırken, CMK m. 170 göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü, iddianamede bulunması gereken hususlar, isnadın bildirilmesini ve savunma hakkını yakından ilgilendirmektedir.

c. İddianamenin Tebliği

İddianamenin tebliğine ilişkin hükümler her iki yargı sisteminde de aynıdır. Bu konu, CMUK 208’de: “*İddianame, davetiye ile birlikte mahkemece*

⁴² F. Yenisey, *a.g.e.*, s. 16.

sanığa tebliğ olunur.”; CMK 176/1’de; “İddianame çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.”; 353 sayılı Kanun 118’de ise: “İddianame sanığa davetiye ile birlikte verilir.” şeklinde düzenlenmiştir. CMK da tutuklu olmayan ve tutuklu sanığın çağrılması ve iddianamenin tebliği için çıkarılacak çağrı kağıdına yazılacak hususlar ayrıca belirtilmiştir (m. 176/2, 3).

Hazırlık soruşturmasında sanığın müdafii olsa bile iddianamenin sanığa tebliği gerekir. Müdafie yapılacak bir tebliğin bu aşamada hiçbir önemi yoktur; geçersiz, yok hükmünde bir tebligattır.

Uygulamada; İddianamenin tebliğinde asker kişiler ve asker olmayan kişiler yönünden farklı yollar izlenmektedir.

Asker olmayan kişilere iddianame, davetiye ile birlikte gönderilmekte, ivedi hallerde ise zabıta aracılığıyla tebliğ edilmektedir.

Asker kişiler duruşmaya emirle getirildiklerinden (353 sayılı Kanun m. 81), iddianame, bu kişilerin görevli bulundukları birlik komutanlıklarına, iddianamenin tebliğini isteyen bir yazıyla gönderilmekte ve ayrıca asker kişinin bulunduğu yer genel ceza mahkemesine yazılan bir talimat da bu yazıya eklenerek sanığın ilgili ceza mahkemesine sevk edilmesi istenmektedir.

120. maddede yazılı süreye uyulmaması halinde 353 sayılı Kanun’un 130. maddesindeki duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğunun sanığa hatırlatılmamasını Askeri Yargıtay bozma sebebi saydığından, askeri mahkemelerce istinabe mahkemesine yazılan talimatta, 353 sayılı Kanun’un 120. maddesinde yazılı bir haftalık süreye uyulmamış olması halinde bu hakkın sanığa hatırlatılması gerektiği belirtilmektedir. Birlik komutanları erbaş ve er statüsünde olan sanıkları da istinabe olunan adliye mahkemesine bir görevli ile birlikte sevk etmektedir. İddianamenin tebliğine ilişkin belge talimata eklenmediğinden, veya tebliği unutulduğundan koruyucu sürenin geçip geçmediği istinabe olunan mahkemece bilinmemekte ve iddianamenin okunmak suretiyle tebliği yoluna başvurulmaktadır. Sorgudan önce sanığa CMUK 135 ve 138. maddelerdeki hakları hatırlatılmakta, sanığın avukat istemediğini, savunmasını kendisinin yapacağını söylemesi üzerine, koruyucu süreye uyulmamış olması sebebiyle duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu hususu hatırlatılmadan, sorgusuna geçilmektedir. Askeri mahkemelerle Adliye mahkemelerinin bu konudaki farklı uygulamaları, istinabe olunan mahkeme kendisine yazılan talimatla bağlı olmasına rağmen, konu usul kurallarının uygulanmasına ilişkin olduğundan, mahkemeler arasında gereksiz yazışmalara neden olmakta, mahkemelerin birbirlerinin yargısal işlemlerini denetlemek gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle aynı usul kuralının, Yargıtay ve Askeri Yargıtay tarafından farklı uygulamaya neden olmayacak şekilde yorumlanıp uygulanmasını temenni ediyoruz.

Bunun dışında, tebellüğ belgesine, iddianamenin tarih ve sayısı yerine üst yazının tarih ve sayısı yazıldığı da görülmektedir. Böyle bir durumda sanık iddianamenin tebliğ edildiğini kabul etmezse, yapılan bu tebligat geçersizdir.

Bazen tebellüğ belgesine tebliğ tarihinin yazılması unutulması sebebiyle bir haftalık sürenin hesabında tereddütler yaşanmaktadır. Bu durumda tebliğin yapıldığı tarihin, birlik komutanlığının gönderme yazının tarihine göre belirlenmesi mümkün ise de bu hem zaman kaybına yol açmakta hem de ekonomik değildir. Tebliğ tarihinin başka türlü tespiti mümkün olmazsa, sanığın beyan ettiği tarih tebliğ tarihi olarak kabul edilmelidir.

d. Tebliğnamenin Tebliği

CMUK'un 316. maddesine 4778 sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkra ile Yargıtay Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğnamelerin, *"hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile müdahil, şahsi davacı veya vekillerine dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir."*⁴³ hükmü getirilmek suretiyle tebliğ mecburiyeti getirilmiştir. Bu hüküm Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 297. maddenin 3. fıkrasına aynen alınmıştır.⁴⁴ Şu halde tebliğname sanığa ve müdafiiine;

- Hüküm sanık veya müdafii tarafından temyiz edilmiş ise,
- Tebliğname sanık aleyhine görüş içeriyorsa mutlaka tebliğ edilecektir.

Tebliğatin geçerli olması için, ilgililerin dava dosyasından belirlenecek en son adresine yapılması şart ve yeterlidir. Ancak daha önce tebligat yapılmış olan kimse bu adresini değiştirmiş ise adres değişikliğini bildirmiş olması kaydıyla yeni adresine tebligat çıkarılır. Aksi takdirde daha önce tebligat yapılmış olan adrese tebligat çıkarılması yeterlidir (CMUK m. 316/4829 sayılı K. Ek fıkra 4. CMK 297/4). Çünkü, kendisine veya adresine

⁴³ 4778 sayılı Kanun 11.1.2003 tarih ve 24990 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁴ CMK madde 297 (3) şöyledir: "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir."

kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini mahkemeye bildirmeye mecburdur. Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memuru tarafından tespit edilemediği takdirde, tebliğnamenin bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır (7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 35/1-3 (4829 sayılı Kanun'la ek)).

Temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması halinde, tebliğname sanık veya müdafiiye adres eksikliği veya başka nedenlerle tebliğ edilememiş ise, bunların duruşmaya gelmeleri halinde huzurda tebliği mümkündür. Müdafii bu durumda tebliğnameye karşı diyeceklerini bildirmek için süre isterse duruşmaya ara verilmelidir. Süre verilmemesi Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali sonucunu doğurur.

Burada sanık aleyhine görüş içeren tebliğnamenin yeni bir isnat getirdiği muhakkaktır. Hükümden farklı bir görüş içermeyen tebliğnamenin hükümü temyiz eden sanığa tebliği ise *"silahların eşitliği"* ilkesinin gereğidir.

Hüküm yalnız sanık tarafından temyiz edilmiş ve müdafii temyiz yoluna başvurmamış olsa bile, tebliğnamenin sanığa tebliğ edilmesi gerektiği gibi, ayrıca müdafie de tebligat çıkarılması gerekir. Hüküm yalnızca müdafii tarafından temyiz edilmiş olsa da müdafiden başka, sanığa da tebligat çıkarılması, tebliğnamenin hem sanığa hem de müdafie tebliği şarttır. Hükümün yalnızca bunlardan birine tebliği ile yetinilmesi, duruma göre sanığın kendi kendini savunmak yada müdafinin yardımından yararlanmak hakkının ihlali anlamına gelir ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

Tebliğnamenin sanık ve müdafiiye tebliğine ilişkin CMUK'da ve CMK'da yapılan düzenleme, her nedense 353 sayılı Kanun'da yapılmamıştır. Buna rağmen Askeri Yargıtay'da uygulama, tebliğnamede -sanık aleyhine yada lehine olsun- hükümden farklı bir görüş bildirilmiş ise tebliğnamenin sanığa ve varsa müdafiiye tebliğ edilmesi şeklindedir. Bu uygulama yerinde olmakla beraber, Sözleşmeye uygun hareket edilmiş olması açısından yeterli değildir. Çünkü, *"Silahların Eşitliği"* ilkesi bakımından tebliğnamenin, temyiz davasının taraflarına tebliği zorunludur.

Sanıktan başka, müdahilin ve şahsi davacının da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahip oldukları gözden ırak tutulmamalıdır. Bu nedenle 353 sayılı Kanun gözden geçirilirken bu konu düzenlenmeli ve CMK m. 297 (3) ile paralellik sağlanmalıdır.

4. Sorgu Hakkı ve Yakalanan Kişin Sorguya Çekilmesi

A. Yasal Düzenleme

1. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki Düzenleme

CMUK'un 128. maddesine göre yakalanan şahıs bırakılmazsa, yakalama yerine en yakın sulh hakimine gönderilmesi için zorunlu süre hariç yirmidört saat içinde sulh hakiminin önüne çıkarılır ve sorguya çekilir. Yakalananın talebi halinde müdafî de sorguda hazır bulunabilir.

Yakalamadan ve yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin emirden yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla gecikmeksizin haber verilir.

2. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

CMK'nın 90. maddesinin 4. fıkrasına göre kolluk, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir ve düzenleyeceği soruşturma belgesiyle birlikte hemen Cumhuriyet Savcılığı'na gönderir. CMK'nın 91. maddesine göre de, yakalanan kişi Cumhuriyet Savcılığı'nca serbest bırakılmazsa, gözetimine alınmasına karar verilebilir. Gözetim süresi yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Gözetimine alınmanın koşulları maddenin 2. fıkrasında gözetim süresinin uzatılması sebepleri de 3. fıkra da gösterilmiştir.

Aynı maddenin 6. fıkrasına göre gözetimine alınan kişi bırakılmazsa gözetim süresinin sonunda sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafî de hazır bulunur.

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözetimine alındığında veya gözetim süresi uzatıldığında, Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir.

Yakalanan veya gözetimine alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir (m. 95).

Sanığın sorgusunda uygulanacak kurallar ise CMK m. 147'de sırasıyla belirtilmiştir. Bu maddeye göre sanık yada yakalananın önce kimliği tespit edilecek, sonra kendisine isnat edilen suç anlatılacak, müdafî tayin hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği ve isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenecektir. Şüpheden kurtulması için somut

delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılacak ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınacaktır. Kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alındıktan sonra isnat edilen suçla ilgili sorguya geçilecektir. Düzenlenen tutanakta yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, getirilmemiş ise sebebi yazılacak ve ilgililer tarafından imzalanacaktır.

3. 353 Sayılı Kanun'daki Düzenleme

Asker kişilerin yakalanması 353 sayılı Kanun'un 79. maddesinde, yakalanan kimsenin sorguya çekilmesi ise 80. maddede düzenlenmiştir. Bu maddede 8.6.1972 tarih ve 1596 sayılı ve 22.1.2004 tarih ve 5078 sayılı Kanunlarla değişiklik yapılmış ve askeri mahkeme önüne çıkarılma süresi ile müdafî bulundurma hakkı dışında, CMUK'un 128. maddesi ile paralellik sağlanmıştır.

80. madde hükmüne göre, yakalanan kişinin tutulma yerine en yakın askeri mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırk sekiz saat içinde askeri mahkeme önüne çıkarılacaktır. Sanık bu süre içinde askeri mahkeme önüne çıkarılma imkanı olmadığı takdirde sulh hakimine gönderilecektir.

Ancak yakalanan asker kişilerin hakim önüne çıkarılması için öngörülen sürenin, asker olmayan kişiler için ön görülen süreden daha uzun tutulmasının sebebini anlamak mümkün değildir.

Maddede yakalananın sorguya çekileceğine ve müdafî bulundurulabileceğine dair bir hüküm yoktur. Ancak yakalama bir suç isnadına dayandığı cihetle, hakim önüne çıkarılan bir kimsenin sorgusunun yapılması gerektiğinde kuşku yoktur.

Sorguya çekilme ise 83. maddede düzenlenmiştir.

Bu maddede; *"sorgunun başlangıcında sanığa isnat olunan suçun neden ibaret olduğu anlatılır."* hükmüne yer verilerek sanığın isnadı öğrenme hakkı düzenlenmiş olmasına rağmen, susma hakkına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Müdafîin yardımından yararlanma hakkından da hiç söz edilmemektedir.

Yakalama CMK'nın 91. ifade ve sorgu usulü de 147. maddeleri ile yeniden düzenlendiğinden, yeni yapılacak askeri yargılama yasasında Ceza Muhakemesi Kanun'un bu hükümleri esas alınmalı ve bunlara uygun hükümlere yer verilmeli veya bu hükümlere atıfta bulunulmalıdır.

B. Sorgunun Mahiyeti

Ceza muhakemesinde ikrarın yani suç işlediğini hakim önünde kabul etmenin delil olma özelliği nedeniyle sanığın sorgusu savunma açısından ayrı bir öneme sahiptir. Doktrinde, sanığın susma hakkının yanında “*sorgu hakkı*”ndan da söz edilmekte ve bu hakkın savunmanın temel unsurlarından biri olduğu belirtilmektedir.⁴⁵

Sorgu, sırf sanık lehine konulmuş, bir usul kuralı değildir. Savunmayı da ilgilendirdiğinden sanık lehine olmakla beraber, maddi gerçeği bulmak için konulmuş, kamusal niteliği ağır basan, emredici nitelikte bir usul kuralıdır. Sorgunun maddede belirtildiği şekilde usulüne uygun olarak yapılması halinde sanığın hangi hakkını kullanacağı, hangi kanıtları sunacağı, savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceği için, maddede yazılı hakların tümü sanığa hatırlatılmalıdır. Bu hatırlatmanın yapılması, sanığın Devlet tarafından gözetilmesi ilkesinin gereğidir.

C. Sorgunun Usulü

Sorgunun hangi esaslara göre yapılacağı 353 sayılı Kanun’un 83. maddesinde “*Sorgunun Usulü*” başlığı altında düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre isnat, sorguya başlamadan hemen önce bildirilecektir. Sorgu, kamu davası açıldıktan sonra duruşmada iddianameye göre yapılabileceği gibi, yakalanan sanık da sorguya çekilebilir. Bu husus hem 80. maddedeki düzenlemeden, hem de 81 ve 82. madde hükümlerinden anlaşılmaktadır. Burada bildirimin yer, zaman ve varsa kişi belirtilmek suretiyle yapılması gerekmektedir. Ancak somut bir isnada karşı savunma yapılabilir.

Sorguya başlamadan önce sanığa isnat olunan suçun neden ibaret olduğunun anlatılacağına ilişkin hüküm, “*sanığın isnadı öğrenme hakkı*”nın bir başka türlü ifade edilmesinden ibarettir.

Maddede, savunma ve adil yargılanma hakkı açısından önem taşıyan bir başka hak, daha “*savunma delillerini bildirme hakkı*”, “*Sorgu, sanığın kendi lehine olup söyleyeceği delillere engel olmamalıdır.*” denilmek suretiyle vurgulanmıştır. Bunun dışında sanığın ilk sorgusunda kimliği ve şahsi halle-

⁴⁵ E. Özgen, “Askeri Yargıtay’ın Delil ve Savunma Hakkı Konularına Bakışı”, *Askeri Yargıtay Dergisi Özel Sayı*: 1994, s. 91; F. C. Schroeder, *Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları*, (Tercüme F. Yenisey), İstanbul 2002, s. 33; As. Y. Drl. Krl. 6.12.2001/117-114

ri hakkında bilgi alınacağı belirtilmiştir. Bu durum duruşmanın başlangıcında sanığın kimliğinin tespiti zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Buna karşılık, CMUK'da 3842 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ayrıntılı olarak düzenlenen 135. maddede ve CMK m. 147/1e'de ifade edilen susma hakkı, müdafî tayin ve sorgu sırasında müdafî bulundurma hakları konusunda maddede hiçbir hükme yer verilmediği gibi 353 sayılı Kanun'un başka maddelerinde de düzenleme yoktur.

Sorgunun 147. maddeye uygun biçimde yapılıp yapılmadığı aşağıdaki nedenlerden ötürü temyiz davasında öncelikle incelenmelidir.

Bir kere, temyiz kanun yolunda usul kurallarının yerinde uygulanıp uygulanmadığı incelenmeli, usulü bir hata yoksa işin esasına girilmelidir.

Usul hükümlerinin bir tarafa bırakılarak işin esasına girilmesi, sanığın savunmasını irdelenmesi, savunmanın karara dayanak yapılıp yapılmadığı araştırılarak, savunmanın hükme dayanak yapılması halinde kararın bozulması, aksi halde hükmün onanması hukuka ve yasa koyucunun amacına aykırı olduğu gibi, 147. maddeye aykırı olarak yapılan sorgu sonunda suçu kabul etmesi durumunda hükmün bozulması, suçu inkar etmesi halinde hükmün onanması ikili uygulamaya ve yanlış anlamalara neden olacaktır.

Öte yandan 147. maddedeki güvencelerin hatırlatılması halinde sanığın suçu kabul etmesi ve birtakım deliller sunması da muhtemeldir. Bu kabul ve sunulan deliller sadece sübutla ilgili olmayıp suçun vasfına ilişkin olması da söz konusudur. Sanığın anılan güvencelerden bilgi sahibi olmaması sebebiyle suçu inkar etmiş olması da mümkündür.

Ayrıca sorgu yapılırken 147. maddedeki usule uyulmadığı belirlenmesine rağmen, dosyanın esasının incelenmesi, diğer usul hatalarının da göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Halbuki, yeminli dinlenmesi gereken bir tanık ya da bilirkişinin usule aykırı olarak yeminsiz dinlenmesi halinde, bu kanıtlar hükme esas alınamayacağından, bunlara dayanılarak sübut tartışılamaz.

Bu itibarla sorgunun usulüne uygun olarak yapılmaması, sanık suçunu inkar etmiş olsa, hatta sanığın ikrarına dayanılmamış olsa bile bozma sebebi sayılmaktadır.⁴⁶

⁴⁶ YCGK, 21.10.1997/4-116/203.

Buna karşılık Askeri Yargıtay, 353 sayılı Kanun'un 83. maddesinde sanığın sorgusuna ilişkin özel hüküm bulunması nedeniyle CMUK'un 135. maddesinin askeri yargıda uygulanamayacağına karar vermiştir.⁴⁷

Sanığın asker kişi olması sorgunun usulü bakımından farklı düzenlemeyi gerektirmemelidir. Dolayısıyla söz konusu hükmün askeri mahkemelerin görev alanına giren suçlar açısından uygulanmasının mümkün, hatta zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu nedenle, CMK m. 147 hükmünün yeni yapılacak askeri yargılama yasasına aynen alınması adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından şarttır.

5. Susma Hakkı

Susma hakkı, savunmanın bir hak olmasının, kendisi ve yakınları aleyhine kanıt getirmemesi ve işkenceye maruz bırakılmaması hakkının gereğidir. Sanık yalan söyleyebileceği gibi, suçlama konusunda hiç cevap da vermeyebilir. Susmak da bir çeşit savunmadır. Bu nedenle susma hakkının sanığa tanınan kolaylıklar arasında incelenmesi de mümkündür.⁴⁸

Bu hak Anayasa'nın 38. maddesinde; *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* şeklinde ifade edilmiş ve CMUK'un 135. ve CMK'nın 147. maddesinde de *"Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir."* denilmek suretiyle emredici bir usul kuralı

⁴⁷ As. Y. Drl. Krl. 20.1.1994/9-7 Askeri Yargıtay bu kararında şu değerlendirmelere yer vermiştir:

"353 sayılı As. YUK'un 83. maddesinin karşılığı olan 1412 sayılı CMUK'un 135. maddesinde; insan haklarının günümüzde gelişmesi sonucu, demokratik ülkelerde kuşku duyulan kişi veya sanığa iyi bir savunma hakkı sağlanması, savunma sırasında müdafî bulundurulabilmesi, bazı delillerin toplanmasını isteyebilmesi veya hiçbir şey söylememe imkanı sağlayabilmek için değişiklik yapıldığı, sözü edilen madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. 353 sayılı Kanun'un 83. maddesinde de CMUK'un 135. maddesinde yapılan değişikliğe paralel düzenlemenin yapılarak Anayasa'nın eşitlik ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi ve CMUK'un 135. maddedeki güvencelerin askeri yargıda da uygulamaya konulmasının zorunlu olduğu, ancak mevcut yasal düzenleme karşısında buna olanak yoktur.

Ayrıca, kanun koyucunun CMUK'ta yapılan değişikliğin herkese ve her suça eşit şekilde uygulanmasını istediğini söylemek de mümkün değildir. Nitekim 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile bu kanunda yapılan değişikliklerin DGM'nin görev alanına giren suçlarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu itibarla ideal olanla mevcut olanın karıştırılması, ideal olmasa bile mevcut normların uygulanması gerekir."

⁴⁸ S. Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, s. 142.

haline getirilmiştir. Buna karşılık 353 sayılı As. MKYUK'da bir düzenleme yoktur.

353 sayılı Kanun'un 83. maddesinde müdafî bulundurma hakkından söz edilmediği için CMUK'un 135. (CMK m. 147/1c) maddesinde yer alan müdafî bulundurma hakkının sanığa hatırlatılmamış olmasını bozma sebebi saymayan Askeri Yargıtay'ın, susma hakkı konusunda farklı bir sonuca vardığını görüyoruz. Askeri Yargıtay, itiraz üzerine vermiş olduğu bir kararında susma hakkının sanığa hatırlatılmamasını "*haklarını öğrenme hakkı*"nın ihlali kabul ederek bu aykırılığı bozma sebebi saymıştır.⁴⁹

Ancak, özellikle askerlik mükellefiyeti altında bulunan kişiler, suç isnadıyla karşılaştıklarında, adli yargıda zabitanın yaptığı soruşturma, bu kişilerin amirleri tarafından veya onların emir ve direktifiyle kendi nezaretleri altında yapılmaktadır. TSK İç Hizmetler Komutanlığı'na göre amir,

⁴⁹ As. Y. Drl. Krl. 6.12.2001 tarih ve 2001/117-114 sayılı kararı. Daireler Kurulu Kararı'na konu olan bir olayda sanık hakkında mahiyetleri farklı da olsa birbirine bağlı iki ayrı (Bakaya ve yoldan savuşma) suçtan dolayı tek bir iddianame ile kamu davası açılmıştır. Sanık, asliye ceza mahkemesince istinabe suretiyle sorguya çekilmiştir. Sanığa, gerek hazırlıkta birlik komutanlığınca, gerek istinabe mahkemesince askerlik şubesine istenilen günde başvurmamış olması yani bakaya suçuyla ilgili olarak hiçbir soru yöneltilmemiş, sanık yalnızca, askerlik şubesince sevk edildikten sonra yollandığı birliğe geç katılması konusunda sorgulanmıştır. Sanığa susma hakkına sahip olduğuna dair bir hatırlatılma da yapılmamıştır. Yargılama sonunda askeri mahkemece sanık hakkında her iki suçtan dolayı mahkumiyet kararı verilmiş, bu karar sanık tarafından temyiz edilmiştir. Askeri Yargıtay 1. Dairesi; hüküm ve istinabe mahkemelerince sorgu ve savunmaya ilişkin usul hükümlerinin yerine getirildiğini, sanığa tebliğ edilen ve anlatılan iddianamede açıkça iki ayrı suç isnadı dile getirildiği halde, bakaya suçundan savunma yapmamasının susma hakkını kullandığı anlamına geldiğinden savunma hakkının kısıtlanmasından söz edilemeyeceği sonucuna vararak hükmü onamıştır.

İtiraz üzerine konuyu inceleyen Daireler Kurulu; sorgunun bir çeşit savunma vasıtası olup sanık için hak teşkil ettiğini, bu nedenle sanığa iddia ilgili anlatabileceği ve söyleyebileceği şeylere imkan verilmesi gerektiğini, bununla beraber konuşmak istemeyebileceğinin de gözardı edilmeyeceğini, bu son durumda konuşması için zorlanamayacağından sorgu sırasında "susma hakkı"nın bulunduğunu bilmesi gerektiği, halbuki çoğu kez böyle bir hakları olduğunun sanıklar tarafından bilinmediği, bu hakkın varlığının görevliler tarafından, her kademedede sanığa hatırlatılmasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra, "CMUK'un 135. maddesinin 4. bendinde; sanıklara isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının (susmanın) kanuni hakkı olduğunun söyleneceği açık biçimde belirtilmiş olup somut olayda tutanaklardan böyle bir hatırlatmanın yapılmadığı anlaşılmakta, yapılan işlemlerden susma hakkını kullandığı şeklinde bir yorum yapmak mümkün olmadığı gibi, aksine geç iltihak suretiyle bakaya suçundan kendisini savunması karşısında sanığın gerçekte susma iradesi içinde olmadığı anlaşılmaktadır." şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir.

maiyyetinde bulunan astlarının sağlığı dahil hemen hemen her türlü davranışlarından sorumludur. Bu bakımdan asker kişiler hakkında yapılan soruşturmada amirlerin, şüphelilerin haklarını koruyacakları düşüncesi ağır basabilir.

Diğer taraftan, asker kişiler hakkındaki soruşturmalar, işin doğası gereği kışlada yapılmaktadır. Kışlalar da güvenlik ve istihbarata karşı koyma tedbirlerinin yeterlikte uygulanabilmesi amacıyla genellikle meskun yerlere uzak bölgelerde bulunmakta ve kışlaya giriş çıkışlar kontrollü olarak yapılmaktadır. Yurt savunması bakımından bu tür tedbirlerin alınmasında da zorunluluk vardır. Bu bakımdan hazırlık soruşturması sırasında avukat temininde güçlük yaşanabilir. Ayrıca, sanığın sorgusunu yapanlar kolluk mensubu olmadıklarından hukuki mevzuatı da yeterince bilmeyebilirler.

Bütün bunlarda gerçek payı bulunmakla beraber, sorgu sırasında müdafii bulundurma hakkı, şüphelinin yalnızca kötü muameleye maruz kalmasını önleme düşüncesiyle tanınmamıştır. Şüpheliye hukuki yardımda bulunmak amacı da önem taşımaktadır. Kaldı ki askeri mahkemelerde sadece asker kişiler yargılanmamaktadır. Bu nedenle hiç olmazsa askeri savcı tarafından yapılan hazırlık soruşturmasında ve daha sonraki aşamalarda yapılan sorgularda, sorguya geçmeden önce sanığın müdafii tayin hakkı olduğu kabul edilmeli ve bu hakkı kendisine bildirilmelidir. Duruşma sorgusunda sanığa, müdafii tayin hakkı olduğunun bildirilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu gibi, aynı zamanda savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

6. Sanığın Kendi Kendini Savunması

Sözleşme'nin 3. maddesi sanığın sadece müdafii vasıtasıyla değil, kendi kendini savunmasını da düzenlemiştir. Sanığa kendi kendini savunmak hakkının verilmesi, ona Devlet tarafından görevlendirilen bir mecburi müdafii kabul etmeme hakkı vermez.⁵⁰ Bununla beraber sanık bu uygulamayla haklarından mahrum edilmemeli, duruşmaya aktif bir biçimde katılabilmeli ve müdafinin görüşlerine aykırı görüşler ileri sürebilmelidir.⁵¹ Buna karşılık dosyayı inceleme yetkisinin sanığa verilmesi mecburiyeti yoktur. İleride değinileceği üzere bu hak ülkemizde, gerek genel yargıda gerek askeri yargıda sadece müdafie verilmiştir (CMK. 153, 353 sayılı Kanun 90).

⁵⁰ F. - C. Schroeder, *a.g.e.*, s. 78.

⁵¹ F. -C. Schroeder, *a.g.e.*, s. 78.

353 sayılı Kanun, müdafii bulunsa bile sanığın kendi kendini savuna-
bileceğini öngörmüş ve bu konuda hükümler koymuştur. Madde 160/4
de “*sanık namına müdafii tarafından savunmada bulunulsa da savunmaya ek-
leyecek başka bir şey olup olmadığı sanığa sorulur.*” hükmü, 159. maddede;
herhangi bir delilin ikamesinden sonra bunlara karşı bir diyeceği olup ol-
madığının sorulacağına ve yokluğunda ikame olunan delillerin içeriğinin
sonradan gelen sanığa bildirileceğine ilişkin 147. madde hükmü, sanığın
kendi kendine savunmasına olanak veren hükümlerdir. Bu hükümlerin
Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

7. Savunma Hakkı ve Savunmayı Hazırlamak İçin Yeterli Zaman ve İmkana Sahip Olma Hakkı

A. Savunma Hakkı

Savunma hakkı Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde
“*Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak*”, (c)
bendinde ise, “*Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafii yar-
dımından yararlanmak ve eğer müdafii tutmak için mali imkanı yoksa ve adaletin
selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemek-
sizsin yardımından yararlanabilmek;*” olmak üzere birbirinden bağımsız iki
ayrı hak olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenleme dikkate alındığında, adil yargılama hakkının ceza
davalarında en belirgin özelliği, sanığın kendisine isnat olunan suç karşı-
sında savunmasını karşı tarafla yani iddia makamı ile eşit şartlarda gereği
gibi yapabilmesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Savunma hakkının tanımına gelince, ceza muhakemesinde savunma;
sanığın, kendisine yüklenen suçu işlemediğini veya iddia edilenden daha
az ceza alması gerektiğini yahut eyleminin hukuka aykırı olmadığını yada
bazı yasal düzenlemeler nedeniyle cezalandırılmaması gerektiğini yetkili
organ önünde ileri sürmektir. Bir başka ifadeyle savunma, sanığı fiili ve
hukuki açıdan korumak amacıyla yapılan bir faaliyettir.⁵²

Günümüzde ceza muhakemesinin gayesi, toplumun suç işlenmek-
le ihlal edilen menfaatleri ile, suç işlediği zannedilen sanığın haklarını
dengede tutarak maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Maddi gerçeğin
öğrenilmesi ise isnadın ispat edilmesiyle mümkün olabilecektir. Ancak
ispat açısından yani maddi gerçeğin öğrenilmesinde, “*sanık hakları*” bir
sınır oluşturur. Ne pahasına olursa olsun maddi gerçek öğrenilsin, de-

⁵² Bkz., N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii*, İstanbul 1984, 1.

nilemez.⁵³ Bu bağlamda savunmayı dikkate almaksızın yada savunmayı kısıtlayarak veya delil yasaklarına aykırı hareket ederek hukuka aykırı delil elde etmek suretiyle yapılacak ispata dayanılarak mahkumiyet hükmü verilemez. Karar makamı, yani hakim sanığın haklarını ve bu arada savunma hakkını ihlal etmeyen ispata ve ispat vasıtalarına izin verecek ve bu çerçevede yapılacak yargılama sonunda bir hükme varacaktır. Hükümün gerekçesinde de ne sebeple bu sonuca vardığını, iddianın niçin sabit görülmediğini yada savunmaya hangi nedenlerle itibar edilmediğini gösterecektir. Dolayısıyla hükmün dayanaklarından biri de savunmadır.

Bu nedenle, ancak “*sanık hakları*” gözetilmek suretiyle yapılan bir yargılama adil olabilir. Bununla beraber, yargılama 6. maddede sayılan diğer garantiler gözetilerek yapılmış olsa bile, sanığa savunma hakkı tanınmamış veya bu hak kısıtlanmış ise yine yargılamanın adil olduğundan söz edilemez. Şu halde, Adil bir yargılamadan bahsedebilmek için, 6. maddede sayılan diğer garantilerin yanı sıra sanığa savunma hakkı da tanınmış olmalıdır. Bir başka ifadeyle sanığa savunmasını yapması için gerekli zaman ve imkan verilmeli, iddia ve savunma eşit şartlar altında değerlendirilerek bir karara varılmalıdır.

B. Savunmayı Hazırlaması İçin Gerekli Zamana Malik Olma Hakkı

Müdafiden yararlanma hakkı, bu haktan önce gelmekle beraber, müdafilik kurumunu ayrı bir bölüm halinde incelemeyi planladığımız için, sanığın savunmayı hazırlaması için gerekli zamana malik olma hakkını daha önce incelemeyi uygun bulduk. Hemen şunu belirtelim ki savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olma hakkı müdafii için de söz konusudur.

Bu hakkın öncelikle iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasının çok kısa olmamasını ifade ettiği kabul edilmektedir. Temyiz süresinin de bu kapsamda olduğu ve bir haftalık sürenin kural olarak yeterli olmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁴

Ancak, temyiz incelemesinin temyiz dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olmaması ve hükmü temyiz ettikten sonra, temyiz incelemesi başlayıncaya kadar layiha vermenin mümkün olması karşısında sürenin bir hafta olarak kabul edilmiş olması çok da mahzurlu görünmemektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da temyiz süresi yedi gün olarak belirtilmiştir (m. 291/1).

⁵³ F. Yenisey, *İspat Hukuku ve “Fair Trial” İlkesi*, İstanbul Barosu Yayını, 1999, s. 133.

⁵⁴ S. Donay, *a.g.e.*, s. 146.

Hem iddianamenin tebliği hem de hükümlerin temyizi konusunda CMUK ve As. MKYUK. benzer hükümler koymuştur. CMUK m. 210'da *"celpnamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta geçmek icap eder ..."* hükmüne yer ver verilmiştir. Bu kural yada hak, 353 sayılı Kanun'un 120. maddesinde; *"İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta geçmelidir."* şeklinde ifade edilmiştir. CMK m. 176 (4)'de de bu süre aynen korunmuştur.

Bu süreye uyulmamış ise hakim, duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunu sanığa hatırlatmak zorundadır. (CMUK 221, CMK 190 (2), As. MKYUK 130).

Bu haktan vazgeçmek mümkün olduğundan, süreye uyulmamış olması ve duruşmaya ara verilmesini isteyebileceğinin sanığa hatırlatılmamış olması doğrudan doğruya savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmaz. Bu hakkın hatırlatılmamasının müeyyidesi *"nisbi butlan"*⁵⁵ olup işlemin geçersizliği sadece ilgililer tarafından temyiz davası açılarak ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla, duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı hatırlatılmamış olmakla beraber sanık savunma yapmış, lehindeki delilleri bildirmiş, savunma hakkının kısıtlandığını hiçbir aşamada ileri sürmemiş ve temyiz konusu da yapmamış ise, bu eksiklik bozma sebebi sayılmayacaktır. Askeri Yargıtay'ın içtihatları da bu doğrultudadır.⁵⁶

Temyiz süresi gerek askeri yargıda gerek adli yargıda bir hafta olarak belirtilmiş, hükmü süresinde temyiz etmiş olmak şartıyla, temyiz edene ihtiyari temyiz layihası verme olanağı tanınmış ve temyiz incelemesinin temyiz dilekçe ve layihasında belirtilen sebeplerle sınırlı tutulmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak CMK m. 298'e göre, temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermemesi istemin reddini gerektirmektedir. Bunun için, temyiz edenin temyiz başvurusunda temyiz nedenlerini göstermemiş olması ve 295. maddede belirtilen süreler içinde bu nedenleri içeren bir dilekçe de vermemiş olması şarttır.

353 sayılı Kanun'un 166. maddesine göre duruşma sırasında suçun hukuki vasfı değişme ihtimali ortaya çıkarsa veya cezanın artırılmasını gerektiren haller ilk defa duruşmada ileri sürülürse sanığa ek savunma olanağı verilmesi gerektiği gibi ek savunmasını hazırlaması için gerekli zaman da duruşmaya ara verilmek suretiyle sağlanacaktır. Sanığın savunmasını yeterlikle hazırlamadığını itiraz olarak ileri sürmesi ve savunmayı hazırlamak için zaman tanınmasını istemesi durumunda, bu süre sanığa

⁵⁵ Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2002 bası.

⁵⁶ As. Y. Drl. Krl. 22.1.2001 tarih ve 104-107; 23.5.2002 tarih ve 45-44 sayılı kararları.

mutlaka tanınmalıdır. Sürenin takdiri mahkemeye aittir. Askeri mahkeme işin mahiyetine göre, savunmanın hazırlanması için fazla zamana ihtiyaç yoksa kısa bir ara verecek, aksi halde duruşmayı daha ileri bir tarihe bırakacaktır.

Ancak maddenin son fıkrasında, değişen suç vasfına göre sanığa daha az ceza verilecekse hazır bulunan sanıkla ilgili duruşmanın ek savunma için talik edilemeyeceği belirtilmiştir.

Son fıkra Kanun'un ilk şeklinde yoktur. Bu fıkra maddeye 21.1.1981 tarih ve 2376 sayılı Kanun'un 7. m. ile eklenmiş, 9.10.1996 tarih ve 4191 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Bu değişiklikten önce sanık duruşmada bulunsun bulunmasın duruşmanın ek savunma nedeni ile tehir edilemeyeceği hükme bağlanmıştı.⁵⁷ 4191 sayılı Kanun değişikliğiyle sadece "*hazır bulunan sanıkla ilgili duruşmanın 'talik' edilemeyeceği*" belirtildiğinden, duruşmaya ara vermek mümkündür. Kanaatimizce duruşmaya birden fazla ara verilmesine de bir engel yoktur. Amaç savunma hakkının suiistimal edilerek duruşmanın gereksiz yere uzamamasıdır. Çünkü maddede sadece talikten söz edilmiş, tehirden söz edilmemiştir. CMUK'ta tehir ve talik kavramları kaldırılmış ve bu kavramların yerine "*ara verme*" kavramı getirilmiş ise de, 353 sayılı Kanun'da böyle bir değişiklik yapılmamıştır. CMK da da ara verme kavramına yer verilmiştir.

C. Savunmayı Hazırlamak İçin Yeterli İmkanlara ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı

Bu hakkın "*müdafi ile görüşme*" ve "*dosyayı inceleme*" haklarını içerdiği kabul edilmektedir.

Müdafi ile görüşme ve dosyayı inceleme hakkı, hem sanık, hem müdafi için söz konusudur. Müdafii ile görüşmesi ve dosyayı incelemesi sanığın kendi kendini savunması açısından ne kadar önemli ise, toplumsal savunma makamını işgal eden müdafiin bu görevini gereği gibi yapabilmesi, sanıkla görüşmesine ve dosyayı, dolayısıyla sanığın leh ve aley-

⁵⁷ Askeri Yargıtay bu fıkranın savunma hakkının kötüye kullanılmasın ve bu sebeple davaların gereksiz yere uzamasına engel olmak amacıyla getirildiği ve sanığın savunma hakkından mahrum edilmesi veya savunma hakkının kısıtlanması gibi bir amaç güdülmesinin söz konusu olmadığı, bu düzenlemeye göre sanık her durumda vasıf değişikliği sebebiyle ek savunmasını yapmak üzere haberdar edilecek, duruşmaya çağrılacak, şayet duruşmaya gelmez ve gelip de ek savunma için süre isterse, değişen suçun cezası daha hafif olmak kaydıyla, bu takdirde duruşma tehir ve talik edilmeyecektir (As. Y. Drl. Krl. 22.4.1993 tarih ve 1993/41-36 sayılı Kararı).

hindeki delilleri bilip bilmemesine göre değişecektir. Bu incelememizde askeri yargıda müdafilik kurumunu özel olarak ele aldığımızdan, tekrar olmaması bakımından bu hakları aşağıda “Askeri Yargıda Müdafilik” başlığı altında incelemeyi uygun bulduğumuzu belirtmekle yetiniyoruz.

Hemen şunu ilave edelim ki sanığın yokluğunda ikame olunan delillerin sonradan gelen sanığa bildirileceğine ilişkin 147/2. delillere karşı ne diyeceğinin sanığa sorulmasına ilişkin 159. karşılıklı iddia ve savunmayı, son sözün sanığa ait olduğunu düzenleyen 160. ve ek savunmayı düzenleyen 166. maddeler sanığa savunmasını hazırlama olanağı veren emredici hukuk kurallarıdır. Bu kurallara aykırılık savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur ve mutlak bozma sebebi teşkil eder.⁵⁸

160. maddesinde; “Delillerin ikamesi ve tartışması bittikten sonra söz davacıya ve davaya katılana, onlardan sonra da iddiasını bildirmek üzere askeri savcıya ve daha sonra da sanığa verilir.

Askeri savcı sanığa, sanık ve müdafî de savcıya cevap vermek hakkına sahiptir.

Duruşmayı yöneten askeri hakimın müsaadesi ile davacıya da cevap verebilir. Son söz sanıktır.

Sanık namına müdafî tarafından savunmada bulunulsa da savunmaya ekle-yecek başka bir şey olup olmadığı sanığa sorulur.”

Hükmü yer almaktadır.

Bu madde hükmüne göre, duruşmada delillerin tartışılması bittikten sonra iddianın ve savunmanın yapılması gerekmektedir. Kanun iddia ve savunma makamında yer alanların iddia ve savunmalarını yaptıktan sonra karşılıklı olarak birbirlerine cevap verme olanağı tanımıştır. Bundan da anlaşılıyor ki maddenin amacı belli bir sıra ve disiplin içerisinde iddia ve savunmanın yapılması ve savunma hakkı kısıtlanmadan veya gereği gibi yapılmadan duruşmaya son verilmemesidir. Aksine bir uygulama savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

Bu görüşlerin ışığı altında, 160. maddedeki sıraya uyulmamış olması başlı başına savunma hakkının kısıtlandığının kabulüne yetmez. Maddedeki

⁵⁸ Askeri Yargıtay 3. D. 26.9.2000 tarih ve 2000/531-530 sayılı kararında, sorgusu yapıldıktan sonra, sanığın diğer oturumlara çağrılmamasını ve sanığın yokluğunda delil ikamesini ve sanığın sorgusundan önce onun yokluğunda dinlenen tanıkların beyanlarının, hazır bulunduğu oturumda sanığa bildirilmemesinin 353 sayılı Kanun’un 147/2 ve 159. maddelerine aykırılık oluşturduğu ve savunma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle hükmü bozmuştur.

sıraya uyulmamış olmakla beraber sanığa ve müdafisine söz verilmiş, iddia-ya karşı savunma imkanı tanınmış ve en son söz sanığa verilmiş ise, sıraya uyulmama biçiminde ortaya çıkan usul hatası bozma nedeni sayılmaz.⁵⁹

Son Söz Verilmesi: Yine bu madde hükmüne göre sanığın hazır bulunması halinde duruşma mutlaka sanığın son sözü ile bitecektir. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı savunma hakkı olup hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Sanığa son söz verilerek kendisinden önce dinlenenlere karşı diyecekleri ve savunması saptanmalıdır. Sanığa son söz verildikten sonra başkaca usul işlemleri yapıldığı takdirde sanıktan son diyeceği yeniden sorulmalıdır. Savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu usul kuralı emredici nitelikte olup uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır.

İlk defa hüküm kurulurken “son sözün sanığa verilmesi kuralı, hükmün bozulmasından sonra başlayan yargılamada da yargılamanın devam etmekte olması sebebiyle kamu davasının kesintisizlik ve süreklilik ilkesinin doğal sonucu olarak aynen geçerlidir. Gerek bozmadan önce gerek sonra aynı usul kuralları uygulanmaktadır. Bozma ile son soruşturma aşaması yeniden başladığından son soruşturmanın sanığın son sözü ile sonuçlandırılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Direnme kararı da verilse, duruşmanın sanığın son sözü yerine savcının veya müdafinin sözü ile bitirilmesi kanuna mutlak aykırılık teşkil eder ve bozma sebebidir.”⁶⁰

Sanık hakkında beraat kararı verilse bile duruşma sanığın sözü ile bitirilmelidir. Çünkü bu kararın sanık aleyhine temyiz edilmesi ve bunun sonucu olarak bozma kararı verilmesi mümkündür.

Bu nedenle temyiz davasında da önce emredici usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığı, bu arada duruşmanın sanığın son sözü ile bitip bitmediği incelenecek, bu kurallara aykırılık yoksa işin esasına girilecektir.

Diğer taraftan usul hükümlerinin emredici kurallarının bir tarafa bırakılarak önce işin esasının incelenmesi, sübut olmadığı takdirde hükmün onanması, sübutun varlığı halinde ise bu usuli eksiklik sebebiyle hükmün bozulması ikili uygulamalara ve yanlış anlamalara neden olacaktır. Bu önemli usuli eksikliğe rağmen esasa ilişkin inceleme yapılarak bozma kararı verme durumunda sübutun varlığı kabul edilmiş olduğundan, bundan sonra sanığa son söz verilmesi kuralının uygulanmasının mantıki ve huku-

⁵⁹ As. Y. 5. D. 16.2.1994 tarih ve 1994/13-82 sayılı Kararı.

⁶⁰ As. Y. Drl. Krl’nun 13.3.2003 tarih ve 17-20; 28.3.2002 tarih ve 25-27; 6.6.2002 tarih ve 49-48 sayılı kararları. Bu kararlar için bkz., *Askeri Yargıtay Dergisi*, Yıl: 2003, S. 15.

ki bir anlamı kalmayacaktır. Hem Yargıtay'ın hem de Askeri Yargıtay'ın ararları bu doğrultuda istikrar kazanmıştır.⁶¹

Ek Savunma Hakkı: Sanığa savunmasını hazırlaması için gerekli imkan ve kolaylığın tanınması sadece duruşmadaki savunma için geçerli değildir; bu hak duruşma sırasında ortaya çıkan yeni görüş ve olaylar bakımından da kabul edilmiştir. Bu husus 353 sayılı Kanun'un 166. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu madde hükmüne göre, *“Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasıyla mahkum edilemez.*

Cezanın artırılmasını gerektiren sebeplerin ilk defa duruşmada ileri sürülmesi halinde de aynı hüküm uygulanır.

Askeri mahkeme istem üzerine veya kendiliğinden bu değişikliklerden dolayı iddia ve savunmanın yeterlikle hazırlanabilmesi için duruşmayı tehir ve talik edebilir.

Sanık savunmasını yeterlikle hazırlayamadığından bahisle, kendisini iddianamede yazılı suçtan daha ağır bir madde hükmünün uygulanmasını gerektiren veya ikinci fıkra da gösterilen mahiyette ileri sürülen yeni hallerin varlığını bildirerek itirazda bulunursa, askeri mahkeme sanığın istemi üzerine duruşmanın başka bir güne tehir veya talikine karar verir.

Ek fıkra: (21.1.1981 tarih ve 2376/7 m.) Değişik: (9.10.1996 tarih ve 4191/17). İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde, hazır bulunan sanıkla ilgili duruşma, ek savunma için talik edilemez. Sanık hazır bulunmuyorsa ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmez veyahut davetiye tebliğ edilemez ise, bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz.”

Bu düzenleme, son fıkra da sanığa iddianamede belirtilenden daha az ceza verilmesini gerektiren hallerde hazır bulunan sanıkla ilgili duruşmanın talik edilemeyeceğine ilişkin cümle hariç, CMUK 258'deki düzenlemeyle hemen hemen aynıdır. Ayrıca, madde 258'de yer alan bildirimlerin, varsa müdafie yapılacağına ve müdafiin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacağına ilişkin hüküm madde 166'da yer almamaktadır.

⁶¹ YCGK, 24.10.1995/6-238/305; 12.12.2000/11-242/251; As. Y. Drl. Krl. 8.5.2003 tarih ve 48-49 sayılı kararları.

Şu halde duruşma sırasında suç vasfının değişmesi, iddianamede yer verilmeyen ağırlatıcı sebebin ilk defa duruşmada ileri sürülmesi durumunda sanığa değişen suç vasfına veya ileri sürülen ağırlatıcı sebebe göre savunması alınmalıdır. Aksine bir uygulama savunma hakkının kısıtlanmasına yol açar.

Ancak hazır bulunmayan sanığın ek savunma hakkından yararlandırılması koşula bağlanmıştır. Sanığa savunmasını bildirmek amacıyla duruşmaya gelmesi gerektiğine, duruşmaya gelmediği takdirde savunması beklenilmeden karar verileceğine dair şerh verilerek davetiyeye çıkarılacak, tebligata rağmen sanık duruşmaya gelmezse ek savunması alınmadan karar verilebilecektir.

Çıkarılan meşruhatlı davetiyenin tebliğ edilememesi durumunda da ek savunma alınmasına gerek görülmemiştir. Ancak, ek savunma almadan karar verilebilmesi için tebligatın sanığın kusurundan dolayı yapılamamış olması gerektiğine de işaret edelim.⁶²

Buna karşılık suç vasfında bir değişiklik getirmeyen yanlışlıkların düzeltilmesi ek savunma hakkı tanınmasını gerekli kılmaz. Örnek; sanık hakkında somut eylem, yerinde bir nitelendirmeye askeri eşyayı özel menfaatinde kullanmak olarak tavsif edilmiş, fakat As. CK 130 yerine, As. CK 131/1-2'den ceza talep edilmiştir. Askeri mahkeme, ek savunma almadan 130'dan uygulama yaparsa ek savunma imkanı tanınmamış olması bozma sebebi sayılacak mıdır? Askeri Yargıtay bu gibi durumlarda ek savunmaya ihtiyaç bulunmadığı görüşündedir.⁶³

Burada bir hususu belirtmek gerekir. Ek savunma iddianamede dava konusu yapılmış bir eylem için söz konusu olabilir. Bu eylemle ilgili olarak sanığın savunması önceden saptanmamış olabileceği gibi eylemin esas hakkındaki iddiada farklı bir şekilde nitelendirilmiş olması da mümkündür. Her iki durumda da sanığa savunma olanağı tanınmalıdır. Yoksa kamu davası açılmayan bir eylemle ilgili olarak sanığın savunmasının alınmış olması bu eylemle ilgili olarak hüküm kurulmasına olanak vermez.⁶⁴

Suçun niteliğinin değişmesi halinde sanığa savunma hakkı verilmesi hususu CMK m. 226'da düzenlenmiştir. Madde, 353 sayılı Kanun'un 166. maddesine 4191 sayılı Kanun'la eklenen fıkraya benzer bir hüküm içermektedir. Yapılacak değişiklikte bu husus gözetilmelidir.

⁶² N. Kunter - F. Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, No. 482, III, 4 dnp. 392.

⁶³ As. Y. Drl. Krl. 20.6.2002 tarih ve 55-54 sayılı kararı.

⁶⁴ As. Y. Drl. Krl. 13.4.2000 tarih ve 84-80 sayılı kararı.

Savunmayı hazırlamak için yeterli imkana sahip olmak hakkı bakımından tartışılması gereken bir husus da sanığın duruşmanın inzibatını bozduğu gerekçesiyle salondan çıkarılması yada inzibati mahiyette tutuklanmasıdır.

143. maddeye göre salondan çıkarılan veya tutuklanan kişi sanık veya müdahil ise, sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edeceği anlaşılır ve hazır bulunması gerekli görülmezse yokluğunda duruşmaya devam olunmasına karar verilebilir.

Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde kullanılamaz.

Sanığın duruşma salonundan çıkarılması, CMK m. 204/1’de; “Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır.” şeklinde düzenlemiştir.

8. Müdafii Vasıtasıyla Savunma Hakkı ve Askeri Yargıda Müdafilik

Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen bu hak da sırf sanığa tanınan haklardandır. Bu bakımdan sanığa tanınan haklar arasında incelenmesi gerekir. Ancak biz bu konuyu müdafilik kurumu açısından ele almayı düşündüğümüz için ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Askeri yargıda, sanığın müdafiiin yardımından yararlanmak suretiyle savunma yapması da kabul edilmiş, bu hususta özel düzenlemeler yapılmıştır.

353 sayılı Kanun’un 85. maddesinde sanığın müdafiiin yardımına başvurma hakkı hüküm altına alınmış, 86. maddede müdafii seçilebilecek olanlar sayılmış, 87 ve 88. maddelerde askeri mahkemece müdafii tutulması, 89. maddede birden çok sanığın tek bir müdafii tarafından savunulması ve 90 ve 91. maddelerde müdafiiin dava dosyasını incelemesi ve tutuklu sanıkla görüşmesi düzenlenmiş, 93. maddede de askeri mahkemece tutulan müdafii tarifesine göre devlet hazinesinden ücret ödeneceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler başlangıçta CMUK ile paralellik arz etmekte idi. Ne var ki 2. Dünya Savaşı’ndan sonra imzalanan insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerde yer alan sanık haklarına ve bunların korunmasına

ilişkin hükümlere Batılı ülkelerin Anayasaları'nda ve mevzuatlarında yer verilmiştir.

Ceza muhakemesi alanında da kendini gösteren bu gelişmeler, ülkemizde de yansımış, Anayasa'mızda yeni düzenlemelere gidilmiştir. 2004 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edilmiştir. Bu bağlamda, sanığın müdafii seçiminden müdafiiin yakalanan ve tutuklu ile görüşmesine, müdafiiin dava dosyasını incelemesine ve bazı hallerde mahkemece sanığa müdafii tayin edilmesine ilişkin hükümler değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir (CMK m. 149-156). Böylece Sözleşme'nin 6/3. maddesiyle sanığa tanınan haklara işlerlik kazandırılmış ve bu hükümlerin uygulama alanı tüm suçları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Diğer taraftan 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda da buna paralel değişiklikler yapılmıştır.

Bu değişiklikler savunma hakkının daha sağlıklı bir şekilde kullanılması amacına yönelik olmasına rağmen, 353 sayılı Kanun'a yansıtılmamış, daha doğrusu 353 sayılı Kanun'da müdafilerle ilgili düzenleme aynen muhafaza edilmiştir. Bu sebeple iki kanun arasındaki denge müdafii eliyle savunma açısından 353 sayılı Kanun aleyhine bozulmuştur. Yeni yasa çalışmalarından bu hususun göz önünde tutulması, adil yargılanma hakkı bakımından zorunludur.

A. Müdafii Seçimi

Müdafii seçimi konusunda CMK'nın 149. ve 353 sayılı Kanun'un 85. maddeleri hükümleri arasında benzerlik vardır. Bu hükümlere göre, sanık soruşturmanın her safhasında bir veya daha fazla müdafiiin yardımına başvurulabilir. Müdafii seçme hakkı sanığa tanındığı gibi sanığın kanuni temsilcileri de sanık adına müdafii tutmak hakkına sahiptirler. Müdafiiin birden fazla olması durumunda, ceza muhakemesi işlemleri her bir müdafii için ayrı ayrı yapılacaktır.

Ancak bu hükümler arasında bazı önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıklar şunlardır:

1. Şüpheli veya Sanığın Müdafii Seçme Hakkı:⁶⁵ CMK'nın 149. maddesinde "*şüpheli veya sanığın müdafii seçimi*"nden bahsedildiği halde, 353

⁶⁵ Sanığın müdafii seçme hakkı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 136. maddesinde, "Yakalananın veya sanığın müdafii seçimi" başlığı altında "Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafii hazır bulunabilir. Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçemez." şeklinde düzenlenmiştir.

sayılı Kanun'un 85. maddesinde "*sanığın kendisine müdafî tutması*"ndan söz edilmektedir. CMK'ya göre henüz sanık sıfatını almamış olan şüphelinin müdafî tutma hakkı vardır. Halbuki, 353 sayılı Kanun'a göre ancak sanık sıfatını alan bir kimse kendisine müdafî tutabilecek; bunun sonucu olarak yakalanan ve gözetim altına alınan, fakat hakkında kamu davası açılmamış bir kimsenin müdafî tutma hakkı söz konusu olamayacaktır.

Bilindiği üzere asker kişinin suç işlemesi durumunda ön soruşturma basit suçlarda birlik komutanlığı tarafından, daha ciddi sayılabilecek işlerde de disiplin subayı tarafından yapılmaktadır. Askeri savcının işe el koyması, yani hazırlık soruşturmasını başlatması, 95/4 maddesi ayrık tutulacak olursa, kural olarak nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amirinin bu konuda soruşturma emri vermesinden sonra mümkündür.

Gerek birlik komutanlığınca yapılan ön soruşturmada olsun, gerek disiplin subayı veya askeri savcılık tarafından yapılan hazırlık soruşturması sırasında olsun, insan hakları ihlali yapıldığına dair iddialara uygulamada, çok ender de olsa rastlanılmaktadır.

Hazırlıkta yapılan sorgu sırasında müdafî bulundurmak hakkı ile ilgili, asker olmayan kişi bakımından söz konusu olan gerekçeler, asker kişi bakımından da mevcuttur.

Diğer taraftan, bu hakkın kullandırılmaması adalete gölge düşüreceği gibi, maddi gerçeğe ulaşılmasına da engel teşkil edebilir. Hazırlıkta yapılan sorgu sırasında suçunu itiraf eden bir kimsenin, bu sırada müdafî bulunmuyorsa kendisine karşı zor kullanıldığını iddia ederek bu itirafını geri alması mahkemece makul ve mantıki görülebilir. Mahkemeyi sübutun kabulüne tek başına götüren başka delil de yoksa bu durum maddi gerçeğe ulaşılmasına engel teşkil edecektir.

Bu nedenle özellikle hazırlık soruşturmasında yapılan sorguda müdafî bulundurma hakkına ilişkin olarak düzenleme yapılması, sanığın haklarını kullanabilmesi ve korunması açısından zorunludur. Bu yapıldığı takdirde hem sanığın haklarını kullanması ve korunması sağlanacak, hem de hazırlık soruşturması sırasında sanığa kötü muamele yapıldığı, zor kullanıldığı şeklindeki iddialara son verecektir.

2. Mahkemece Müdafî Görevlendirilmesi: 353 sayılı Kanun'un 87. maddesine göre sanık;

- 15 yaşını bitirmemişse,

- Sağır yada dilsizse,
 - Kendisini savunamayacak derecede beden veya akılca sakat bulunuyorsa ve müdafii de yoksa,
- askeri mahkemece bir müdafii tutulabilir.

Sonradan sanık müdafii tutarsa askeri mahkemenin tuttuğu müdafii görevi sona erer.

Buna karşılık CMK'nın 150. maddesinde; *“(1) Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir.*

(2) Şüpheli veya sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

(3) Üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.” hükmü yer almaktadır.⁶⁶

Aslında 353 sayılı Kanun'un 87. maddesindeki düzenleme, CMUK'un 138. maddesinin 3842 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hükmüyle aynı mahiyettedir. Bu madde aynen şöyledir:

“Sanık on beş yaşını bitirmemiş olur yahut sağır veya dilsiz veya kendisini müdafii edemeyecek derecede cismi veya dimağı maluliyeti bulunursa ve müdafii de yoksa kendisine mahkemece bir müdafii tayin edilir.” şeklindedir. Görüldüğü gibi, bu düzenleme 87. maddeyle aynıdır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, mahkemece müdafii tutulması konusunda 353 sayılı Kanun, birkaç noktada CMK'dan ayrılmaktadır:

- Bunlardan biri müdafii görevlendirme mecburiyetidir. CMK'nın 150. maddesindeki şartların varlığı halinde sanığa müdafii tutulması zorunludur. Halbuki 353 sayılı Kanun müdafii tayinini hakimnin takdirine bırakmıştır.
- İkinci farklılık, müdafii görevlendirmeye yetkili makam bakımındandır.

⁶⁶ Müdafii görevlendirilmesi CMUK'un 138. maddesinde; *“Yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir.”* şeklinde düzenlenmişti.

CMK'nın 155. maddesine göre müdafî görevlendirilmesi aşağıdaki usule göre yapılacaktır:

a. Soruşturma evresinde, ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hakimın istemi üzerine,

b. Kovuşturma evresinde, mahkemenin istemi üzerine;

Müdafî, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosunca görevlendirilir. Şüpheli veya sanığın kendisinin sonradan müdafî seçmesi halinde, baro tarafından görevlendirilen avukatın görevi sona erer.

353 sayılı Kanun'un 87. maddesine göre ise müdafî mahkeme tayin edecektir. Ancak askeri mahkeme müdafî, bulunduğu yerdeki baro ile haberleşerek seçecektir.

Bir başka farklı nokta; yakalanan kişi veya sanığın müdafî seçecek durumda olmadığını beyan etmesi halidir:

Bu durum CMK'ya göre, müdafî tayin edilmesi için yeterli bir sebep- tir. Buna karşılık 353 sayılı Kanun'da böyle bir sebep sayılmamıştır. Ancak Askeri mahkemenin böyle bir talep karşısında baro ile haberleşerek sanığa müdafî tutulması yoluna gitmesini engelleyen bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle bize göre, böyle bir talep karşısında askeri mahkemenin, savunmanın ceza muhakemesindeki yerini ve fonksiyonunu dikkate alarak sanığa bir müdafî tayin edilmesini barodan istemesi hakkaniyete ve adil yargılama hakkına daha uygun düşecektir.

Mahkemece tayin edilen avukat konusunda sanık, bir seçim ve tercih hakkına sahip değil ise de; savunma teorik ve hayali değil,fakat gerçek e etkili olmak zorunda bulunduğundan, görevin, avukat tarafından gereği gibi yerine getirilmediği hallerde mahkemenin duruma müdahale etmesi yada yeni bir avukat tayin etmesi gerekir.⁶⁷

Esasen bu konu HUMK'un 465 ve devamı maddelerde düzenlenen adli müzaheretten başka bir şey değildir. Nitekim bu konuda Askeri Yargıtay bu düşüncemize uygun bir karar vermiştir. Askeri Yargıtay'ın kararına konu olayda:

Sanık hakkında askeri mahkemede kasten adam öldürmek suçundan kamu davası açılmıştır. Yargılama sırasında sanık, mahkemeye verdiği bir dilekçe ile maddi durumunun yetersiz olduğundan kendisini savunacak

⁶⁷ Ş. Gözübüyük - F. Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 304.

bir avukat tutamadığını belirterek adli müzaheret talebinde bulunmuştur. Askeri mahkeme sanığın bu talebinin Ankara Baro Başkanlığı'na gönderilmesi kararı aldıktan sonra ilgili baro başkanlığına bir müzekkere yazmış, fakat baronun cevabını beklemeden ertesi oturumda sanık hakkında mahkumiyet kararı tesis etmiştir.

Mahkumiyet hükmü resen temyize tabi olduğu gibi sanık tarafından da sebep gösterilmeksizin temyiz edilmiştir.

Dosyayı inceleyen 3. Daire; 353 sayılı Kanun'da adli müzaheretle ilgili bir hüküm bulunmadığını, bu hususun HUMK'un 465 ve müteakip maddelerinde düzenlendiğini, HUMK'un adli yardıma ilişkin hükümlerinin askeri mahkemelerde de uygulandığını (As. Y. 2. D. 22.8.1969/380-436), diğer taraftan CMUK'un 138. maddesinde 3842 sayılı Kanunla yapılan bir düzenlemeyle adli yardım konusunun kısmen düzenlendiğini, aksine açık bir hüküm bulunmayan hallerde CMUK'un askeri mahkemelerde de kıyas yoluyla uygulanabileceğinde tereddüt bulunmadığını, bu itibarla adli yardım konusunda Ankara Baro Başkanlığı'na başvuran askeri mahkemenin, buradan her hangi bir cevap almadan ve bu konudaki ara kararından vazgeçmeksizin ertesi oturumda sanığın mahkumiyetine karar vermesinin, hüküm için önemli noktalarda savunma hakkını kısıtladığı sonucuna vararak hükmü bozmuştur.⁶⁸

Bir başka olayda, sanık hakkında üstü tehdit suçundan verilen mahkumiyet kararını, sanıkla ilgili olarak yargılanma aşamasında düzenlenen sağlık kurulu raporunda, *"TSK'da görev yapamaz, fikren ve bedenen çalışarak hayatını kazanamaz. Vasi tayini gerekir. Silah taşınması ve bulundurması sakıncalıdır; durumunun suçu işlediği sırada TCK'nın 47. maddesi kapsamında mütalaa edilmesi gerekir."* şeklinde tespit ve karara varılmış olmasını dikkate alan Askeri Yargıtay, CMUK'un 138. maddesinde yapılan değişikliğin askeri yargıda da uygulanmasının mümkün bulunduğunu, böyle olmasa bile 87. madde hükmünün uygulanmasında etken bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu nedenle toplumsal savunma makamı oluşturulmadan karar verilmesinin savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirilerek hükmü bozmuştur.⁶⁹

⁶⁸ As. Y. 3. D. 17.3.1998/170-168 tarih ve sayılı kararı.

⁶⁹ As. Y. Drl. Krl. 30.10.2003/93-89. Bu karara konu olayda:

Yapılan yargılama sonunda verilen mahkumiyet kararı sanık tarafından savunma hakkının kısıtlandığı belirtilip daha başka sebepler de gösterilerek temyiz edilmiş, hükmün eksik soruşturma yönünden bozulması üzerine askeri mahkeme ilk hükmünde direnmiştir. Direnme hükmü sanık tarafından temyiz edilmiştir.

As. Yargıtay Daireler Kurulu şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

CMUK'un 138. maddesi; "maznun on beş yaşını bitirmemiş olur yahut sağır veya dilsiz veya kendisini müdafaa edemeyecek derecede cismi veya dimaği maluliyeti

Bir diğer farklılık sanığın yaşıdır. CMUK'ta sanığın yaşının on sekizden küçük olması müdafî tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Buna karşılık 353 sayılı Kanun mahkemece yaş küçüklüğü nedeniyle müdafî tutulmasını on beş yaş koşuluna bağlamıştır. Bu konuda askeri yargıya intikal etmiş

bulunursa ve müdafî de yoksa, kendisine mahkemece bir müdafî tayin edilebilir. " şeklinde bir düzenleme içermektedir ; 1.12.1992 gün ve 21422 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 3842 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile söz konusu madde ile yeniden düzenlenmiş ve " Yakalanan kişi veya sanık müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafî tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık on sekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafî de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine bir müdafî tayin edilir. " halini almıştır.

353 sayılı Kanun'un 87. maddesinin ilk fıkrası : "Sanık on beş yaşını bitirmemiş olur veya sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede beden ve akılcı sakat bulunursa ve müdafî de yoksa kendisine askeri mahkemece bir müdafî tutulabilir." şeklinde olup CMUK'da yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme 353 sayılı Kanun'da yapılmamış, CMUK'un 138. maddesinin eski haliyle uyumlu olan düzenleme, 353 sayılı Kanun'un 87. maddesinde korunmuştur.

CMUK 138. maddesinde yapılan değişiklik birkaç noktaya ilişkin olmakla birlikte, özellikle konumuzla ilgili olan kısmı, "... edilebilir" kelimesi yerine "... edilir" kelimesinin kullanılmasıdır. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde; belirli haller için "mecburi müdafîlik" sistemine geçildiği belirtilmiştir. Her ne kadar 353 sayılı Kanun'da bu doğrultuda bir değişikliğe gidilmemiş ise de, adil yargılanma hakkının istisna gözetilmeksizin Anayasamızda yer alması karşısında, kod kanun niteliğindeki CMUK'da yapılan esaslı değişikliklerin, özel ceza usul yasası mahiyetindeki 353 sayılı Kanun bakımından da uygulama alanı bulabileceğinin, yada 353 sayılı Kanun'un ilgili maddesinin uygulanmasında bu değişikliğin etken bir unsur olarak göz önüne alınabileceğinin kabulü gereklidir.

Somut olayda; hakkında düzenlenen sağlık raporunda "... fikren ve bedenen çalışarak hayatını kazanamaz, vasi tayini gerekir, silah taşınması ve bulundurulması sakıncalıdır..." şeklinde tespitler bulunan ve TCK'nın 47. maddesinden yararlanabileceği belirtilen sanığın, davanın açılmasından itibaren başka garnizona atama görmesi nedeniyle asıl yargılamayı yürüten askeri mahkemenin huzuruna hiç çıkmadığı, her ne kadar istinabe mahkemesinde sorgusu yapılmış ise de, sanığın rahatsızlığı konusunda her hangi bir bilgisi olmayan istinabe mahkemesi hakimlerinin, sanığın kendisini savunma yetisi bulunup bulunmadığı hususunda değerlendirme yapmasının beklenemeyeceği, kaldı ki kendisini savunabilecek sıhhatte olduğu yönünde intiba uyandırsa dahi, söz konusu rapor uzman kurul tarafından hazırlanmış objektif ve bilimsel bir veri niteliği taşıdığından, hakim tarafından öncelikle bu raporun nazara alınması gerektiği, raporda belirtilen rahatsızlığın derecesine ve sonuçta varılan karar göre, vasi tayini gereken sanığın kendisini savunamayacağının kabulünün hukuka ve hakkaniyete uygun olacağı kanısına varılmıştır.

Askeri mahkemenin, sanığa müdafî atayıp savunma makamını oluşturduktan ve savunmaya zaman ve imkan tanıdıktan sonra yargılamayı yürütmesi gerekirken 353 sayılı Kanun'un 87. maddesini göz ardı ederek ve bu konuda her hangi bir değerlendirme yapmaksızın nihai hükmünü kurması savunma hakkının kısıtlanması olarak nitelenmiştir

bir olaya rastlamadık. Ancak, bize göre, böyle bir durumda, yani sanığın on sekiz yaşından küçük, fakat on beş yaşından büyük olması halinde askeri mahkemenin yapacağı şey, sanığın çocuk sayılacağını da göz önüne alarak talebi olsun olmasın, ona bir müdafii tayin edilmesi için durumu baroya bildirmek ve bir müdafii tayin edilmesini sağlamak olmalıdır.

c. Müdafii sayısının sınırlandırılması;

Bu konuda CMK'da bir sınırlama yoktur. Ancak soruşturma evresinde ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir.⁷⁰

353 sayılı Kanun hazırlık soruşturması sırasındaki sorguda müdafii bulundurmaya kabul etmediği için, müdafii sayısını da düzenlememiştir. Bununla beraber 85. maddenin son fıkrasında savaş halinde müdafilerin sayısının sınırlanabileceği belirtilmiştir. Burada müdafilerin sayısını takdir hakkı mahkemeye aittir.

d. Müdafii olarak seçilebilecek olanlar;

CMUK'un 137. maddesinde; *"Müdafii avukatlık ve dava vekilliği etmeğe kanuni yetkisi olan kimselerden intihap olunabilir."* denilmekte iken CMK'da benzeri bir hükme yer verilmemiştir. Fakat bu Kanun'un *"Tanımlar"* başlıklı 2. maddesi 1-c'de Müdafii kavramının, *"şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı"* ifade ettiği belirtilmiştir. Bu hükümden, müdafinin yalnızca avukatlardan seçilebileceği, başka bir ifadeyle avukatlık mesleğinden olmayanların ceza muhakemesinde müdafilik yapamayacakları sonucuna varılmaktadır.

353 sayılı Kanun'un 86. maddesinde: *"Müdafii, avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili olan kimselerden tutulur."*

Askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (Askeri hakim ve askeri savcı ile yardımcıları hariç) ve bunlar da yoksa diğer subaylar müdafii tutulabilirler."

Subaylar, savunmayı kabul etmeleri için en yakın amirinin iznini almak zorundadırlar. Askeri mahkemenin doğrudan doğruya tutacağı müdafiler, askeri mahkemenin bulunduğu yerde olan veya askeri mahkemeye en yakın bulunan barolar ile haberleşilerek seçilir. Bunlar hizmetten kaçınamazlar." şeklinde bir hüküm yer almaktadır.

⁷⁰ CMUK 136/2 de; *"Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafii hazır bulunabilir. Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçemez."* hükmü yer alıyordu.

Bu düzenlemeye göre, askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesini bitirmiş, fakat askeri hakimlik sınıfına geçmemiş olan sınıf subayları da müdafilik yapabileceklerdir. Hukuk fakültesini bitirmiş subay yoksa bu takdirde diğer subaylar da müdafiler olarak seçilebilecektir.

Bu hüküm CMK'nın 2. maddesindeki tanımla çeliştiği gibi, savunma hakkının esasına da aykırıdır.⁷¹

Diğer taraftan, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 26.2.1970 tarih ve 1238 sayılı Kanun'la değişik 35. maddesine göre de *"Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek ,yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*

Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler." hükmünü taşımaktadır.

Bu hükümler, 353 sayılı Kanun'un 86. maddenin subayların müdafilik yapmalarına olanak sağlayan hükümlerini yürürlükten kaldırmamış olmakla beraber, bugün için askeri mahkemelerin bulunduğu her yerde il bazında baro teşkilatı bulunduğu gibi, askeri mahkemenin bulunduğu yer dışındaki baroya kayıtlı olan avukatların da müdafiler olarak seçilebilmelerine yasal bir engel bulunmadığından, subayların müdafiler olarak seçilebileceklerine ilişkin hükümler uygulanabilirliğini tamamen yitirmiştir. Günümüzde bu hükümler, hukuken yürürlükte olsa bile fiilen uygulanmamaktadır.

Esasen bu hükmün konuluş amacı, müdafiler tutmak isteyen, fakat askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukat olmaması veya ekonomik durumunun müdafiler seçmeye elvermemesi sebebiyle, bundan yoksun kalan sanığın müdafileriz kalmamasını önlemek, ona savunma imkan ve kolaylığı sağlamaktır. Bu husus madde gerekçesinden de anlaşılmaktadır.⁷²

⁷¹ 353 sayılı Kanun'un 86. maddesinde yer alan ve subayların müdafiler olarak seçilebilmelerine olanak sağlayan bu hüküm CMUK'un 137. maddesiyle de çelişiyordu.

⁷² Madde gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: Bu madde "As. MUK'un 206. maddesine mütenazır ve CMUK'un 137. maddesine uygun olarak yazılmış, askeri mahkemelerin kurulduğu yerlerde avukat ve dava vekillerinin bulunabileceği tabii görüldüğünden subayların müdafileriz yapması yalnız avukat ve dava vekili bulunmayan yerlerdeki askeri mahkemeler için kabul edilmiştir. Askeri mahkemelerde askeri hakim ve savcılarının müdafileriz kabul etmeleri Anayasa'nın 134. maddesi muvacehesinde ve bilhassa askeri icaplar bakımından mahzurlu görülmüştür.

Hukukçu olmayan kişinin müdafî sıfatını alabilmesi, askeri suçların genellikle askerlik mesleği ile ilgili olması ile açıklanabilir. Ancak meslekten olmayan ve hukuk öğrenimi görmemiş kişilerin sanığın müdafiliğini yapması, “ceza muhakemesinde müdafîin varlığının biçimsellikten öte bir anlam taşımaması demek olacağı gibi; onun, hukuk bilgisi açısından, yargılama ve iddia makamları karşısında aşağı düzeyde kalmasına ve sanığın gerektiği gibi savunulmamasına neden olacağı” belirtilerek eleştirilmiştir.⁷³ Ayrıca, hukuk formasyonu olmayan bir kişinin, bu görevi yeterli bir biçimde yerine getirmesinin mümkün olmadığı belirtilerek, savunuculuk yapmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür.⁷⁴ Gerçekten de hukuk öğrenimi görmemiş olması sebebiyle yeterli hukuk bilgisine sahip olmayan bir kimsenin savunma yapması halinde Sözleşme’de öngörülen “silahların eşitliği” ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Kaldı ki, 86. maddenin son fıkrası, askeri mahkemece tutulacak müdafilerin avukatlar arasından seçileceklerini öngörmektedir. Bu nedenle biz de “her iki durumda bir suç isnadı altında olan sanık olduğuna göre, birisine avukatın, diğerine bir subayın müdafilik yapmasının eşitliği bozacağı ve bu durumun adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine engel olacağına ilişkin görüşe aynen katılıyoruz.”⁷⁵ Bu nedenle yasanın gözden geçirilmesi sırasında 86. madde hükmü değiştirilerek bu ayırım kaldırılmalı ve subayların müdafilik yapabileceklerine ilişkin hüküm madde metninden çıkarılarak CMK ile paralellik sağlanmalıdır.

e. Müdafilik sıfatının kazanılması;

Her iki usul kanunumuz müdafiden bahsederken bunların vekaletnameyi haiz olma şartını aramamış, böyle ve buna benzer bir kayıt getirmemiştir. Ancak bir avukatın sanık müdafii olabilmesi, sanıkla birlikte duruşmaya gelmesi ve sanık tarafından hakim huzurunda müdafî olarak kabul edilmesine bağlıdır. Böylece müdafilik sıfatını kazanan bir kimsenin yardımcısı olduğu sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla kanun yollarına da başvurabileceği CMK’nın 261 (CMUK 290), 353 sayılı Kanun’un 196/2. maddelerinde kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu konuda uygulamada görülen tereddütler Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı’yla giderilmiştir. Bu Karar’a göre, vekaletnamesiz müdafîin hükmü temyiz etmesi halinde, sanığın açık bir muhalefeti bulunmuyorsa bu istemin geçerli sayılması gerekmektedir.⁷⁶

⁷³ N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 79; S. Keskin, *a.g.e.*, s. 163.

⁷⁴ S. Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, s. 165.

⁷⁵ S. Donay, *a.g.e.*, s. 166.

⁷⁶ YİBK, 20.10.1975 tarih ve 1975/7-9 sayılı Kararı.

Askeri Yargıtay, baroda kayıtlı avukatın sanığın yokluğunda yapılan oturumlara yazılı vekaletnamesi olmadığı halde müdafî sıfatıyla kabul edilmesini usul hükümlerine aykırı bulmakla beraber, daha sonraki oturumlara sanıkla birlikte katılmış olmasını, mahkemeye sunmuş olduğu dilekçelerde de *“avukat olduğunu gösteren iş adresi, telefonu ve vergi sicil numarası yazılı antetli kağıt kullanmasını”* ve bu kişinin avukat olduğu konusunda askeri mahkemece hiçbir kuşkuyla düşülmemiş olmasını dikkate alarak, müdafilik sıfatını kazandığını kabul etmiş ve bu avukatın temyiz istemini geçerli saymıştır.⁷⁷ Buna karşılık özel hukuk davasında davacı yada davalıyı özel vekaletnameye dayanarak temsil eden, fakat vekaletini aldığı kişinin sanık olduğu ceza davasında yargılamanın hiçbir aşamasına katılmayan avukatın, müdafî sıfatının bulunmadığı ve sanık adına temyiz kanun yoluna başvurma hakkı olmadığı sonucuna varmıştır.⁷⁸

Askeri Yargıtay bir başka kararında ise 86. maddenin birinci fıkrasında *“Müdafî, avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimselerden tutulur.”* hükmünü dikkate alarak, yargılama sırasında vekaletnamenin okunduğuna ve usule uygun müdafilik tespiti yapıldığına dair duruşma tutanaklarında herhangi bir kaydın bulunmamasını, müdafilik sıfatının kazanılmasına etkili görmemekle beraber usule aykırı bulmuştur. Yargıtay’a göre vekaletname sunan bir kimsenin yasanın aradığı niteliklere sahip olup olmadığı ancak bu belge vasıtasıyla öğrenilebilir. Bu nedenle vekaletname okunarak yasaya uygun müdafiliğin bulunduğu tespit edilmelidir.⁷⁹ Bir başka olayda da; sanığın, duruşma sırasında avukat tuttuğunu bildirerek buna dair vekaletname ve onun tarafından hazırlanan yazılı savunma sunması üzerine, bu avukatın sanık vekili olarak duruşmaya kabulü hakkında bir karar verilmemiş olması yasaya aykırı görülmüştür. Ayrıca sunulan yazılı savunmanın okunmaması ve buna ekleyecek bir şeyi olup olmadığının sanıktan sorulmaması ile sanığın vekaletname sunmasından sonra yapılan oturumlara çağrılmaması savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir.⁸⁰

⁷⁷ As. Y. 3. D. 5.3.1996 tarih ve 1996/22-118 sayılı Kararı.

⁷⁸ As. Y. Drl. Krl. 8.4.1999 tarih ve 1999/55-70 sayılı Kararı.

⁷⁹ As. Y. 3. D. 26.9.2000 tarih ve 2000/531-530 sayılı kararı. vekaletname sunan bir kimsenin yasanın aradığı nitelikleri taşıyıp taşımadığını bu belge vasıtasıyla öğrenilebildiğini, dolayısıyla bu belgenin okunup yasaya uygun müdafiliğin bulunduğu tespitinin, uygulamada, “davaya müdafî olarak kabul kararı” şeklinde ortaya çıktığından, somut olayda...???

⁸⁰ As. Y. 4. D. 19.2.2002 tarih ve 2002/171-167 sayılı Kararı. Bu Karar’da müdafiliğine karar verilmeyen avukatın müdafilik sıfatını kazandığı kapalı da olsa kabul edilmiş ve temyiz istemi geçerli sayılarak inceleme yapılmıştır.

Ceza yargılamasında adli yardım nedeniyle baro tarafından görevlendirilen müdafinin vekaletname sunması gerekip gerekmediği, adli yargıda uygulamada tartışmaya neden olmuş ise de yaptığımız araştırma sonunda askeri yargıda böyle bir olay yaşandığına dair bir bilgi edinemedik.⁸¹

Kanaatimizce, Avukatlık Kanunu'nun 179/2. maddesinde yer alan *"Bu yükümlülük ilgilinin gerekli belge ve bilgileri isteğe rağmen vermemesi veya vekaletname vermekten kaçınması halinde sona erer."* hükmü ceza hakimini değil, müdafilik görevini veren baro ile görevlendirilen avukatı ilgilendiren bir hükümdür. Müdafî, baronun görevlendirme yazısı ile müdafilik yapma yükümlülüğü altına girmiş ve sanıkla birlikte duruşmaya katılmakla müdafilik sıfatını kazanmıştır. Görevlendirme yazısını sunması ise onun müdafilik yapabilecek bir kimse *"avukat"* olduğunu gösteren açıklayıcı bir belgedir. Bu şekilde baro tarafından tayin edilen müdafinin görevinin hangi halde son bulacağı CMUK'un 156/3. 353 sayılı Kanun'un 87/2. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlere göre baro tarafından tayin edilen müdafinin görevi, sanığın sonradan müdafî seçmesi halinde sona erer. Bu itibarla sanığın vekaletname vermemesi, belki müdafî için, bu görevden çekilmesi konusunda bir hak doğurabilir; yoksa mahkemece müdafinin görevinin sona erdiği şeklinde yorumlanamaz. Kaldı ki sanığın, devlet tarafından tayin olunan mecburi müdafî reddetme yetkisi yoktur. Vekaletname mecburiyeti getirildiği takdirde tayin edilen müdafîi beğenmeyen sanığın vekaletname vermemek suretiyle yeni müdafiler talep edebileceğini de kabul etmek gerekir ki bu durum adli yardım kurumunun amacına ters düşecektir.

9. Şüpheli veya Sanığın Müdafî ile Görüşme Hakkı

A. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

Sözleşme'ye göre müdafî ile görüşme hakkı, sadece tutuklu olan sanığa değil, henüz sanık sıfatını almamış olan, fakat suç şüphesi nedeniyle yakalanıp gözaltına alınan şüpheliye de tanınmıştır. Bu hak usul kanunlarımızda da düzenlenmiştir.

CMK'nın 149/3. maddesi hükmüne göre; Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.

⁸¹ *Bülten*, İzmir Barosu yayını, Yıl: 12, S. 132, Eylül/Ekim 2002 s. 10-12

154. maddesine göre de; Şüpheli veya sanık, vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.⁸²

B. 353 Sayılı Kanun'a Göre Tutuklu ile Müdafinin Görüşmesi

Bu hak, 353 sayılı Kanun'un 91. maddesinde, yalnızca tutuklu sanık bakımından düzenlenmiştir.

Kural olarak tutuklu, müdafii ile her zaman görüşebilir ve haberleşebilir. Ancak bunun iki istisnası vardır.

Bunlardan biri, tutuklunun müdafii ile haberleşmesinin engellenmesi, diğeri ise haberleşmenin kısıtlanmasıdır.

Maddenin 1. fıkrasında, iddianame askeri mahkemeye verilinceye kadar sanığın bilmesi uygun görülmeyen hususların kendisine duyurulmasının askeri savcı tarafından yasaklanması hali düzenlenmiştir. Burada askeri savcı, hazırlık soruşturmasının selameti ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi bakımından sanığın duymasını sakıncalı gördüğü bilgilerin kendisine duyurulmasını yasaklamaktadır.

Bu hüküm, CMUK'un 3842 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önceki 144. maddesindeki düzenlemeyle kısmen benzerlik arz etmektedir. Tek fark, yasağı koyan makam bakımındandır.

Maddenin 2. fıkrasında ise, iddianamenin askeri mahkemeye verilmesine kadar sanık ile müdafinin görüşmesinde askeri savcı ve yardımcısının hazır bulunması düzenlenmiştir.

Bu fıkrada, askeri savcı veya savcının sanıkla müdafinin görüşmesi sırasında hazır bulunması tutuklama sebebine bağlanmıştır. Askeri savcı bu uygulamayı gerekli görürse iddianamenin askeri mahkemeye veril-

⁸² Bu konu CMUK'un 136/2. maddesinde; "Zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafinin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

144. maddede de yakalanan kişi veya tutuklunun müdafii ile görüşme koşulları hüküm altına alınmıştır.

Bu maddeye göre yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.

mesine kadar sürdürecektir, yada belirli bir süre veya işlemle sınırlı tutma yetkisine sahiptir.

Yasaklama müdafii ile görüşmeye değil, haberleşmeye ilişkin olmakla beraber uygulama, görüşme yasağı koymak şeklindedir. Bunun başka türlü olması da düşünülemez. Çünkü, 2. fıkra da görüşme sırasında askeri savcı veya yardımcılarının hazır bulunmaları düzenlendiğine ve amaca bu şekilde ulaşılması mümkün olduğuna göre, sanığın bilmesi uygun görülmeyen hususların kendisine duyurulmasının ayrıca düzenlenmesine de gerek yoktu.

Madde ile tutuklu sanığın müdafii ile her zaman görüşebilmesi ve haberleşebilmesinin ilke olarak kabul edildiği, ancak bu hakkının kötüye kullanılabileceği düşüncesiyle bu ilkeye bazı kısıtlamalar getirildiği ileri sürülmüştür.⁸³

Kanaatimizce kısıtlama yetkisinin de kötüye kullanılabileceği gözden irak tutulmamalıdır. Mevcut düzenleme son derece suiistimale müsaittir. Aynı soruşturmada bir savcı, suç ortağının itirafını, sanığın bilmesini uygun görmezken, bir başka savcı bunda sakınca görmeyebilir. Askeri yargıda dava alan bazı avukatlarla yaptığım görüşmelerde, bu yetkinin askeri savcılar tarafından farklı şekilde yorumlanarak kullanıldığını da öğrenmiş bulunuyorum. Diğer taraftan, asker kişi olan sanık bakımından, yasağın, hakim yerine askeri savcı tarafından konulmasının sebebinin anlamak gerçekten güçtür. Bunun açıklaması da yoktur; dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle 91. maddenin CMK'nın 154. maddesine uygun şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğinde savunma hakkı açısından zaruret vardır.

10. Müdafinin Evrakı İncelemesi

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi ve bunun sınırları CMK'nın 153. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, yetki kısıtlamasına gidilemez. Müdafii, Cum-

⁸³ H. Özbakan, *Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu* 1. Cilt, s. 459.

huriyet Savcılığı' nca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

Bu haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.

Müdafiin dava evrakını incelemesi, 353 sayılı Kanun'un 90. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde CMUK'un 143. maddesinin karşılığıdır ve söz konusu maddenin 3842 sayılı Kanun değişikliğinden önceki düzenlemeye aynıdır. Buna göre *"müdafi iddianamenin askeri mahkemeye verilmesinden itibaren davaya ait her çeşit evrakı incelemek ve dosyadan istediği evrakın birer benzerini almak hakkına sahiptir."*

Bundan önce de soruşturmanın amacını bozmayacağı anlaşılsa soruşturmaya ait her çeşit evrak ve belgeleri incelemesi için müdafie izin verilir.

Sanığın sorgusuna ait tutanak, bilirkişi raporları ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ait tutanakların müdafi tarafından incelenmesine hiçbir vakit karşı konulamaz."

Savaş halinde, soruşturmanın amacını bozmayacak olsa bile, hazırlık soruşturması sırasında müdafiin evrakı incelemesine izin verilmeyebilir.

Bu hakkın kısıtlanması CMUK madde 143'de de öngörülmüştü; tek farkla ki kısıtlama ancak hakim kararıyla mümkündü. Bu maddeye göre müdafiin hazırlık evrakını incelemesi veya suret alması soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine sulh hakimi kararıyla hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilecektir.

353 sayılı Kanun'daki mevcut düzenlemenin uygulamada önemli sakıncalar yarattığı görülmektedir. En basit suçlarda bile hazırlık soruşturması sırasında müdafiin dosyayı incelemesine askeri savcılar tarafından müsaade edilmediği meslektaşlarımız tarafından sohbetlerimiz sırasında sık sık dilde getirilmektedir. Müdafiin inceleme talebine karşı, askeri savcının soruşturmanın amacını bozacağı belirtilerek talebin reddedilmesi durumunda müdafiin, kamu davasının açılmasını beklemekten başka hukuken yapabileceği hiçbir şey yoktur. Özellikle takdir yetkisinin soruşturmayı yürüten askeri savcıya tanınmış olması ve buna karşı bir kanun yolunun öngörülmemiş olması, bu yetkinin keyfi olarak kullanılmasına imkan vermesi sebebiyle, son derece sakıncalı ve tehlikelidir. 91. madde için söylediklerimiz ve düşüncelerimiz, bu madde için de geçerlidir. Bu itibarla 90. maddede de CMUK 143'e uygun olarak değişiklik yapılmalı, bu hakkın kısıtlanması yetkisi askeri mahkemeye verilmelidir. Bu yetkinin askeri mahkemenin

hakim sınıfından bir üyesine verilmesi çabukluk sağlayacağı için, kısıtlama yetkisinin zaman kaybına ve soruşturmanın uzamasına neden olacağı gibi bir görüş de ileri sürülemeyecektir.

11. Müdafilik Sıfatını Kazanmanın Diğer Sonuçları

Müdafilik sıfatının kazanılması müdafî açısından bir kısım ödevler ve haklar doğurur. Burada müdafîin ödevleri üzerinde durmayacağız. Müdafîin ödevlerine aykırı davranması daha çok sanıkla müdafî arasındaki ilişkiyi etkiler. Bununla beraber müdafîin duruşmadan çekilmesi halinde, talebi halinde sanığa başka bir müdafî tutması için gerekli süre ve imkan tanınmalıdır. Bu imkan gerekirse duruşma bir başka güne bırakılmak suretiyle sağlanmalıdır. Aksi takdirde sanığın müdafîin yardımından yararlanmak hakkı, dolayısıyla da savunma hakkı kısıtlanmış olur.

Savunma hakkı her ne şekilde kısıtlanmış olursa olsun, adil yargılanma hakkına değer veren bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde, bu kısıtlamanın hüküm bakımından önemsiz olduğunun ileri sürülmemesi gerekir. Savunma hakkının kısıtlanması her zaman için önemlidir.⁸⁴ Bununla beraber savunma hakkının ne zaman kısıtlanmış olduğunu, ne zaman kısıtlamadan söz edilemeyeceğini her olayda ayrı ayrı belirlemek gerekir.

Sanığın yokluğunda yapılan duruşma sırasında müdafilikten çekilme ve duruşma günü sanığa bildirilmeli ve istediği takdirde sanığa kendisine bir müdafî tutması için zaman ve imkan tanınmalıdır. Müdafî müvekkilinin talimatıyla savunma görevinden çekildiğini bildirirse bile bu konuda dava dosyasında bilgi ve belge yoksa, bu çekilme sanığa bildirilmeden ve ona müdafî tutma imkanı tanınmadan bir hüküm ifade etmez. Bu imkan tanınmadan duruşmaya devam olunması Sözleşme'ye aykırılık oluşturacağı gibi, savunma hakkını da kısıtlayacağından bozma sebebi teşkil eder.

Nitekim Askeri Yargıtay, Avukatlık Kanunu'nun 41/1. maddesinde yer alan *"Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekalet görevi, durumun müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder ..."* hükmü gereğince sanık müdafîin çekildiğinin ve duruşma gününün sanığa tebliği yoluna gidilmeden, sanığın yokluğunda yargılamasının sürdürülmesi ve hüküm kurulmasının savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir.⁸⁵

⁸⁴ S. Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, 1997, s. 155.

⁸⁵ As. Y. 1. D. 21.5.2003 tarih ve 2003/514-510 sayılı Kararı.

Bir başka olayda da Askeri Yargıtay, müvekkilinin talimatı üzerine savunma görevinden çekildiğini, sanığın bulunmadığı bir sırada mahkemeye verdiği bir dilekçeyle bildiren avukatın, Avukatlık Kanunu'nun 41/1 ve 171/1. maddeleri hükümlerini dikkate alarak ve sanığın avukatını azlettiğine ve müdafilikten çekilmenin sanığa bildirildiğine dair dosyada herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmaması nedeniyle, müdafilik görevinin devam ettiğine ve bu müdafinin duruşmalara katılmasının sağlanmamasının savunma hakkının esaslı surette kısıtlanmasına yol açtığını içtihat etmiştir.⁸⁶

A. Müdafinin Çağırılması ve Duruşmada Bulunmak Hakkı

Müdafinin duruşmaya çağırılması, Sözleşme'nin sanığa tanıdığı "*müdafii vasıtasıyla savunma hakkı*"nın doğal bir sonucudur. Duruşmaya gelmeyen bir müdafinin sanığı gerektiği gibi savunması mümkün değildir.

Diğer taraftan müdafii, müdafilik görevini kabul etmekle veya mahkemece müdafii tayin edilmekle, müdafii bakımından savunma görevini sonuna kadar ve dürüstlükle yapma ödevi de doğar. Müdafinin bu ödevini yerine getirebilmesi de ancak duruşmaya katılması ve takip etmesiyle mümkün olabilir. Bu bakımdan müdafinin duruşmaya katılma hakkı ve yetkisi, yargılama makamı bakımından duruşmaya çağırma, duruşma gün ve saatini ona bildirme yükümlülüğü olarak ortaya çıkar.

Gerçekten de 353 sayılı Kanun'un 121. maddesi: "*Müdafii gerek askeri mahkemece tutulmuş olsun gerekse sanık tarafından seçilip de askeri mahkemeye bildirilmiş bulunsun, sanık ile birlikte çağrılır.*" hükmünü içermektedir.

Müdafinin duruşmaya çağırılması, duruşma hazırlığı evresinde Askeri Mahkeme Kıdemli Hakimi'nin görevidir. Bu görev duruşmaya ilk kez başlanırken olduğu gibi, bozmadan sonraki duruşma hazırlığı evresi için de söz konusudur.

Duruşmaya çağırılan, fakat mazereti nedeniyle bu oturuma katılamayan müdafii de, duruşmaya mazereti nedeniyle katılamadığını bildirmiş olması kaydıyla, duruşmaya yeniden çağırılmalıdır. Müdafii mazereti nedeniyle duruşmaya katılamamış ve mazeretini yazılı olarak bildirmesine rağmen, kendi kusuru dışında bu bildirim mahkemeye ulaşmadığı için askeri mahkemece daha sonra yapılan oturumlara çağırılmamış veya mazeretsiz olarak duruşmaya gelmediği kanısına varılarak müdafinin yokluğunda hüküm kurulmuş ise, bu durum savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Askeri

⁸⁶ As. Y. 3. D. 9.4.2002 tarih ve 2002/328-325 ve aynı Daire'nin 28.12.1999 tarih ve 1999/841-839 sayılı Kararı.

Yargıtay bir davada, bir başka mahkemede müdafî olarak katıldığı duruşmanın uzaması nedeniyle duruşmaya yetişemediğini mahkemenin yazı işleri müdürüne telefonla bildiren ve bunu mahkemeye sunduğu tutanakla kanıtlayan müdafîin, bu durum araştırılmaksızın mazeret dilekçesi vermediği gerekçesiyle duruşma ertelenmeksizin ve esas hakkındaki iddiaya karşı savunma imkanı tanınmaksızın sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesini savunma hakkının kısıtlanması olarak görmüştür.⁸⁷

Sanığın duruşmada hazır bulunması kendisi açısından *“hem bir yükümlülük hem de bir haktır. Bu hak sanığın savunmasını doğrudan doruya yapabilmesi açısından önem taşır. Bu nedenle yasada belirtilen istisnalar dışında, sanık olmaksızın duruşma yapmak ve hüküm vermek savunma hakkının kısıtlanması demektir.”*⁸⁸ Bu bağlamda, var olan müdafîin çağrılmaması, müdafisiz yargılama yapılmasının savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğu gerek öğretide gerek yargı kararlarında duraksamasız bir biçimde kabul edilmiştir.⁸⁹

Sanık birden fazla müdafîin yardımına başvurmuş ise bunların tamamının duruşmaya çağrılması gerekir. Sanık yargılama sırasında tek müdafîin yardımına başvurmuş iken temyiz sırasında ikinci bir müdafîi daha tutmuş ise bozmadan sonra yapılacak duruşmaya, kanun yolu davasına katılan vekaletnameli müdafî de çağrılmalıdır. Bu müdafîe bozma ilamı tebliğ edilmemiş ve duruşma günü de bildirilmemiş ise, bu durum savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.⁹⁰ Meğer ki sanık, savunmasını müdafilerden adını verdiği bir avukatın yapacağını mahkeme huzurunda bildirmiş olsun.

Talebe uygun olarak istenilen müdafîe tebligat çıkarılmış ve bu müdafî de savunma yapmış ise, kanaatimizce savunma hakkının kısıtlanması söz konusu değildir. Hatta bu gibi durumlarda sanığın birden fazla müdafîin yardımından yararlanmak hakkından vazgeçip tek bir müdafîin yardımını istediği sonucuna varılmalıdır.

⁸⁷ As. Y. 5. D. 7.5.1997 tarih ve 1997/167-308 sayılı Kararı.

⁸⁸ S. Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, 1997, s. 156.

⁸⁹ Bu konuda çok sayıda karar mevcuttur. Y. 6. CD, 9.4.1996/3961-3904, 25.4.1984/2189/3362; 10. CD, 18.5.1993/1175-6154; As. Y. 3. D. 21.5.2003/685-655, 5.2.2002/124-122, 25.2.1986/27-47, 3.12.1969/626-609 5. D. 6.6.2001/339-331 sayılı kararlar.

⁹⁰ B. Kantar, *Ceza Muhakeme Usulü*, 4. bası, 1957, s. 211; O. Yaşar, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, 1998 s. 817; As. Y. Dr. K. 11.7.2002 tarih ve 2002/67-67 sayılı kararında; Sanığın birden fazla müdafîin yardımına başvurması durumunda mahkemenin bu yardıma engel olacak şekilde bir davranışa girmesinin, bozmadan sonra yapılan duruşmaya, bu oturumda direnme kararı da verilse bir kısım müdafileri çağırmasının savunma hakkını kısıtladığı kabul edilmiştir.

Bu konuda 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. maddesine yer alan “*Ve-kil vasıtasıyla yapılan işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine yapılan tebligat yeterlidir.*” hükmünü içerdiği belirtilerek birden fazla müdafinin bulunması durumunda müdafilerden birine tebligat çıkarılmış ve bu müdafii de savunmasını yapmış ise, savunma hakkının kısıtlanmasından söz edilemeyeceği görüşü de ileri sürülmüştür. Sanık her iki müdafinin de duruşmada bulunmasını istiyor ise diğer müdafinin hazır bulundurulmasından kendisi sorumludur. Bu görüşte olanlara göre, toplumsal savunmanın bütünlüğü asıl olup müdafii sayısınca savunma makamından söz edilemez (As. Y. Drl. Krl. azınlık görüşü).

Sanık, istinabe suretiyle sorguya çekilmiş ve istinabe olunan mahkemeye sanığın müdafii de katılmış ise, hüküm mahkemesinde yapılacak olan daha sonraki oturumlara müdafinin çağırılması, bu suretle duruşmada hazır bulunma imkanının sağlanması gerekir. Müdafinin duruşmaya çağırılmaması, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.⁹¹

Bozma üzerine yapılan duruşma sonunda bozma ilamına uyulmasına karar verilmesinden sonra yapılan oturumlara gelen ve askeri mahkemece müdafii olarak duruşmaya kabulüne karar verilen sanık müdafiiine askeri savcının esas hakkında iddiasını bildirmesinden sonra savunma için söz verilmesi gerekirken, sanığın savunması ve son sözü yerine dosyada mevcut ifadelerinin okunulması ile yetinilerek hüküm kurulması da savunma hakkının kısıtlanması olarak görülmüştür.

Direnme kararı verilse bile müdafie bozma ilamına karşı diyeceklerini ortaya koyabilme imkanı sağlanmalı ve bu amaçla müdafie duruşma günü bildirilmelidir.⁹²

Keza sanık tarafından verilmiş vekaletnameye sahip olan ve mahkemece de müdafii olarak davetiye ile duruşmaya çağrılan avukatın, usulüne uygun olarak yapılmış bir tebligat bulunmaması sebebiyle duruşma gün ve

⁹¹ As. Y. 3. D. 23.9.2003/987-983. Bu karara konu olan olayda: Hüküm mahkemesince sanığın duruşmadan varestede tutulmasını istediği takdirde sorgusunun yapılması için 3. Kor. Komutanlığı Askeri Mahkemesi'ne talimat yazılmıştır. Bu talimatta duruşmanın 19.6.2002 tarihinde yapılacağı da belirtilmiştir. Ancak, istinabe olunan mahkemece sanığın sorgusu 20.9.2002 tarihinde yapılabilmektedir. Sanık istinabe mahkemesine müdafii ile birlikte gelmiş ve müdafii sorgu sırasında hazır bulunmuştur. Mahal mahkemesinde sanığın sorgusu 30.10.2002 tarihinde okunmuş ve dosyada mevcut deliller okunup diğer usuli işlemler tamamlandıktan sonra aynı gün hüküm kurulmuştur. Aynı mahiyette As. Y. 3. D. 21.5.2003/658-655

⁹² As. Y. Drl. Krl. 26.3.1998 tarih ve 1998/37-47 ve 18.1.1996 tarih ve 1996/3-2; As. Y. 3. D. 20.12.2001 tarih ve 2001/1116-1109 sayılı kararları.

saatinden bilgi sahibi olmaması, müdafinin yardımından yararlanmak hakkının ihlalidir ve bu hakkın kullanılmasına imkan tanınmaması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.⁹³

Müdafi, adresinden ayrıldığı için davetiyenin tebliği ve dolayısıyla duruşma gününün bildirilmesi mümkün olamamış ise, müdafinin yeni adresi bildirilmiş olmak kaydıyla bu adrese tebligat çıkarılması gerekir. Meğer ki müdafilikten çekildiğine veya sanık tarafından azledildiğine dair dosyada bilgi mevcut olsun.⁹⁴

Askeri mahkemece, yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen, sanığın hazır bulunduğu duruşmada askeri savcının esas hakkındaki mütalaası ile bir sonraki duruşma gününün sanık müdafisine tebliğine karar verilip davetiye çıkarılmıştır. Ancak davetiye, tebliğ memuruna duruşma günü geçtikten sonra gelmesi nedeniyle, tebliğ memuru tarafından tebligat yapılmadan iade edilmiştir. Bir sonraki oturumda, sanık müdafisine tebligat çıkarıldığı, fakat müdafinin gelmediği duruşma tutanağına geçirilip sanığa son sözü sorulduktan sonra hüküm kurulmuştur. Bu durum sanığın, müdafinin yardımından yosun bırakılması olarak değerlendirilmiştir.⁹⁵

Duruşmaya katılan sanık müdafisine savunmasını yapması için söz verilmeden, yalnızca sanığa savunması ve son sözü sorulmak suretiyle hüküm kurulması halinde de sanığın, “müdafinin yardımından yararlanma hakkı” ihlal edilmiş olur.⁹⁶

B. Müdafinin Kanun Yoluna Başvurması

Her iki usul kanunumuzda da müdafi, sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla, ondan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkına sahiptir (353 sayılı Kanun m. 196/3; CMK m. 261). Sanık birden çok müdafinin yardımına başvurmuş ise, kanun yoluna başvurma bir müdafi veya sanık

⁹³ As. Y. 3. D. 5.2.2002 tarih ve 2002/124-122; Bu karara konu olayda, dava dosyasında vekaletnamesi bulunan sanık avukatına duruşma hazırlığı aşamasında duruşma gün ve saatinin bildirilmesi için davetiye çıkarılmış, ancak tebligat, duruşma günü geçtikten on beş gün sonra yapılmıştır. Bu nedenle müdafi, sanığın sorgusunun yapıldığı oturuma katılamamıştır. Bu oturumda tanıklarla ilgili talimat cevaplarının beklenilmesine ve mazeret bildirmeden duruşmaya katılmayan sanık müdafinin duruşma gününü mahkeme kaleminden öğrenmesine karar verilerek duruşma ileri bir tarihe bırakılmıştır. Duruşma gün ve saatinden haberi olmayan sanık müdafii belirlenen gündeki duruşmaya da katılamamış ve onun yokluğunda hüküm kurulmuştur.

⁹⁴ As. Y. 2. D. 6.11.2002 tarih ve 2002/972-970 sayılı kararı.

⁹⁵ As. Y. 2. D. 7.5.2003 tarih ve 2003/559-549 sayılı kararı.

⁹⁶ As. Y. 5. D. 4.4.2001 tarih ve 2001/206-205 sayılı kararı.

tarafından süresinde yapılmış olmak kaydıyla, diğerlerinin verecekleri layiha veya savunma dilekçeleri kanun yolu merciince dikkate alınmak zorundadır. Ancak, sanık tarafından azledilmiş olan avukata yapılan tebligat yok hükmünde olduğundan, böyle bir kimseye yapılan tebligat kanun yolu süresini başlatmaz ve bu müdafie kanun yoluna başvurma hakkı vermez.⁹⁷ Keza, birden fazla müdafii bulunması durumunda müdafilerden birine yapılan tebligat, süreyi başlattığı için, süresi içinde kanun yoluna başvurulmamış ise süre geçtikten sonra diğer müdafie yapılacak tebligat, kanun yoluna başvurma için yeni bir hak doğurmaz.

Buna karşılık, müdafii duruşmada şifahi olarak yada vereceği bir dilekçe ile müdafilikten çekildiğini beyan etmediği, sanık da aynı suretle müdafii azletmediği sürece, müdafii sıfatının devam ettiğini kabulde zorunluluk vardır. Bazı karinelere hareket edilerek vekaletin sona erdiğinin kabul edilmesi, müdafii vasıtasıyla kullanılacak birçok haktan sanığın yararlanamaması sonucunu doğurur ki savunma hakkını kısıtlayan bu duruma izin verildiğinin kabulü mümkün değildir. Keza müdafiiin davayı takipten vazgeçtiğine dair askeri mahkeme yazı işleri müdürü tarafından tutulan ve müdafiiin imzasını taşımayan nota itibar edilmesine imkan yoktur. Dolayısıyla sanıktan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı bulunan müdafie, sanığın yüzüne karşı tefhim edilmiş olsa bile, yokluğunda verilen hükmün müdafie tebliği zorunludur(CMK m. 291 (2)). Bu durumda sanık hükmü temyiz etsin etmesin, kendisine tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, müdafiiin de hükmü temyiz etmeye hakkı vardır.⁹⁸

Müdafii temyiz kanun yoluna başvurmuş ise tebliğnamenin müdafie ve sanığa tebliği gerekir (CMK m. 297/3). Yalnızca sanığın temyize gelmesi halinde, sanıktan başka varsa müdafie de tebligat çıkarılması şarttır. Tebligat sanık ve müdafiiin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılması halinde geçerlidir (CMK m. 297/4).⁹⁹

⁹⁷ As. Y. 3. D. 30.10.1996 tarih ve 1996/622-621 sayılı kararı. Bu davada hazırlık aşamasında müdafii bulunan sanık, yargılama aşamasında ikinci bir müdafii tutmuş ve hükmün askeri Yargıtay tarafından bozulmasından sonra askeri mahkemeye gönderdiği dilekçe ile karar ve tebligatların son tuttuğu müdafie yapılmasını istemiş, bu arada ilk müdafii de müvekkil ile arasındaki iletişim kopukluğu nedeniyle istifa ettiğine dair mahkemeye faks çekmiştir. Hüküm her iki avukata da tebliğ edilmiş, fakat yalnızca istifa ettiğini bildiren hazırlıkta seçilen müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Askeri Yargıtay 3. Dairesi yukarıda açıklanan gerekçelerle azledilen bu müdafiiin hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığı sonucuna vararak temyiz istemini reddetmiştir.

⁹⁸ As. Y. Drl. Krl. 25.10.1990 tarih ve 1990/142-120 sayılı kararı.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda isnadı öğrenme hakkı (tebliğnamenin tebliği) s. 18.

Burada müdafinin kanun yoluna başvurma hakkıyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte Askeri Yargıtay'ın kanun yoluna başvurma süresinin başlaması konusunda savunma açısından son derece önemli bir kararına değinmek istiyorum. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Kararı'na konu olayda, sanığın yokluğunda verilen hüküm, birlikte oturduğu babasına 18.2.2003 tarihinde tebliğ edilmiş, sanık 28.2.2003 tarihli dilekçeyle hükmü temyiz etmiştir. Daire, istemin süre dışında yapıldığı gerekçesiyle istemin reddine karar vermiştir. İtiraz üzerine konuyu inceleyen Daireler Kurulu, geçerli bir tebligat bulunmaması sebebiyle temyiz isteminin süresinde olduğu sonucuna varmıştır. Askeri Yargıtay bu kararında şu görüşlere yer verilmiştir:

Anayasa'nın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişik 40. maddesinin ikinci fıkrasında; *"Devlet, işlemlerinde, ilgiliye bu işlemlere karşı hangi kanun yollarına ve mercilere başvurulacağını ve sürelerini göstermek zorundadır."* şeklinde bireyler lehine yeni bir düzenleme yapılmış ve 4709 sayılı Kanun teklifinin, 40. maddeyi değiştiren 16. maddesinin gerekçesinde *"Bireylerin yargı yada idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece günlük mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerinin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir."*

Bu hüküm, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 232. maddesinin 2. fıkrasında, hüküm fıkrasında bulunması gereken hususlardan biri olarak sayılmıştır. 353 sayılı Kanun'un 174 ve 180. maddelerinde de benzeri hükümlere yer verilmiştir.

174/son maddede; hazır bulunan sanığa kanun yollarının ve usullerinin (bu arada süresinin) anlatılacağı, 48. maddede de bilhassa er ve erbaşların yüzüne karşı verilen kararların anlayacakları surette tefhim olunacağı, öngörülmesi karşısında, yüze karşı verilen kararlarda ilgiliye kanun yolu, şekli ve süresinin anlatılacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak sanığın yokluğunda verilen kararların tebliğinde bu hususların bildirilip bildirilmeyeceği konusunda bir açıklık yoktur.

Her ne kadar Anayasa'nın 11. maddesi hükmü karşısında, m. 40/2 düzenlemenin yargı organlarını da bağlayacağı, CMK'da bu madde paralelinde düzenleme yapıldığı da dikkate alınarak, sanığın yokluğunda verilen hükümlerde kanun yolu, mercii ve süresinin gösterilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu hususların kararda yer almaması halinde bu eksikliğin; *"kanun yolu, mercii ve süresi"* kararın bildirimi maksadıyla çıkarılan tebliğ mazbatasına yazılmak suretiyle giderilmesi mümkündür. Bu bildirim yapılmamışsa ortada geçerli kazai bir tebligatın bulunduğu ve sanığın

kanun yollarına ilişkin haklarını bildiği halde bundan vazgeçtiğinden, dolayısıyla süresi içinde temyiz isteminde bulunmadığından söz edilemez. Dileğimiz yeni düzenlemede bu konuda 353 sayılı Yasa'ya hüküm konulması ve tereddütlerin giderilmesidir.

Diğer taraftan, kanun yoluna başvurma imkanı, sanığın adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken temel haklardan biridir. Bu hakkın kendisine bildirilmemesi, sanığın "*Haklarını Öğrenme Hakkı*"nın ihlaline yol açar. Somut olayda, sanığa yukarıda açıklanan biçimde geçerli bir tebligat yapılmamıştır. Sanık anayasal haklarından mahrum bırakılmıştır. Bu nedenle temyiz isteminin süresinde olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁰

VI. SONUÇ

1. Askeri Hakimlerin Statüleri bağımsızlıkları sağlanacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Ceza muhakemesinin gayesi, adil yargılanma ve savunma haklarına riayet ederek maddi gerçeğin açığa çıkarılması suretiyle, adil cezaya hükmetmek ve uygulamaktır. Bunun için, Anayasa'da da yer alan ve hukuk devletinin gereklerinden olan mahkemelerin, dolayısıyla hakimlerin bağımsızlığı sağlanıp güvence altına alınması şarttır. Ayrıca yargılama hukukuna ilişkin kurallar, adil yargılanma ilkesi ve sanık hakları göz önünde tutularak düzenlenmiş olmalıdır.

Askeri ceza yargılamasının gayesi de bundan farklı değildir. Çünkü; askeri suçların büyük bir bölümünü disiplin ihlalleri oluşturur. Asker kişilerin suç işlemesi veya bir askeri suçun işlenmesi disiplini bozar. Bu nedenle suç işlediği iddia edilen asker kişinin yargılanmasında bozulan disiplinin yeniden sağlanması ve korunması açısından zaruret vardır.

Suç işlenmekle bozulan askeri disiplinin yeniden sağlanıp korunması ise, ancak bağımsız ve tarafsız bir mahkemede sanık hakları gözetilmek suretiyle yapılan dürüst bir yargılama sonunda, gerçek suçluların ortaya çıkarılıp adil bir cezaya mahkum edilmeleriyle mümkün olabilir.

Bu nedenle, askeri mahkemelerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması, sanık yönünden olduğu kadar, disiplin açısından da önemlidir.

357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nu ile askeri hakimler hakkında getirilen hakim güvenceleri, adli yargıda görevli hakimlere göre yetersiz-

¹⁰⁰ As. Y. Drl. Krl. 23.10.2003 tarih ve 2003/91-85.

dir. Askeri hakimlerin atama, terfi ve disiplin işlerinin bağımsız bir kurul tarafından yapılarak hakim bağımsızlığını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, Askeri Hakimler Yüksek Kurulu oluşturularak askeri hakimlerin -yüksek mahkeme üyeleri hariç- atama, terfi, disiplin işleri bu kurul tarafından yürütülmelidir. Bu yetki Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na da verilebilir. Bu takdirde, askeri hakimlerle ilgili hususlarda Kurulun, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyeleri arasından bu mahkemelerin genel kurullarınca belirlenecek yeterli sayıda üyenin katılması suretiyle toplanması uygun olacaktır.

2. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirinin soruşturma emri verme yetkisi, soruşturma emri vermemesi hali yargı denetimine imkan verecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

3. Subay üye askeri mahkeme kuruluşundan çıkarılmalıdır.

Askeri mahkeme kuruluşunda yer alan subay üyenin, seçimi, statüsü ve görev süresi askeri hakimlerde olduğu gibi, bağımsızlık ve objektif tarafsızlığını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmeli veya tek hakimli askeri mahkemelerin varlığı ve bu mahkemelerde subay üyelerin bulunmaması da dikkate alınarak subay üyeler askeri mahkeme kuruluşundan çıkarılmalıdır. Çünkü tek hakimle bakılan davalarda subay üyenin bulunmaması, bunların askeri mahkeme kuruluşunda bulunmasının sebebinin askerlik hizmetinin gerekleriyle açıklanmasını imkansız kılmaktadır.

Subay üyenin askeri mahkeme kuruluşunda kalması düşünüldüğü takdirde, bunların seçiminin nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı tarafından değil, bugün Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde görev yapan kurmay subayların seçiminde olduğu gibi, Genelkurmay Başkanı'nın göstereceği adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca en az dört yıl veya daha fazla bir süre için seçilmeleri veya bağımsız görünümlerini sağlayacak bir başka seçim sistemi geliştirilmelidir.

4. General ve amirallerin yargılanmaları Askeri Yargıtay tarafından yapılmalıdır.

Asker olmayan üst düzey yöneticilerin görevlerine ilişkin suçlarından dolayı yargılamaları Yargıtay İhtisas Dairesi'nde yapılmaktadır. General-amirallerin görevleri sırasında işledikleri suçlarla görevlerinden doğan suçlara ilişkin davalara Askeri Yargıtay'da bakılmak suretiyle hem bu sakınca ortadan kaldırılmış, hem de emsalleriyle paralellik sağlanmış olur. Ayrıca Yüksek Mahkeme üyelerinden oluşan beş kişilik kurul yerel askeri mahkemeye göre sanıklar bakımından daha güven vericidir.

5. Disiplin mahkemeleri bağımsız bir yapıya kavuşturulmalıdır.

Disiplin mahkemelerinin hiçbir teminata sahip olmayan, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan kıta komutanı veya kurum amiri tarafından seçilen subaylardan oluşması, komutanın emri ve onun tespit edeceği üyelerden toplanması sebebiyle, bağımsız ve tarafsız bir görünüm vermekten uzaktır. Üyeler ne kadar objektif ve tarafsız davranırlarsa davransınlar, bu görünümü ortadan kaldırmak mümkün değildir. Ayrıca bu mahkemelerden verilen hükümlerle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidilmesi halinde, ülkemizin gereksiz yere tazminata mahkum edileceği de gözden ırak tutulmamalıdır. Çünkü disiplin mahkemelerince verilen oda hapsi cezalarının hizmetten sayılmaması sebebiyle adil yargılanma hakkının disiplin suçu sanığını da kapsadığı doktrinde ve AİHM'ce kabul edilmektedir.

Bu nedenle disiplin mahkemelerinin kuruluşu değiştirilmeli yada bu mahkemelerde görev yapacak subay üyelerin seçiminde de askeri mahkemelerde görev yapan subay üyeler için önerdiğimiz sistem uygulanmalıdır.

Kanaatimizce, bu mahkemelerin tek hakim subaydan oluşan bir yapıya kavuşturulması hem mahkemelerin bağımsızlığını sağlayacak, hem de yargılama hatalarını ve hak ihlallerini en alt seviyeye indirecektir.

6. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu paralelinde yeniden düzenlenmeli

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde askeri yargıda uygulanması mümkün olan, tanıklık ve bilirkişilikle ilgili hükümler, usul hukukumuzda yeni giren şüpheli veya sanığın beden muayenesi, kadının muayenesi, moleküler genetik incelemesine, gözaltı süresine, elkoymaya, iletimin denetlenmesine ilişkin hükümlerle, iddianamenin iadesi ve kabulü kurumları 353 sayılı Kanun'a alınmalı veya atıf yoluyla CMK'daki hükümlerin askeri yargıda da uygulanmasına olanak sağlanmalıdır. Ancak adli kontrol ve uzlaşma gibi kurumların askeri yargıda uygulanmasının doğurabileceği sakıncalar gözardı edilmemelidir. Bununla beraber, savunma hakkını yakından ilgilendiren; sanığın sorguya çekilmesini düzenleyen 83., subayların müdafii olarak seçilebileceklerini düzenleyen 86., askeri mahkemece müdafii tutulmasına ilişkin 87., müdafinin evrakı incelemesini düzenleyen 90. ve tutuklunun müdafii ile görüşmesini düzenleyen 91. maddeler, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'ndaki hükümlere uygun olarak ve Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında başlıcaları sayılan hakların kullanımına imkan

verecek şekilde ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin getirdiği yorumlar dikkate alınmak suretiyle yeniden düzenlenmelidir.

7. Asker olmayan kişilerin askeri mahkemede yargılanması tabii hakim ilkesine aykırı olduğundan, göreve ilişkin hükümler yeniden düzenlenmelidir.

8. Devletin bildirim yükümlülüğüne işlerlik kazandırılmalıdır.

Anayasa'nın 40/2. maddesindeki hükme işlerlik kazandırmak amacıyla, hüküm fıkrasında yer alması gereken hususlara kanun yolunun mümkün olup olmadığı, kanun yolu mercii ve süresinin yazılması gerektiğine ilişkin olarak 353 sayılı Kanun'un 180. maddesine bir fıkra eklenerek bu konudaki boşluk doldurulmalıdır.

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Sözleşme	: İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme
477 S. K. (DMK)	: 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
YTCK	: 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
RG	: Resmi Gazete
As. Yrg.	: Askeri Yargıtay
As. Yrg. Drl. Krl.	: Askeri Yargıtay Daireler Kurulu
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
İç Hz. K.	: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu
İç Hz. Y.	: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği
As. MKYUK (353 S. K.)	: 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
m.	: Madde
YİBK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı
K	: Kanun