

ANAYASAL BİR KURUM OLARAK ASKERİ YARGI VE ANAYASA ÖNERİLERİ

Fahrettin DEMİRAG*

I. GİRİŞ

Anayasalar, devletin temel organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen temel hukuk kurallarını içerir. Bu bağlamda yargı organlarının kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümlere de anayasalarda yer verilmektedir. Nitekim ülkemizde ilk anayasa olma özelliğini taşıyan 1876 Anayasasından itibaren tüm anayasalarda “yargı”nın özel olarak düzenlendiği görülmektedir.

Ancak ülkemizde ilk anayasacılık hareketlerinin başladığı yıllarda, adli yargıdan ayrı bir askeri yargı sistemi mevcut olmasına ve bu sistemin organları yasalarla düzenlenmiş olmasına rağmen,¹ bunların

¹ Hakim Tuğgeneral (E), Askeri Yargıtay Onursal Başkanı

¹ Osmanlı Devleti’nin kuruluşundan yeniçeri teşkilatının kaldırılışına kadar olan süreç içinde bugünkü anlamda bir askeri yargıdan söz etmek mümkün değildi. Askeri yargı organları, mahkeme niteliğinde ilk kez, 1837 tarihli “*Kanunname-i Ceza-i Askeriye*” ile düzenlenmiştir. Bu kanun temyiz yolunu öngörmediğinden ayrı bir denetim mahkemesine de ihtiyaç duyulmamıştı. İkinci Meşrutiyet’in ilanı ile başlatılan yeni hukuki düzenlemeler çerçevesinde, askeri yargı alanında da yeni düzenleme yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bunun sonucu olarak divanı harplerden verilen kararları incelemek üzere, 6 Nisan 1914 (24 Mart 1330) tarihinde 233 sayılı geçici kanunla, “*Divan-ı Temyiz-i Askeri*” adıyla bir temyiz mahkemesi kurulmuştur.

Ancak askeri yargının çağdaş anlayışa uygun olarak yeniden teşkili, Cumhuriyetin ilanından sonra 22 Mayıs 1930 tarihinde kabul edilen 1631 sayılı “Askeri Muhakeme Usulü Kanunu” ile olmuştur. Bu Kanunla divanı harpler kaldırılarak askeri mahkemeler kurulmuştur. Ayrıca 20 Mayıs 1922 tarih ve 237 sayılı kanunla kurulan “*Divan-ı Temyiz-i Askeri*”, kanunun 284. maddesi ile kaldırılarak “Askeri Temyiz Mahkemesi” adıyla yeniden kurulmuştur. Bu kanunun uygulanmasına bazı değişikliklerle, 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı kanunun kabul edilip yürürlüğe

kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümlere 1876, 1921 ve 1924 anayasalarında yer verilmemiştir.

Askeri yargı ve Askeri Yargıtay, anayasal bir kurum olma özelliğini, ilk kez 1961 Anayasası ile kazanmıştır. 1982 Anayasası'nda da bu özellik korunmuş, askeri yargı 145. maddede, Askeri Yargıtay da, 156. maddede düzenlenmiştir.

1982 Anayasası, halkın büyük bir desteğini alarak kabul edilmiş olsa da, yürürlükte kaldığı dönem içerisinde bilim adamları ile bazı kurum ve kuruluşlar tarafından, insan hakları ve yargı bağımsızlığı açısından hep eleştirilmiş² ve hatta “*siyasal rejimin işleyişi üzerinde yapılan tartışmaların odağında yer almıştır*”. Anayasa'nın düzenlediği askeri yargı da bu eleştirilerden payını almıştır. Askeri mahkemelerin bağımsız olmadığı ve sivilleri yargılamasının tabii hakim ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Askeri Yargıtay'la ilgili eleştiriler ise, yargı bağımsızlığından daha çok, yargı birliğini bozduğu düşüncesine dayanmaktadır.

1982 Anayasası, yapılan eleştiri ve tartışmaların ortaya çıkardığı ihtiyaç nedeniyle 2001 yılına kadar beş kez, 2001 yılından günümüze kadar da sekiz olmak üzere on üç kez değiştirilmiştir.³

Gerçekleştirilen değişikliklere rağmen, bu Anayasanın, “*çoğulcu demokrasiye, çağın tüm sosyal ve hukuksal değerlerine ters düştüğü ve Türk toplumunu geriye götüreceği ve çeşitli bunalımlara sürükleyeceği*” şeklindeki görüş ve düşünceler varlığını korumuş, hatta Anayasanın “*baskıcı ve tümelci karakterinden*” kurtarılması için yeniden kaleme alınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴ Bu düşüncelerle Türkiye Barolar Birliği tarafın-

girmesine kadar devam olunmuştur.

Askeri yargının tarihçesi konusunda ayrıntılı bilgi için, *Askeri Temyiz Mahkemesi Tarihçesi*, (KKK yayımları, Ankara 1956) adlı esere bakınız.

² Bu konuda ileri sürülen görüş ve düşünceler için, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, (TBB yayını, 2001 Ankara) adlı esere bakınız.

³ 1982 Anayasası'nda ilk değişiklik 17.05.1987 tarihli ve 3361 sayılı kanunla yapılmış, bunu, 8.07.1993 tarihli ve 3913 sayılı kanunla yapılan değişiklik izlemiştir. En kapsamlı değişiklik 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı kanunla yapılmıştır. Anayasa daha sonra, 18.06.1998 tarihli ve 4388 sayılı, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı, 21.11.2001 tarihli ve 4720 sayılı, 27.12.2002 tarihli ve 4777 sayılı, 7.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı, 29.10.2005 tarihli ve 5428 sayılı, 13.10.2006 tarihli ve 5551 sayılı, 10.05.2007 tarihli ve 5659 sayılı ve son olarak 31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir.

⁴ TBB 2001 Anayasa Taslağı Önerisi, “Sunuş” bölümü.

dan hazırlatılan Anayasa önerisi 12 Eylül 2001 tarihinde kamuoyuna duyurulmuştur. Fakat bu öneri kamuoyunda fazla ilgi görmemiştir.⁵

22 Temmuz genel seçimlerinden sonra, iktidara gelen siyasi partinin, yeni bir “*sivil anayasa*” yapma girişiminde bulunduğu ve Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında bir kurul tarafından çalışma başlatıldığı medya tarafından kamuoyuna duyurulmuştur. Kısa bir süre sonra, hazırlanan önerinin, iktidar partisi yönetimine teslim edildiği yazılı ve görsel basında haber olarak yer almıştır. Daha sonra “*Yeni Anayasa Önerisi*” basında ve internet sitelerinde yayımlanmıştır.

Bu gelişme sürecinde Türkiye Barolar Birliği (TBB), 2001 Taslağını hareket noktası kabul ederek yeni bir metin hazırlatmış ve bunu “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*” adıyla kamuoyuna duyurmuş ve kitap olarak Ekim 2007’de yayımlamıştır.

Anayasa önerilerinde, askeri yargı organlarına yer verildiği, fakat bunların yapısal ve işlevsel açıdan 1982 Anayasası’ndan farklı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu farklılık, askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişini düzenleyen kanunların değiştirilmesini ya da yeniden düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede yapılacak düzenlemelerin, Anayasanın öngördüğü, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Bu zorunluluk hem hukuk devletinin hem uluslararası sözleşmelerin hem de “*anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı*” ilkesinin bir gereğidir.

Bu durumda, askeri yargı organlarının Anayasa’daki yeri ile bağımsız bir görünüm vermemesinin nedenlerinin açık ve net olarak ortaya konulması, yeni yapılacak anayasa çalışmalarına ışık tutacak, hukukçular ile bu konuyla ilgilenen diğer kişiler için kaynak olacaktır. Bu nedenle bu yazımızda, 1961 ve 1982 Anayasaları ile yeni anayasa önerileri, askeri yargı açısından karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda mevcut mevzuat hükümlerine göre askeri yargı organlarının kuruluşu üzerinde durulmuştur. Böylece Anayasa hükümlerinin mevzuata yansımaları, yani Anayasa’nın nasıl bir düzenlemeye imkan verdiği ve bunun sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

⁵ TBB 2001 Anayasa Taslağı’nda yer verilen, askeri yargı ve Askeri Yargıtay’la ilgili düzenlemelere ilişkin Askeri Yargıtay Görüşü, Önerinin Yargıtay Genel Kurul salonunda yapılan sunum sırasında dile getirilmiş ve ayrıca taslağı hazırlayan kurul üyelerine birer mektupla bildirilmiştir.

II. 1961 ve 1982 ANAYASALARINDA ASKERİ YARGI

1. 1961 Anayasası'nda Askeri Yargı

a. Askeri Yargı

1961 Anayasası, yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesini benimsemiştir. Bunun sonucu olarak yargıya ilişkin genel ilkeleri ayrı bir bölüm halinde düzenlemiştir. Askeri yargıya, bu hükümler arasında, 138. maddesinde yer verilmiştir. Maddenin ilk metninde,⁶ askeri yargı organları açıklandıktan sonra, askeri mahkemelerin görevi, barış zamanı ile savaş veya sıkıyönetim halleri için ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre askeri mahkemeler, barış zamanında kural olarak asker kişilerin;

- a. Askeri suçlarına,
- b. Asker kişiler aleyhine veya
- c. Askeri mahallerde yahut
- d. Askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara

ait davalara bakmakla görevlidirler.

Bu mahkemelerin asker olmayan kişileri yargılamaları istisnai olup Askeri Ceza Kanunu'nda belirtilen askeri suçlarla sınırlıdır.⁷

⁶ 1961 Anayasası'nın 138. maddesinin özgün hali şöyledir:

"Madde 138-

Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin askeri olan suçlarıyla, 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 kişileri, ancak özel kanunda belirtilen askeri suçlarından dolayı yargırlarlar.

Askeri mahkemelerin, savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili olduğu kanunla gösterilir.

Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır.

Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre özel kanunla düzenlenir."

⁷ Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlardan (fırar, emre itaatsizlikte ısrar gibi) önemli bir bölümü, yalnızca muvazzaf asker kişiler tarafından işlenebilirken, bazı suç tipleri ise, nitelikleri itibarıyla hem asker kişiler hem de asker olmayan kişiler tarafından işlenebilmektedir (Mesela askeri casusluk, askerlikten kurtulmak için hile yapmak, arkadaşının eşyasını çalmak, askeri eşyayı çalmak, zimmetine geçirmek gibi). Bazı suçlar ise sadece asker olmayan kişiler tarafından işlenebilir (saklı, yoklama kaçağı ve bakaya gibi). İkinci fıkradaki, "özel kanunda belirtilen askeri suçlar" terimiyle, son iki suç tipleri kastedilmektedir. Ancak Askeri Ceza Kanunu, siville-

Ancak askeri mahkemelerin, savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suç ve hangi kişiler bakımından yetkili olduklarının belirlenmesi özel kanuna bırakılmıştır.⁸

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu, Anayasa tasarısını hazırlarken, İstanbul Komisyonu tarafından hazırlanmış öntasarıyı etüt metni, Siyasal Bilgiler Tasarısını da yardımcı metin olarak kabul etmiştir. Bu metinlerden ilkinde, askeri mahkemelerin görevi, *“barış zamanında silahlı kuvvetlere mensup kişilerin işleyeceği askeri suçlara ilişkin davalara bakmak”* olarak belirlenmişti. Siyasal Bilgiler Komisyonu’nca hazırlanan metinde de *“Askeri yargı organlarını ve bunların görev alanlarını kanun tayin eder. Barışta askeri yargı sadece askeri şahısların askeri suçlarını yargılayabilir.”* şeklinde bir hükme yer verilmişti.⁹ Komisyonunda bu görüşler kabul edilmemiş, askeri mahkemelerin barış zamanında görev alanı, yukarıda açıklandığı üzere daha geniş olarak düzenlemiştir.

Maddede, askeri mahkeme kurulunun oluşumu da düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, *“askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması”* gerekmektedir. Bu hükümden, askeri mahkemelerin kurul halinde çalışmasının öngörüldüğü, fakat üyelerinin tamamının hakim niteliğine sahip olmayabileceği sonucuna varılmaktadır.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu’nun kabul ettiği metinde bu fıkra; *“Askeri mahkemelerde, üyelerin tamamının hakimlik niteliğine sahip bulunması asıldır. Herhalde, bu mahkemelerde, üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahibolması şarttır.”* şeklinde düzenlenmişti. Bu hükme ilişkin madde gerekçesinde şöyle denilmiştir: *“...askeri mahkemeler üyelerinin tamamının hakimlik niteliğine sahip olmaları prensibi kabul edilmiş, fakat hal ve şarta göre, bu mahkemelerde hakim niteliğinde bulunmayan*

rin işleyebileceği bazı askeri suçlara, adli yargıda adli yargıda bakılması gerektiğini de hüküm altına aldığından (m. 192), bunları ayırık tutmak gerekecektir.

⁸ Sıkıyönetim askeri mahkemelerinin görev ve yetkileri için, 15.5.1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 13, 14 ve 15. maddeleri hükümlerine bakınız. Bu kanun ilki, 15.5.1971 tarihinde olmak üzere, günün ihtiyaçlarına göre değişik tarihlerde, 1654, 1728, 1780, 2301, 2310, 2337, 2342, 2354, 2371, 2439, 2474, 2515, 2538, 2632, 2651, 2682, 2766, 2836, 3195, 3310, 3423, 3953 ve 4045 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir. Bu bağlamda sıkıyönetim askeri mahkemelerinin görev ve yetkilerini düzenleyen 13, 14 ve 15. maddelerde de birçok kez değişiklik yapılmıştır.

⁹ Feridun, Server, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul 1962, s. 165, 201, 208.

personelin girmesi hususu da konuşulmuştur.”¹⁰

Ancak komisyonun teklif ettiği metin, Temsilciler Meclisi’nce benimsenmemiş ve bu fıkra, “*Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır*” biçiminde yasalaşmıştır. Böylece askeri mahkeme kurulunda meslekten olmayan “*subay üye*” bulunmasına olanak sağlanmıştır.¹¹

Maddenin son fıkrasında, askeri yargı organlarının kuruluşu ve işleyişi ile askeri hakimlerin özlük işlerinin özel kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiş ve bu düzenleme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken ilkelere yer verilmiştir. Fıkraya göre bu ilkeler şunlardır:

- a. Mahkemelerin bağımsızlığı,
- b. Hakimlik teminatı,
- c. Askerlik hizmetinin gerekleri.

Yukarıda değinildiği gibi bu madde, Anayasanın kabulünün onuncu yılında, birbuçuk yıl arayla iki kez değişikliğe uğramıştır.

İlk değişiklik 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanun’la yapılmıştır.¹² Bununla maddenin ikinci ve son fıkraları yeniden düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, asker olmayan kişilerin askeri yargıya tabi suçlarının kapsamı genişletilmiştir. Bu düzenlemeyle, asker olmayan kişilerin askerlere karşı;

- a. Görevlerini ifa ettikleri sırada veya
- b. Askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlar

¹⁰ Feridun, 256.

¹¹ Anayasa’nın bu hükmü karşısında askerî mahkemelerin, kuruluşu ile askerî yargılama usulünün yeniden düzenlenmesi zarureti doğmuş ve 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu 25.10.1963 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Bu kanunun 2. maddesi, askeri mahkeme kuruluşunu düzenlemiştir. Bu hükme göre askerî mahkemeler; iki askeri hakim ve bir subay üyeden, Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki askeri mahkeme kurulu, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hakim ve iki general veya amiralden oluşmaktadır.

¹² 138. maddenin 1488 sayılı kanunla değişik ikinci fıkrası şöyledir: “*Askerî mahkemeler asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler.*”

askeri mahkemelerin görev alanına dahil edilmiş olmaktadır. Bir başka ifadeyle askeri mahkemelerin, asker olmayan kişiler bakımından yargı yetkisi genişletilmiştir.

Son fıkradaki değişiklik ise, askeri savcılarının, refakatinde bulundukları komutanlıkla olan ilişkilerini düzenlemek amacıyla yapılmıştır.¹³

Maddedeki ikinci değişiklik, 15.03.1973 tarih ve 1699 sayılı kanunla yapılmıştır. Bununla, askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması gerektiğine ilişkin üçüncü fıkra hükmüne, “*Savaş halinde bu şart aranmaz*”¹⁴ cümlesi eklenmek suretiyle bir istisna getirilmiştir. Bu hükümle, askeri mahkemelerin savaş halinde, üyelerinin çoğunluğu subay olacak şekilde kurulabilmesi olanağı sağlanmıştır. Böyle bir hükmün, hem Anayasa’nın yargı alanındaki ilkeleriyle hem de cumhuriyetin Anayasa’da gösterilen nitelikleriyle ilgili temel ilkelerle bağdaşması mümkün değildi. Nitekim bu cümle, Anayasa Mahkemesi’nce, Anayasa’nın “*Başlangıç*” bölümü ile 2. ve 9. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.¹⁵

¹³ 138. maddenin 1488 sayılı kanunla değişik son fıkrası şöyledir: “*Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatinde bulundukları komutanlarla ilişkileri mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.*”

¹⁴ Değişiklik tekliflerinde bu fıkayla ilgili olarak özetle, “Savaş halinin özelliği, savaşta belirecek ihtiyaçların, askerî mahkemelerde hâkim niteliğine sahip üyelerin çoğunlukta olması şartından vazgeçilmesini gerektirdiği” gerekçe gösterilmiştir. Anayasa Komisyonu’nda “teklif gerekçesindeki espriye bağlı kalındığının” belirtilmesiyle yetinilmiştir. Millet Meclisi’ndeki görüşmelerde ise “Bu teklifin olağanüstü halin ve savaşın doğal bir sonucu olduğu, savaşta hâkimlerin çoğunlukta olması kuralının tatbik edilemeyeceği ve böyle bir kuralın pratik bir değeri olmadığı” ileri sürülmüştür. Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu raporu da sevk gerekçesini tekrarlamış ve Cumhuriyet Senatosu’ndaki görüşmeler sırasında ise, başkaca bir gerekçe ortaya konulmamıştır.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 15.04.1975 tarih ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı iptal kararı 26.02.1976 tarihli ve 15511 sayılı RG’de yayımlanmıştır. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: “...Üyelerinin çoğunluğu hâkim sınıfından olmayan görevlilerden oluşan bir mahkeme, Anayasa’nın 7. maddesi uyarınca yargı yetkisini Türk Ulusu adına kullanan bağımsız bir mahkeme olarak kabul edilemez.

Bundan başka hâkimlik mesleki bilgi ve tecrübeyi, liyakat ve ehliyeti gerektirdiğinden bu niteliklerden yoksun bulunan ve üstelik hâkimlik güvencesine sahip olmayan görevlilerden kurulu, yargı yerlerinin doğru ve hiç bir etki altında kalmaksızın karar verebilecekleri kuşkuludur.

Yargı alanının bu üç Anayasal ilkesine aykırı bulunan bir kuruluşun, insan hak ve hürriyetleri bakımından da kişi için bir güvence olmasına olanak düşünülemez. Çünkü çoğun-

b. Askeri Yargıtay

Yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesini benimseyen ve adli yargının yanında askeri yargı sistemini de kabul eden 1961 Anayasası, askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin, bağımsız ayrı bir yüksek mahkeme tarafından denetlenmesini de öngörmüştür. Bunun sonucu olarak Anayasa 141. maddesinde, Yargıtay ve Danıştay'ın yanında Askeri Yargıtay'ı, yüksek mahkemelerden biri olarak düzenlemiştir.¹⁶

Bu hükme göre Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, kanunla gösterilen askeri işlere ait belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmakla görevlidir.

luğu yargı için zorunlu öğrenim, bilgi, tecrübe ve bunların oluşturacağı hâkimlik ehliyet ve liyakatinden yoksun ve ayrıca her yönden hiyerarşiye bağlı üyelerden kurulu bir mahkemede yapılan yargılamada, olayın ve sorumlusunun ve hukuksal durumun saptanmasında, yani hükümde istenmeyerek ve elde olmayarak, büyük yanlışlara düşülmesi olasılığı karşısında, kişinin kendini güvence içinde görmesi ve duyması olanaksızdır. Bu durumda, istenmediği halde bile, insan hak ve hürriyetlerinin ve bunların en önemlilerinden olan kişi hak ve hürriyetleriyle yaşama hakkının dahi tehlikeye düşebileceği söylenebilir. Askerî mahkemelerin öneminin, yalnız barışta onların yetkilerine giren işler ve kişiler yönünden değil, sıkıyönetim ve savaş hallerinde bu mahkemelerin gerek konu ve gerekse kişi bakımlarından yetki alanlarının çok genişleyip adeta bir genel mahkeme kimliğini kazanacakları gözönünde bulundurulur, tüm kişiler yönünden düşünülmesi gerekir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri ve askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin refakatlerinde bulundukları komutanlarla ilişkilerinin yalnız askeri gereklerle göre değil, başta mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı olmak koşuluyla, askeri gereklerle birlikte kanunla düzenlenmesi, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası gereği bulunmaktadır. Anayasa'nın temel yapısı, bu zorunluğun yalnız barışta var olduğunun kabulüne elverişli değildir. Çünkü, mahkemelerin bağımsızlığı ve dolayısıyla hâkimlik teminatı ilkelerinin kaynağını, Cumhuriyetin Anayasa'da gösterilen insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı, demokratik ve özgürlükçü bir hukuk devleti olması teşkil etmektedir. O halde aynı zorunluğun, askeri mahkemelerin savaş halindeki kuruluşu için de geçerli sayılması kaçınılmaz bir sonuçtur."

¹⁶ 1961 Anayasası'nın 141 inci maddesinin özgün hali şöyledir: "Madde 141- Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerce verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, kanunla gösterilen askeri işlere ait belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Askeri Yargıtay üyeleriyle Başsavcısı, hakimlik niteliğine sahip kırk yaşını bitirmiş ve en az on yılı askeri hakimlik veya askeri savcılık yapmış kimseler arasından, Askeri Yargıtay genel kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askeri Yargıtay, başkanlarını kendi üyeleri arasından seçer. Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, üyeler hakkındaki disiplin işleri, mahkemele-
rin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre, kanunla düzenlenir."

Maddede üye seçilebilmenin niteliklerine de yer verilmiş ve üyelerle Başsavcının Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca seçileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, Askeri Yargıtay başkanlarının, kendi üyeleri arasından genel kurul tarafından seçileceği de hüküm altına alınmıştır.

Maddenin son fıkrasında, Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, üyeler hakkındaki disiplin işlerinin *"mahkemelerin bağımsızlığı"* ve *"hakimlik teminatı"* esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa bu iki ilke dışında, bir başka ilkeye yer vermemiştir.

Askeri Yargıtay'ın kuruluş ve işleyişi ve üyeler hakkındaki disiplin işleri, 141. maddenin son fıkrası uyarınca yürürlüğe konulan 4.12.1962 tarihli ve 127 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu ile düzenlenmiştir.

Ancak asker kişi olmaları sebebiyle rütbe taşıyan üyelerin, Askeri Yargıtay Başkanı ile daire başkanlarının bu makamlara seçimle gelmelerinin sakıncaları kısa sürede ortaya çıkmış¹⁷ ve 141. madde 1488 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Yapılan değişikliklerle; üyelik için aranan niteliklerden biri olan hizmet süresi yerine, rütbe esas benimsenmiştir. Ayrıca Askeri Yargıtay başkanı, başsavcısı, ikinci başkanı ile daire başkanlarının, rütbe ve kıdem sırasına göre atanacakları öngörülmüştür. Böylece, kanunla düzenlenmesi öngörülen Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri ile üyeler hakkındaki disiplin işlerinde göz önüne alınması gereken ilkeler arasına *"askerlik hizmetinin gerekleri"* de girmiştir.¹⁸

¹⁷ Bu konu aşağıda Bölüm III/3'te incelenmiştir.

¹⁸ Maddenin değişiklik gerekçesinde bu husus açıkça vurgulanmıştır. *"Askeri Hakimlerin, hakimlik nitelikleri yanında askeri rütbe ve kıdem hiyerarşisine de tabi bulunmaları sebebiyle Askeri Yargıtayda Başkanlık, İkinci Başkanlık ve daire başkanlıkları ile Başsavcılık görevlerinin, diğer yüksek mahkemelerde olduğu gibi, seçim sistemine bağlanması sakıncalı görülerek bunların rütbe ve kıdem sıralarına göre atanmaları esas kabul edilmiştir"* denilmiştir.

1961 Anayasası'nın 1488 sayılı kanunla değişik hali şöyledir:

"Madde 141- (20.9.1971-1488) Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli dâvalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askerî Yargıtay üyeleri en az albay rütbesinde birinci sınıf askerî hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ile her boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir.

Anayasa’da yapılan bu değişiklik, Askeri Yargıtay’ın kuruluş ve işleyişi ile üyelerin disiplin işlerini düzenleyen 127 sayılı kanunun değiştirilmesini gerektirmiştir.

Bu maksatla hazırlanan Askeri Yargıtay Kanun Tasarısı, 27.06.1972 tarihinde 1600 sayı ile kabul edilmiştir. Böylece Askeri Yargıtay’ın kuruluş ve işleyişi ile üyelerin disiplin işleri, bu kanunla, yeniden düzenlenmiştir.¹⁹

2. 1982 Anayasası’nda Askeri Yargı

1982 Anayasası, egemenliğin kullanılması bakımından 1961 Anayasası gibi “*kuvvetler ayrılığı*” ilkesini benimsemiş ve dokuzuncu maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hüküm altına almıştır. Bunun doğal sonucu olarak yargıyı “*Üçüncü Bölüm*”de 138- 160 ncı maddelerinde düzenlemiştir. Adli ve idari yargının yanında askeri yargı sistemini de kabul eden Anayasa, 145. maddesini askeri yargıya ayırmış,²⁰ Askeri Yargıtay’ı da, 156. maddede yüksek

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanları Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri ve üyeler hakkındaki disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.”

¹⁹ 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu 8.07.1972 tarihli ve 14239 sayılı RG’de yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir. Bu kanun bazı hükümleri, 11.12.1981 tarihli ve 2563 sayılı kanunla değiştirilerek üye ve daire sayılarının Genel Kurul kararı ile artırılıp eksiltilmesine, adli yargıda görevli hakim ve savcıların Askeri Yargıtay dairelerinde tetkik hakimi ya da Başsavcılıkta yardımcı olarak görevlendirilmelerine olanak sağlanmıştır. Askeri Yargıtay’ın günümüzdeki yapınınması ve işleyişi bu bölümün sonunda ayrıntılı olarak incelenmiştir (Bakınız: II- 3).

²⁰ 1982 Anayasası madde 145 şöyledir.

MADDE 145.-“Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin; askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemelerin savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine

mahkemeler arasında düzenlemiştir.²¹ Böylece 1961 Anayasası'yla Askeri Yargıtay'a tanınan yüksek mahkeme özelliği, 1982 Anayasası ile de korunmuştur.

Ancak 1982 Anayasası, askeri yargıyla ilgili olarak 1961 Anayasası'ndan farklı düzenlemeler içermektedir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz.

a. Savaş ve sıkıyönetim hallerinde, adli yargı hakim ve savcılarının, askeri mahkemelerde görevlendirilebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Buna, *savaş ve sıkıyönetim hallerinde askeri mahkemelerin iş hacminin artması, buna karşılık askeri hakim sayısının sınırlı olması* gerekçe gösterilmiştir

b. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak askeri hakimlere, teşkilatında görevli bulundukları komutanlık tarafından, yargı hizmeti dışında, askeri hizmet verilmesine olanak sağlamıştır. Nitekim 145. maddenin son fıkrasının son cümlesinde, *"Kanun, ayrıca askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir."* hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm madde metnine Adalet Komisyonu tarafından ilave edilmiştir. Buna yer verilmesinin sebebi madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır. *"...Askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişleri, askeri hakimlerin özlük işlerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin genel hükümlerden aynen yararlanacakları, bunun yargı hizmetinin bağımsızlığının tabii bir sonucu olduğu ilke olarak benimsenmiş, ancak asker kişi olmaları ve silahlı kuvvetler bünyesinde görev yaptıkları hususları göz önünde tutularak,*

göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askerî hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askerî hizmetler yönünden askerî hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir."

²¹ 1982 Anayasası'nın "Askeri Yargıtay" başlığını taşıyan 156. maddesi şöyledir.

"MADDE 156. – Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askerî Yargıtay üyeleri birinci sınıf askerî hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanları Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir."

yargı hizmeti dışındaki ilişkilerinin kanunla düzenleneceği, bu düzenlemenin sadece bu hususa ait olduğu belirlenmiştir.” Böylece “askerlik hizmetinin gerekleri”, askeri hakim ve askeri savcıların yargı hizmeti dışında görevlendirilmesine olanak sağlayan bir kavram olarak Anayasa’da yer almıştır²². Bununla, Anayasa’nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ve hakimlik teminatlarından birini oluşturan “Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar” hükmünün, askeri hakimler bakımından uygulama yeri olmadığına belirtilmek istendiği anlaşılmaktadır.

c. 1961 Anayasası askeri mahkeme üyelerinin çoğunluğunun hakim niteliğine sahip olması gerektiğini hüküm altına almıştı. Buna karşılık 1982 Anayasası, mahkeme kurulunun oluşumuna ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Ancak madde gerekçesinde şu değerlendirme yapılmıştır. “...Esasen normal hallerde askeri mahkeme hakimlerinin çoğunluğu hakimlik mesleğine mensup kişilerden seçilmesi çoktan beri kabul edilmiş bulunmaktadır. Madde bu esasa göre düzenlenmiş ancak savaş halinde, maddi imkansızlık nedeniyle bu şartın aranmaması gerektiğine de temas edilmiştir.”

d. 1982 Anayasası, Askeri Yargıtay’a üye seçilebilmek için 1961 Anayasası’nın aradığı “albay rütbesinde” olmak koşuluna yer vererek bu hususun belirlenmesini kanuna bırakmıştır. Madde ayrıca

²² Nitekim 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu Ek m. 10/2 askeri hakimlere verilebilecek görevleri göstermiştir. Buna göre: Askerî Hâkimlere yargı hizmetlerini aksatmamak şartı ile:

A) Yargı hizmetleri dışında teşkilâtında görevli oldukları komutanlığın askeri hizmetlere ilişkin olarak gerekli gördüğü her türlü hukuki konulardaki isteklerini cevaplandırmak,

B) Teşkilâtında bulundukları komutanlığın lüzum görmesi halinde yapılacak tatbikat, manevra gibi faaliyetlere iştirak etmek,

C) Birlik personelinin hukuki konularda aydınlatılması amacıyla konferanslar vermek,

D) Disiplin subaylıklarında görevli personele hukuki sorunların çözümünde ve askeri adalet hizmetlerinde yetişmelerinde yardımcı olmak,

E) Teşkilâtında bulundukları komutanın emri ile disiplin ve askeri hukuk konularında birliklerde araştırma yapmak ve ast birlik komutanlarına belli konularda ve suçlarda danışmanlık yapmak,

F) Teşkilâtında bulundukları komutanın izni ile askeri okullar ile hizmet öncesi, hizmet içi ve bir üst göreve hazırlama kurslarında gerektiğinde hukuki konularda ders ve konferans vermek,

Görevleri verilebilir.

Yukarıdaki görevlerden (A) ve (D) bentlerindeki görevler öncelikle adli müşavirlerden, bulunmadığı takdirde askeri savcı ve yardımcılardan, (E) bendindeki görev sadece adli müşavirlerden, (F) bendindeki görev adli müşavir ve halen idari hizmetlerde görevli bulunan askeri hâkimlerden istenir.”

Genel Kurul tarafından yapılacak aday belirleme seçiminin gizli oyla yapılacağını hüküm altına almıştır. Bu suretle üye aday seçimi konusunda yeni bir anayasal güvence sağlanmıştır.

Yazımızın başında da açıklandığı üzere 1982 Anayasası, yapılan eleştiri ve tartışmaların ortaya çıkardığı ihtiyaç nedeniyle on üç kez değiştirildiği halde,²³ 145. ve 156. maddelerinde hiçbir değişiklik yapılmamıştır.

III. GÜNÜMÜZDE ASKERİ YARGI ORGANLARI VE MEVZUATI

Günümüzde askeri yargı organları, Anayasa'nın 145. maddesi hükmü uyarınca yürürlüğe konulan kanunlarla kurulan askeri mahkemeler ile disiplin mahkemelerinden ibarettir. Askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak da Askeri Yargıtay bulunmaktadır.

Askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişleri, yürürlüğe konulan yasalarda düzenlenmiştir.

1. Askeri mahkemelerin kuruluş ve işleyişi 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı *"Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu"*nda,

2. Disiplin mahkemelerinin kuruluş ve işleyişi de 16.06.1964 tarihli ve 477 sayılı *"Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun"*da,

3. Askeri Yargıtay'ın kuruluş ve işleyişi de 27.06.1972 tarihli ve 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nda,

gösterilmiştir.

4. Askeri hakimlerin mesleğe kabulü, yükselmeleri, atanmaları gibi özlük hakları ise 26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu ile düzenlenmiştir.

1. Askeri Mahkemeler

Halen yürürlükte bulunan 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesine

²³ Yukarıda Giriş bölümüne bakınız.

göre Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak askerî mahkemeler; kolordu, ordu (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı Teşkilâtı'nda²⁴ Milli Savunma Bakanlığı'na kurulur.

Kuvvet Komutanlıkları'nın yapacakları teklif veya Genelkurmay Başkanlığı'nın, doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine, diğer kıta komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri teşkilâtında da Milli Savunma Bakanlığı'na askerî mahkeme kurulabilir. Askerî 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 (m. 2). Bu maddede 21.01.1981 tarihli ve 2376 sayılı ve 16.10.1981 tarihli ve 2538 sayılı kanunlarla değişiklik yapılmış ise de, bu değişiklik mahkeme kurulunun oluşumunu etkilememiştir. Neticede bugün için askeri mahkeme kurulunda subay üye bulunmaktadır. Bununla beraber 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 bakılır.

Askeri mahkemede bulunacak subay üyelerin en az yüzbaşı rütbesinde muharip sınıftan bulunmaları, sanığın astı ve yargılama süresince en yakın amiri olmamaları ve taksirli suçlar hariç bir suçtan hükümlü bulunmamaları şarttır (m. 3). Subay üyeler ile yedekleri, teşkilatında 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 seçilir (m. 4).

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.

²⁴ İlk metinde askeri mahkemelerin kanunda belirtilen komutanlıklar "nezdinde" kurulacağı belirtilmiş iken, bu kelime 9.10.1996 tarih ve 4191 sayılı kanunun 26.mad-desiyle "teşkilatında" şeklinde değiştirilmiştir.

Diğer taraftan teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amiri, subay üyenin çoğunlukla sicil ya da disiplin amiri olup bu sıfatla disiplin cezası vermek yetkisine sahiptir. Dolayısıyla subay üye, statüsü itibariyle idareye bağlı olduğu gibi, askerî hâkimlere tanınan güvencelere de sahip değildir.

Bu nedenle askeri mahkeme kuruluşunda subay üye bulunması, ancak “askerlik hizmetinin gerekleri” ile açıklanabilir.

Sıkıyönetim ilanı halinde, sıkıyönetim bölgelerinde yeteri kadar sıkıyönetim askeri mahkemesi, kurulur (1402/11). Bu mahkemeler de, 353 sayılı kanun hükümlerine göre kurulmuş askeri mahkemelerdir. Dolayısıyla subay üye, mahkemelerinin kuruluşunda da yer almaktadır.

Bu mahkemelerde yargılananlardan bir kısmı, bu mahkemelerin bağımsız olmadığını ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askeri mahkemede görev yapan subay üyenin komutanın emrinde bir personel olduğunu, bu nedenle bu üyenin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceğine karar vermiştir (bakınız III-2).

Ayrıca sivillerin askeri mahkemede yargılanmaları da tabii hakim ilkesine aykırı bulunmuştur. Bütün bunlar son yıllarda verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da yer almış ve Türkiye, başvuruculara tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Bu husus kamuoyu tarafından da yakından bilinmektedir. Bununla beraber Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı çerçevesinde, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nda 5530 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, sivillerin barış döneminde askeri mahkemede yargılanmalarına büyük ölçüde son verilmiştir.²⁵

²⁵ 29.06.2006 tarihli ve 5530 sayılı kanun 5 Temmuz 2006 günlü ve 26219 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Bu yasanın 4. maddesi ile; 353 sayılı kanunun 13. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanununa tâbi suçlarında yargılama mercii:

MADDE 13 – Askerî Ceza Kanunu’nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır.”

Ancak askeri mahkemelerin bağımsız olmadığına ilişkin haklı eleştirilere son verecek yasal hiçbir değişikliğe gidilmemiştir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile, öğretide yapılan eleştiriler dikkate alınmamıştır.

2. Disiplin Mahkemeleri

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 S. K. m. 1).

Asker kişilerin 477 sayılı kanunda yazılı disiplin suçlarına ilişkin davalara bakmakla (m. 7) görevli olan disiplin mahkemeleri, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. 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 güvencesi bakımından Askeri mahkemede görev yapan subay üye için söylenenler, bu mahkemede görev yapan başkan ve üyeler için de geçerlidir. Disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri tamamen idarenin emrinde olup hakim güvencelerinden yoksundurlar.

Böylece asker olmayan kişiler tarafından işlenebilen Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlara ilişkin davalara adli yargıda bakılması gerekmektedir. Ancak sivil kişilerin asker kişilerle müştereken işledikleri suçlarla ilgili yargı yerini belirleyen 12. maddede değişiklik yapılmadığından, asker kişilerle iştirak halinde işlenen Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlara ilişkin davalara askeri mahkemede bakılması gerekir.

Bu nedenle, disiplin mahkemesinin, meslekten olan hakimler yerine, idarenin emrinde bulunan subay veya subay ve astsubaylardan oluşması ancak “askerlik hizmetinin gerekleri” ile açıklanabilir.

Disiplin mahkemesi kuruluşunun mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek yapılan başvuru üzerine AİHM, disiplin mahkemesinin nesnel bağımsızlığının bulunmadığına karar vermiştir. Bu konuda AİHM, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:²⁶

“...AİHM, güvenlik güçleri üyelerini yargılamak amacıyla kısmen ya da tamamen askeri üyeden oluşan mahkemelerin kurulması uygulamasının, çok sayıda üye Devlet’in hukuk sisteminde mevcut bir uygulama olduğunu tespit etmektedir. Bununla birlikte askeri mahkemeler, ancak bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını güvence altına alacak yeterli koruma tedbirlerinin bulunması halinde AİHS uyarınca uygunluk arz etmektedirler (Bkz., diğerleri arasında, Morris/Birleşik Krallık, no: 38784/97).

AİHM, bir mahkemenin özellikle de taraflara ve yürütme gücüne karşı “bağımsız” olup olmadığını tespit etmek amacıyla atama şekillerini ve üyelerin görev sürelerini, dış baskılar karşısında güvencelerin var olup olmadığını dikkate aldığı içtihadını hatırlatmaktadır.

AİHM mevcut davada Askeri Disiplin Mahkemesi üyelerinin, hakim statüsü bulunmayan ve hukuk eğitimi almamış subaylar olduğunu tespit etmektedir. Askeri Disiplin Mahkemesi üyeleri, askeri birlik komutanı tarafından ya da mahkemenin kurulduğu askeri kurumun amiri tarafından seçilmektedir. Bu nedenle bu hakimlerin tamamı, askeri hiyerarşinin emirlerine bağlıdır.

AİHM mevcut davada, ne ilk derece mahkemesi üyelerinin ne de temyiz incelemesi yapan üst merci üyelerinin meslek hayatlarının sonuna yaklaşmış subaylar olduğunun altını çizmektedir (Bkz., a contrario, Engel ve diğerleri). O halde bu üyeler, yargı görevi görürken üst makamlara bağlı olmakta ve eylemlerinden ötürü askeri hiyerarşiye hesap verme zorunluluğundan bağışık tutulmalarını sağlayacak hiçbir özel güvenceden yararlanmamaktadırlar.

AİHM ayrıca başvurunu iki ayrı disiplinsizlik eyleminden dolayı suçlayan alay komutanının, Askeri Disiplin Mahkemesi’nde yer alan subaylardan rütbe olarak üstün olduğunu not etmektedir (Bkz., mutatis mutandis, Findlay-Birleşik Krallık, 25 Şubat 1997).

Hakimlerin görev sürelerinin sağlayabileceği güvence ile ilgili olarak

²⁶ İrfan Bayrak/Türkiye kararı, Tarih: 3 Mayıs 2007, Başvuru No. 39429/98).

AİHM, Askeri Disiplin Mahkemesi üyelerinin görev sürelerinin bir yıl ile sınırlı olduğunu gözlemlemektedir. Karşılaştırma yapılmasını sağlayabilmek amacıyla AİHM, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görev yapan hakimlerin dört yıllık görev süresinin kısa olduğuna kanaat getirdiğini hatırlatmaktadır.

AİHM hakimlerin görev sürelerinin, genel anlamda bağımsızlıklarının doğal bir sonucu olarak değerlendirilse dahi, gerekli olan diğer koşulların bulunması durumunda bu sürenin kısa oluşunun, hakimlerin bağımsız olmadığı yönünde bir değerlendirilmenin yapılabilmesi için başlı başına yeterli olmadığını yinelemektedir (mutatis mutandis, Morris, ve Campbell ve Fell-Birleşik Krallık, 28 Haziran 1984 tarihli karar).

Mevcut davada bağımsızlık için gerekli olan diğer koşulların bir arada olduğuna kanaat getirilmemektedir.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerin tamamı için başvuranın Askeri Disiplin Mahkemesi'nin tarafsız ve bağımsız olmadığı yönündeki şüphelerinin nesnel olarak ortaya konulduğu kanaatindedir (Bkz., aynı zamanda, mutatis mutandis, A.D.-Türkiye, (karar), no: 29986/96, 22 Aralık 2005). AİHM ayrıca üst mahkemenin bu durumun telafi edilmesine imkan verecek güvenceler sunmadığını tespit etmektedir.

Sonuç olarak Askeri Disiplin Mahkemesi'nin, tarafsız ve bağımsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin şikayetle ilgili olarak AİHS'nin 6 § 1. maddesi ihlal edilmiştir.

AİHM daha önce buna benzer davalarda da dile getirildiği üzere tarafsızlıktan ve bağımsızlıktan yoksun olduğuna kanaat getirilen bir mahkemenin, hiçbir surette, yargı yetkisi altındaki kişilere adil ve hakkaniyet uygun bir yargılama süreci temin edebileceğinin varsayılamayacağını hatırlatmaktadır. Bu husustaki ihlal tespiti ışığında AİHM, başvuranın davasının adil olarak görülmediğine ilişkin diğer şikayetin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir (Bkz. Çıraklar-Türkiye, 28 Ekim 1998, ve Okutan-Türkiye, no: 43995/98, 29 Temmuz 2004)."

3. Askeri Yargıtay

1961 Anayasası'nın 141. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan 127 sayılı kanun, Anayasaya uygun olarak Askerî Yargıtay Başkanı ile daire başkanlarının, bu makamlara seçim ile gelmelerini öngörüyordu. Bu düzenleme, yüksek rütbeli üye bulunduğu halde, daha küçük rüt-

belilerin Başkan, İkinci Başkan veya daire başkanı seçilmelerine müsa-
itti ve rütbeyi esas alan askerlik mesleği ile bağdaşmıyordu. Nitekim
bu düzenlemenin sakıncaları kısa bir süre sonra ortaya çıkmıştır. Yük-
sek rütbeye sahip üyeler bu statüde kalırken, daha küçük rütbeliler
Askerî Yargıtay Başkanlığı'na ve daire başkanlığına seçilmişlerdir.²⁷
Bu durumun rütbeyi esas alan askerlik mesleği ile bağdaşmaması ve
seçim usulünde anlayış farklılığı nedeniyle, üyelerin seçiminde ida-
reyle ihtilafa düşülmesi sonucu mevcut üye eksiği tamamlanamamış
ve yaklaşık bir yıl üye seçimi yapılamamıştır. Anayasa'nın bu hükmü,
on yıl gibi kısa sayılabilecek bir süre sonra, söz konusu soruna çözüm
getirmek amacıyla 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı kanunla değiştiril-
miştir.²⁸ Bu durum, yeni düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden, ka-
nun değişikliği zorunlu hale gelmiştir.

8 Temmuz 1972 tarihinde yürürlüğe konulan 27 Haziran 1972 ta-
rihli ve 1600 sayılı kanunla Askeri Yargıtay teşkilatı yeniden düzen-
lenmiştir.²⁹ Yargıtay ve Danıştay kanunları esas alınarak yapılan bu
düzenlemede en önemli değişiklik, Askeri Yargıtay Başkanı ile daire
başkanlarının Genel Kurul'ca seçileceklerine ilişkin hükümlerde yapıl-
mıştır. Kanunun 12. maddesinde üyelerin seçimi yeni esaslara bağla-
nırken, 13. maddesinde de Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci
Başkanı ve daire başkanlarının bu makamlara getirilmeleri, Anayasa-
nın hükmüne ve askerlik hizmetinin gereklerine uygun olarak düzen-
lenmiştir. Kanunda bu makamlara, Askeri Yargıtay üyeleri arasından,
rütbe ve kıdem sırasına göre ve boşalma tarihinden itibaren en geç bir
ay içinde atama yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Atamanın şekli de 14'üncü maddede düzenlenmiştir. Bu madde
hükmüne göre; Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı
ve daire başkanların ile Askeri Yargıtay üyeliğine seçilen askeri ha-
kimlerin atanmaları, Genelkurmay Başkanı'nın teklifi,³⁰ Millî Sa-

²⁷ 1968 yılında yapılan seçimde, tümgeneral rütbesinde bulunan bir üye ikinci baş-
kanlıkta kalırken, tuğgeneral rütbesindeki bir üye Genel Kurul tarafından Askeri
Yargıtay Başkanı seçilmiştir.

²⁸ 1488 sayılı kanun 22.09.1971 tarihli ve 13964 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁹ 1600 sayılı kanun 8.07.1972 tarihli ve 14329 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

³⁰ Genel Kurul'ca belirlenen üye adayının konumu, Cumhurbaşkanı'nın seçmesiy-
le kesinlik kazanmaktadır. Üyelerin rütbe ve kıdemi de TSK Personel Kanunu'na
göre önceden belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Genelkurmay Başkanı, ne
Cumhurbaşkanı'nın seçtiği üyeyi, ne de üyelerin rütbe ve kıdemi değiştirme yet-
kisine sahiptir. Böyle olunca Genelkurmay Başkanı'nın teklifi bir formaliteden iba-

vunma Bakanı ve Başbakan'ın müşterek imzaladığı Kararname ile Cumhurbaşkanı'nın onayına sunulmakta, Kararname *Resmî Gazete*'de yayımlanmaktadır (m. 14).

1978 yılı sonundan itibaren ülkemiz genelinde yaşanan terör olayları nedeniyle sıkıyönetim ilan edilmesi ve buna bağlı olarak sıkıyönetim askeri mahkemelerinin kurulması üzerine, Askeri Yargıtay'ın iş yükü oldukça artmış, dava dosyalarının karara bağlanma süreci ister istemez uzamış, yeni kadro ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bu amaçla, 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nun, "Kuruluş" başlığını taşıyan 2. maddesi ile daire başkanlıklarının kuruluşuna ilişkin 5'inci maddesinde ve daha bir kısım maddelerde, Milli Güvenlik Konseyi'nce çıkarılan 11.12.1981 tarihli ve 2563 sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle daire sayısı dörtten beşe yükseltilmiştir. Ayrıca Cumhuriyet Savcılar'ının Askeri Yargıtay Başsavcılığı'nda, Yargıtay tetkik hâkimlerinin de dairelerde ve daireler kurulunda görevlendirilmelerine imkan sağlanmıştır. Bu düzenleme 1982 Anayasası'na aynen yansıtılmıştır. Bir başka ifadeyle, Anayasa hükmü, yasaya uygun olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre Askeri Yargıtay; Başkanlık, Başsavcılık, beş Daire Başkanlığı, Genel Sekreterlik ile söz konusu Kanunda gösterilen kurullar ve hizmet ünitelerinden oluşmakta, her dairede bir başkan ve yedi üye bulunmaktadır (m. 2).

Ancak iş hacmine göre, Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun teklifi ve Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi üzerine, Milli Savunma Bakanlığı'nca daire sayısı altıya kadar yükseltilebileceği gibi, dörde de indirilebilecektir. Ayrıca, her dairede bulunması gereken üye sayısının yine iş hacmine göre, aynı usulle beşe kadar indirilmesine imkan sağlanmıştır.

Her iki hüküm de, 20 yıllık süre içinde uygulama yeri bulmuştur. Nitekim 1991 yılında sıkıyönetim mahkemelerinin kaldırılmasını takiben Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun 26 Şubat 1993 tarihli toplantısında alınan karara dayanılarak, 27 Mayıs 1993 tarihinde dairelerdeki üye sayısı altıya indirilmiştir.

ret kalmaktadır. Ancak Cumhurbaşkanı'nca seçilen adayın, Askeri Yargıtay üyeliği görevine başlayabilmesi, Kararnamenin yayımlanmasına bağlıdır.

1 Mayıs 2001 tarihinde de, Askeri Yargıtay Genel Kurulu, beş olan daire sayısının dörde indirilmesine, buna karşılık her dairede altı olan üye sayısının yediye yükseltilmesine, yani üye bazında kanuni kadroya dönülmesine karar vermiştir. Bu kararın uygun görüldüğü, Genelkurmay Başkanlığı'nın 1 Haziran 2001 tarihli yazılarıyla bildirilmekle bugünkü teşkilatımız gerçekleşmiştir.

Kanuna göre, Askeri Yargıtay'ın kadroları Milli Savunma Bakanlığı kuruluş ve kadrolarında gösterilir (m. 2/2). Ayrıca Askeri Yargıtay Başkanlığı'na bağlı Genel Sekreterlik ile daire müdürlüğüne bağlı hizmet ünitelerine verilecek personelin, Milli Savunma Bakanlığı kadrolarında gösterilmesi gerekmektedir (m. 11).

Diğer taraftan Askeri Yargıtay müstakil bir bütçeye de sahip olmayıp ödenekleri MSB bütçesi içerisinde ayrı bir fasılda düzenlenmektedir.

Kanun, Askeri Yargıtay'ın temsilini de düzenlemiştir. Bu yetki, kanunun 17/1 maddesiyle başkana verilmiştir. Fakat kanun, burada, askeri protokole atıf yaparak diğer yüksek mahkemelerden ayrılmıştır (m. 43). Bu maddeye göre Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyeleri askeri protokol şartlarına tabidirler.

Kanaatimizce, bu düzenleme askeri hiyerarşiye uygun ise de, Askeri Yargıtay'ın temsili bakımından eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu konu aşağıda (V/3) daha geniş olarak ele alınmıştır.

Disipline ilişkin hükümler düzenlenirken de askerlik hizmetinin gerekleri göz önünde bulundurulmuştur. Kanunun 9. maddesine göre, Yüksek Disiplin Kurulu; Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanlarından kurulur. Kurula sevkedilenlerden daha kідemsiz olan üyeler görüşmelere katılamaz. Kідemsiz olanların katılamaması sonucu kurul üye sayısı beşten az olursa, konu genel kurulda incelenir. Bununla beraber Askeri Yargıtay Başkan ve üyelerinin, disiplin suç ve cezaları bakımından Yargıtay Kanunu'nda yer alan hükümlere benzer bir düzenlemeye gidilmiştir. Disiplin suç ve cezaları Askeri Yargıtay Kanunu'nun 34 maddesinde gösterilmiştir. Bu suçlar, *"hakimlik ve askerlik vakar ve onuruna dokunan, şahsi haysiyet ve itibarını kıran veya görev gereklerine uymayan davranışlardan"* ibarettir. Bu suçlar için, eylemin ağırlığına göre *"uyarma, kınama ve görevden*

çekilmeye davet” cezaları öngörülmüştür. Benzeri düzenleme bugünkü Yargıtay Kanunu’nda da yer almaktadır.³¹

Buna karşılık Askeri Yargıtay daireleri ile diğer kurullarında ve Başsavcılığında, bu Kanun ile Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda ve diğer kanunlarda belirtilen yargılama usulleri uygulanır (m. 27).

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin görevle ilgili suçlarına ilişkin davalara Yüce Divan’da bakılır (m. 37). Genel yargıya tabi şahsi suçların kovuşturulmasında Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısının şahsi suçlarının kovuşturulmasına ilişkin hükümler uygulanır (m. 38).

Askeri Yargıtay Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan ve Daire Başkanları ile üyelerinin rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi ve sicil işlemleri ile çeşitli nedenlerle emeklilikleri 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu’nda gösterilen esaslara göre yapılır (m. 39, 40). Yaş hadleri de bu (357 sayılı) kanunun Ek 5. maddesinde ve 5434 sayılı kanunun 40. maddesinde gösterilmiştir.

357 sayılı kanunun Ek 5. maddesine göre Askeri Yargıtay Başkanının rütbesi Tümgeneral veya Tümamiraldir. Başsavcısı ile II nci Başkanının rütbeleri Tuğgeneral veya Tuğamiraldir. Askeri Yargıtayda bu rütbelerde üye bulunmadığı takdirde daha ast rütbedekiler, rütbe ve kıdem sırasına göre, Kanunun yükselmeye ait hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu makamlara asaleten atanırlar.

Bu rütbeler, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nda gösterilen miktarlar dışında tutulur.

Maddede, üyelerin terfi şartları da gösterilmiştir.³² Bu şekilde ter-

³¹ Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin disiplin suçu sayılan eylemleri, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 19. maddesinde, “Yargıtay üyeliği vakar ve onuruna dokunan, kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görev icaplarına uymayan davranışlar” olarak ifade edilmiştir. Bu eylemler nedeniyle verilebilecek disiplin cezaları ise, “uyarma” veya “görevden çekilmeye davet” olarak belirlenmiştir.

³² 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu’nun 12. maddesinin birinci fıkrasında Askerî hakim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterliliklerinin sicil ile saptanacağını hüküm altına almıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında da haklarında sicil belgesi düzenlenemeyecek olanlar sayılmıştır. Bu hükme göre; Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire baş-

fi şartlarını taşıdıkları anlaşılan albaylar; üsteğmen, yüzbaşı, binbaşı, yarbay ve varsa albay rütbesinde almış oldukları sicil notları toplamının sicil notu adedine bölünmesi sonunda ortaya çıkan not ortalamasına göre kendi aralarında kuvvetlerine bakılmaksızın sıralanırlar. Bunların şahsi ve sicil dosyaları Yüksek Askeri Şura'ya gönderilir.

Şahsi ve sicil dosyaları Yüksek Askeri Şura tarafından incelenen albaylar, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre değerlendirilir. Yeterlik notu, yeterlik tam notunun % 85 ve daha yukarısı olan albaylardan, yeterlik notu en yüksek olandan itibaren kadro ihtiyacı kadarı bir üst rütbeye terfi ettirilir.

Herhangi bir nedenle boşalan general - amiral yerleri müteakip 30 Ağustos'tan önce doldurulmaz.

General-amirallerin bir üst rütbeye yükseltilmesi de aynı usule tabidir. Ancak, bir üst rütbeye yükselecek general-amiral sayısı boş kadro sayısına eşitse, bunların üst rütbeye yükseltilme durumları Yüksek Askeri Şura üyelerinin üçte ikisinin kabulüne bağlıdır.

4. Askeri Hakimlerin Statüsü

Askeri hakimlerin mesleğe kabulü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'na göre, Milli Savunma Bakanlığı'nca yapılan bir sınavla olmaktadır. Meslekte yükselmeleri ile yer değiştirmeleri de yine idare tarafından yapılmaktadır.

357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasında, askeri hâkim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterliliklerinin sicil ile saptanacağı hüküm altına alınmıştır.

Askeri hakimlerin derece ve rütbe yükselmeleri, mesleki ve subay sicil belgelerinde belirlenen notlara göre değerlendirilmektedir. Mesleki sicil belgesi Askeri Yargıtay ve Askeri Adalet müfettişleri tarafın-

kanları ve üyeleri ile Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Başsavcısı, daire başkanları ve üyeleri hakkında general-amiral sicil belgesi, subay sicil belgesi ve meslekî sicil belgesi düzenlenmez.

Maddenin C bendinde ise, haklarında sicil belgesi düzenlenemeyenlerin sicil notunun nasıl hesaplanacağı gösterilmiştir. Buna göre, *"haklarında meslekî sicil belgesi düzenlenemeyenlerin sicil notu; subay sicil belgesindeki niteliklere sicil üstlerince verilen notların toplamının ortalaması alınarak saptanır."*

dan, subay sicil belgesi ise askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin, “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakim teminatı” ilkelerine göre değil, “askerlik hizmetinin gerekleri” ilkesine göre yapıldığında ve hakim teminatını ortadan kaldırdığında kuşku yoktur. Nitekim öğretide de, askeri hakimler hakkında teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri 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 belirtilerek bu durumun Anayasa’nın 9 ve 138. maddelerinde öngörülen bağımsızlık ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.³³ Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, askeri hakim sınıfı subaylar hakkında idari sicil belgesi düzenlenmesini ve derece ve rütbe terfisinin buna göre değerlendirmesini, “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakim teminatı” ilkelerine aykırı bulmamıştır.³⁴

Öte yandan askeri hakimlerin emeklilik yaş haddi, adli ve idari yargıdaki hakimlerden farklı düzenlenmiştir. 357 sayılı kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasında, “askeri hakim sınıfı subayların görev yerleri ve sıfatları ne olursa olsun emeklilik yaş hadleri diğer subaylar gibidir” hükmüne yer verilmiş, subayların emeklilik yaş sınırı ise 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinin (I) sayılı alt bendinde gösterilmiştir. Bu hükme göre albayların yaş sınırı (60), tuğgeneral ve tümgenerallerin yaş sınırı ise (62) yaşını doldurdıkları tarihlerdir.

Ancak 357 sayılı kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrasıyla, askeri hakim subayların yaş sınırından önce kadrosuzluk nedeniyle emekli edilebilmeleri öngörülmüş, aynı yasanın 22. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendiyle de bu ayırma işleminin nasıl yapılacağı belirtilmiştir.

Kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilen bir hakim albayın, işleminin iptali istemiyle dava açması üzerine, 357 sayılı “Askeri Hakimler Kanunu”nun 21. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa’nın 10, 138, 139, 140 ve 145. maddelerine Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi

³³ K. Gözler, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 433

³⁴ Aşağıda Bölüm V- 1/a- (cc)’ye bakınız.

bulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, bu fıkranın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur.

Yapılan inceleme sonucu, her iki maddede yer alan “kadrosuzluk” ibaresi, “Anayasa’nın 7., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırı” bulunarak Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir³⁵. Böylece, askeri hakim subayların, kadrosuzluk nedeniyle emekli edilmeleri önlenmiştir.

İptal kararında; 357 sayılı kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrası ile 22. maddesinin (A) ve (B) bentleri, Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcı, daire başkanları ve üyeleri yönünden Anayasa Mahkemesi’nin, 10.1.1974 günlü, Esas 1972/49, Karar 1974/1 sayılı kararıyla iptal edildiği³⁶ ve bunların emeklilik yaş hadlerinin yeniden düzenlendiği belirtiltikten sonra:

“...Anayasa’nın 7. maddesine göre “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. ...” Bu nedenle, yasayla düzenleme yapılması öngörülen durumlarda, idarenin yetkili kınlanması, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa’ya aykırılık oluşturur.

...

“Anayasa’nın, bütün mahkemelerin bağımsız ve yargıçların da yargıç teminatı ile güvenceye alınmasını buyurduğu ve bu buyruğun demokratik toplumların olmazsa olmaz niteliğindeki “bağımsız yargı” ve “güvenceli

³⁵ Askeri hakim subayların kadrosuzluk ve diğer nedenlerle emekli edilmelerine olanak sağlayan 357 sayılı Askerî Hâkimler 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 edilmiştir. İptal kararı 11.5.1999 tarih ve 23692 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁶ Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında şu gerekçelere yer verilmiştir: “...357 sayılı Kanunun 21. maddesi bir yandan hâkim subayların emeklilik yaş hadlerini rütbelerindeki öteki subayların kanunda yazılı yaş hadlerine bağlayarak Anayasa’nın “askeri hâkimlerin yaş haddinin kanunla belli edilmesi” yolundaki buyruğuna uyarken, bir yandan da kadrosuzluk nedeniyle askeri hâkimlerin kanunda yazılı yaş haddinden önce hizmetten uzaklaştırılmaları- daha doğrusu 22. maddenin incelenmesinden anlaşılacağı üzere - emekli edilmeleri yolunu açmaktadır.

Bu düzenleme Anayasa’nın değişik 134. maddesinin ikinci fıkrası kuralına doğrudan doğruya aykırıdır. Onun için burada mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri ve kadro verip vermemenin idarenin takdirine bırakılmış bir konu olmasından çıkan sonuçlar üzerinde ayrıca durulmasına yer görülmemiştir. Anayasa’ya aykırılığı ortada olan, değişik 21. maddenin ikinci fıkrasındaki “kadrosuzluk” deyiminin ve bu deyim içerdigi kuralı Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmesi gerekir.”

yargıç” gibi çağdaş ve evrensel ilkelerin gereği olduğu hiçbir açıklamayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Kadrosuzluk nedeniyle askerî yargıçların yasal yaş sınırından önce emekli edilmelerinin idarenin takdirine bırakıldığı bir ortamda, yargıçların güvenceli, mahkemelerin de bağımsız olduklarından söz edilemez.” denilmek suretiyle söz konusu düzenlemenin mahkemelelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesi ilkelerine aykırı olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Bununla beraber askeri hakimlerin, Milli Savunma Bakanı tarafından disiplinsizlik ve ahlaki nedenlere dayalı olarak emekli edilmeleri mümkün olduğu gibi,³⁷ Yüksek Askerî Şura kararıyla da Silahlı Kuvvetler’den ayırma işlemine tabi tutulmaları imkan dahilindedir.

Askeri hakimlerin disiplinsizlik ve ahlaki durumu sebebiyle ayırma sebepleri 357 sayılı askeri Hakimler Kanunu’nun 22. maddesinin C bendinde sayılmış, ayırma işlemi ile ilgili ayrıntılar, 926 sayılı TSK Personel Kanunu’nun 50. maddesinin son fıkrası ile Subay Sicil Yönetmeliği’nin 91 ve 92. maddelerinde gösterilmiştir.

Yüksek Askerî Şura kararı ile silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi Askerî Yargıtay üyeleri ile Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyeleri dışındaki hakimler için uygulanabilir. Bu işlem, Anayasa’nın 125/2. maddesi uyarınca yargı denetimi dışındadır.

Yüksek Askerî Şura kararı ile disiplinsizlik nedeniyle hakkında silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi yapılan bir askeri hakimın başvurusu üzerine AİHM, “Devletlerin, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu düzene aykırı şu veya bu şekilde bir tutumu yasaklayarak, orduları için disiplin kuralları benimseyebilecekleri”nden hareketle, “askeri disiplin sistemini kendi isteğiyle kabul etmiş bir kimsenin bu kurallara uymaması, tutum ve davranışlarıyla askeri disiplini ihlal etmesi sebebine bağlı olarak gerçekleştirilen zorunlu emeklilik işleminde İHAS m. 9’a aykırılık bulunmadığı” sonucuna varmıştır³⁸.

Askeri hakimlere tanınan bir başka teminat, mensup olduğu kuvvetinin (Kara, Deniz, Hava), rızası olmaksızın değiştirilememesidir. Ne var ki, vermiş olduğu karar nedeniyle hakkında kuvvet değişikliği yapıldığı iddiasıyla bir askeri hakim tarafından açılan dava üzerine bu

³⁷ Centel, *Askerî Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, s.112 Dipnot 19.

³⁸ Kalaç/Türkiye davası, 1 Temmuz 1997 tarih ve 61/1996- 680/870; Başvuru Tarihi: 10 Ocak 1995, Başvuru No: 20704/92).

idari işlemin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesince iptal edildiği de bir gerçektir.³⁹

Askeri hakimlerin bir başka göreve nakil ve tayinleri Milli Savunma Bakanı ve Başbakan'ın müştereken imzaladıkları, Cumhurbaşkanı'nın onayladığı kararname ile olur. Bu kararname *Resmî 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 (m. 16).

Askeri hakimler ve askeri savcılar ile hakimlik ve savcılık mesleğinden sayılan görevlerde çalışan askeri hakim subaylara, almakta

³⁹ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu'nun 27.5.1999 tarih ve 18-90 sayılı kararı. Bu karara konu olayda, Deniz K. K.'da görevli olan askerî hâkim subay, 357 sayılı kanunun 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 askerî hâkim ve sivil hâkimi 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. C. K.'nın 112. ve askerî hâkimler ile askerî savcılar hakkında soruşturma usulünü düzenleyen 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun 23 ve devamı maddeleri yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini koruyan hükümlerdir. Bu nedenle 357 sayılı kanunun 18/1. maddesi ile 926 sayılı kanuna yapılan atıf, ancak hâkimlik mesleğinin gereklerine, yargıç güvencesi ilkelerine 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,askerî hâkimlerin kadrosuzluk nedeniyle yaş haddinden önce emekliye sevklerine olanak sağlayan 357 sayılı kanunun 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 askerî hâkimin 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 idarî işlemle bağlantısının araştırılması cihetine gidilmesine, davacı askerî hâkimin istemi olmadığı sürece kuvvetinin değiştirilmesine yasal olanak bulunmadığından, gerek görülmemiştir." şeklinde özetlenebilecek bir gerekçeyle iptal etmiştir.

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).⁴⁰

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 ceza yaptırımına 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 Askerî Hâkimler Kanunu'nun 29. maddesi gereğince yazılı uyarı ve kınama cezaları vermek yetkisine sahip olması, hakim bağımsızlığını olumsuz etkileyen hükümlerdir.⁴¹

⁴⁰ 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 Askerî Hâkimler Kanununa tabi askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kademdeki emsali subaylardan fazla olamaz." şeklindeki hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Keza, Yüksek Hakimlik Tazminatı Verilmesi Hakkında 270 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (A) fıkrasının 570 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesiyle değiştirilen cetvelinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı'na, rütbesinin Albay veya general-amiral olmasına göre farklı tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Bu kuralın Anayasa'nın 10, 145 ve 157. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesince yapılan başvuru üzerine, Anayasa mahkemesince iptaline karar verilmiştir.

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, idarenin disiplin cezası verme yetkisine sahip olması, askeri hâkimin 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 taraflı hareket etmiş olması konusunda endişe duymasının haklı görülebileceği durumlarda 6. maddenin ihlâl edildiği sonucuna varmaktadır. Nitekim bu mahkeme, askeri hakimlerin statüsünün bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini tespit etmesine rağmen statünün diğer özelliklerini ve öncelikle:

a) Askerî hâkimlerin yürütme organına bağlı ordu mensubu olmaya devam etmeleri,

b) Askerî disipline tabi olmaları,

Anayasa ve yasalarda bağımsız oldukları vurgulanan askeri hakimlerin, bağımsızlıklarını güvence altına alan hükümlerle korunmaları gerekirken, yine Anayasa’da yer alan “*askerlik hizmetinin gerekleri*” ilkesine dayanılarak yapılan düzenlemelerle; mesleğe kabul, atama ve yer değiştirme, yükselme, disiplin ve emeklilik gibi özlük hakları yönünden idareye bağlı kılınmaları büyük bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır.

IV. YENİ ANAYASA ÖNERİLERİNDE ASKERİ YARGI

1. Özbudun Önerisinde Askeri Yargı

Öneri, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanmıştır.⁴² Buna göre, sistematik bakımdan

- 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 22 Ocak 1990 tarihinden bu yana, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri’nden verilen mahkûmiyet kararlarıyla ilgili olarak yapılan başvurular üzerine verdiği kararlarında, bu mahkemelerin bağımsız olmadığı, dolayısıyla 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve Türkiye’yi tazminata mahkûm etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tespiti yaparken askeri hakimlerin statülerinin bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini kabul etmekle beraber, yürütme organına bağlı olmalarını, terfilerinin ordu tarafından verilen sicile göre yapılmasını, atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunmasını ve Milli Savunma Bakanı’nın 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 bulmuş ve sözleşmenin 6/1 hükmünün ihlal edildiğine ve bu nedenle devletimizin başvurulara manevi tazminat ödemesine karar vermiştir (Bu konuda bakınız: 25 Eylül 2001 tarihli Kızılöz/Türkiye davası, Başvuru No:32962/96; 25 Şubat 1997 tarihli Findlay/İngiltere kararı, Raporlar- 1991-1, s. 281, prg. 73).

Türkiye, bu kararlar üzerine Anayasa ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu’nda değişiklik yaparak askeri hâkimleri 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 değişiklik yapılarak subay üye askeri mahkeme kurulundan çıkarılmış, ne de askeri hakimlerin eleştirilen statülerinde bir değişiklik yapılmıştır.

⁴² Öneriye ilişkin bilgiler “Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı” vep sitesinden alınmıştır. Siteye düşülen “Not”a göre, Bu “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi”; 8 Hazi-

“KISIM”, “BÖLÜM” ve “ALT BÖLÜM”lere ayrılan Anayasa, “Başlangıç” bölümü hariç, sekiz kısım olarak düzenlenmiştir. Önerinin tamamı yüzotuzyedici madde ve dokuz geçici maddeden oluşmaktadır.

Yargıya ilişkin hükümler, önerinin İkinci Kısım Üçüncü Bölüm’ünde yer almaktadır. Bu bölümün Birinci Alt Bölüm’ünde (106-111. maddelerde) “Genel Hükümler” başlığı altında yargıya ilişkin genel ilkeler sıralanmıştır. Bu bağlamda, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı (m. 106), hakimlik ve savcılık teminatı (m. 107), hakimlik ve savcılık mesleği (m.108), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (m.109) ile hakim ve savcıların denetimi (m. 110)’ne ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Öneri, adli ve idari yargının yanında askeri yargı sistemini de kabul etmiş ve askeri yargıyı bu alt bölümün sonuncusu olan, 111. maddede düzenlemiştir.⁴³

Üçüncü Bölüm’ün ikinci alt bölümü “Yüksek Mahkemeler”e ayrılmıştır. 112-118. maddeler Anayasa Mahkemesi’ne ayrılmıştır. İkinci

ran 2007 günü Başbakan ve Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) Genel Başkanı Recep Tayip Erdoğan’ın Prof. Dr. Ergun Özbudun’dan talebi üzerine, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında Prof. Dr. Zühtü Arslan, Prof. Dr. Yavuz Atar, Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem, Prof. Dr. Levent Köker, Doç. Dr. Serap Yazıcı’dan oluşan Komisyon tarafından hazırlanmıştır. Öneri, 2 Ağustos 2007 günü AKP Genel Başkanına sunuşu yapılmış ve 29 Ağustos 2007 tarihinde çalışmalar tamamlanarak AKP Genel Başkan Yardımcısı Dengir Mir Mehmet Fırat’a teslim edilmiştir.

⁴³ Özbudun Önerisinin “Askeri yargı” başlıklı 111. maddesi ve madde gerekçesi şöyledir.

“Askerî yargı

Madde 111- (1) Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlara ait davalara bakmakla görevlidir.

(2) Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatinde bulundukları komutanlarla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

MADDE GEREKÇESİ

“Askerî yargının görev alanı, sivil kişilerin askerî mahkemelerde yargılanmalarını önleyecek şekilde daraltılarak yeniden düzenlenmektedir. Yeni düzenlemeyle, askerî yargının görev alanı, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlarla sınırlandırılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, askerî hâkim ve savcıların özlük işleri ile görevli bulundukları komutanlıkla olan ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilerek, askerî hâkim ve savcılar anayasal teminata kavuşturulmaktadır.”

yüksek mahkeme olarak Yüce Divan düzenlenmiş (m.119), daha sonra sırasıyla Yargıtay (m. 120), Danıştay (m. 121), Askeri Yargıtay (m. 122), Sayıştay (m. 123) ve Uyuşmazlık Mahkemesi (m. 124) düzenlenmiştir.

Yeni Anayasa önerisinin yargı alanına yönelik, askeri yargı ve Askeri Yargıtay'ı da ilgilendiren 1982 anayasasına göre farklı yaklaşımları, özet olarak şu noktalarda toplanmaktadır.⁴⁴

a. Öneride, sistematik ve içerik bakımından 1982 Anayasasından farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu çerçevede; yeni Anayasa'nın sistematığında "*KISIM, BÖLÜM ve ALT BÖLÜM*" ayrımı kabul edilmiştir.

b. Yargılamanın bir yetki olduğu kadar, aynı zamanda bir görev olduğu kabul edilerek, yargı yetkisi ve görevinden söz edilmiştir (m. 8).

c. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi dikkate alınarak, hak arama hürriyetiyle birlikte yeniden düzenlenmiştir. Bu hak kapsamında, "*kanuni hâkim*" ilkesi yerine, "*tabii hâkim*" ilkesi kabul edilmiştir (m. 32).

d. 1982 Anayasası'nın tanımış olduğu yetkilerden biri olan, Cumhurbaşkanı'nın yüksek yargı organları ile ilgili atama yetkisi kaldırılmıştır. Bunun sonucu olarak Askeri Yargıtay üyelerinin Askeri Yargıtay Genel Kurulu'na seçilmesi esası kabul edilmiştir (m.123).

e. Yargı ile ilgili hükümlerde, yargının bağımsızlığı yanında, tarafsızlığı da vurgulanmıştır (m. 106, 111, 121, 122 ve 123).

f. Yüce Divan, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'ndan seçilecek üyelerden oluşan bir mahkeme olarak yeniden düzenlenmiş ve Yüce Divan yargılamasının iki dereceli olarak işlemesi kabul edilmiştir (m. 120).

g. Anayasa Mahkemesi üye sayısı onyediyeye çıkarılmış; üyelerden sekizinin Türkiye Büyük Millet Meclisi, dördünün Yargıtay, dördünün Danıştay ve birinin de Sayıştay tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir (m. 113).

⁴⁴ Özbudun Önerisi'nin 1982 Anayasası'ndan farklı olarak düzenlediği hususlar, Önerinin son bölümünde, "Yeni Anayasa Önerisinin Getirdiği Yenilikler" başlığı altında özet olarak açıklanmıştır. Burada, bunlardan sadece askeri yargıyı yakından ilgilendirdiğini düşündüğümüz hükümlere yer verilmiştir.

h. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmıştır.

i. Sayıştay, yüksek mahkeme olarak kabul edilmiş ve kamu kaynağı kullanan hiçbir kurum ve kuruluşun Sayıştay'ın denetimi dışında tutulmaması sağlanmıştır (m. 124).

a. Askeri Yargı Sistemi

Önerinin 111. maddesi hükmüne göre askeri yargı organları, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemelerinden ibaret olup asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu düzenlemeyle askeri mahkemelerin görevi, 1961 ve 1982 anayasalarına göre oldukça daraltılmış; asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ilişkin davalarla sınırlandırılmıştır. Maddede hiçbir istisnaya yer verilmemiş, böylece asker kişilerle iştirak halinde işlenen suçlar da dahil, sivil kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmaları engellenmiştir.

Yapılan düzenlemeyle ilgili olarak madde gerekçesinde şöyle denilmektedir: “Askerî yargının görev alanı, sivil kişilerin askerî mahkemelerde yargılanmalarını önleyecek şekilde daraltılarak yeniden düzenlenmektedir. Yeni düzenlemeyle, askerî yargının görev alanı, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlarla sınırlandırılmaktadır.”

Maddede, savaş ve sıkıyönetim halinde, askeri yargı organlarının görev ve yetkisine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı düzenlenmiş olmasına rağmen bu haller için ayrı bir yargı organından söz edilmemesinin sebebi kanaatimizce “*tabii hakim*” ilkesiyle açıklanabilir.

Diğer taraftan maddede, askeri mahkemelerle disiplin mahkemelerinin kuruluş ve işleyişi ile ilgili hükümlere yer verilmemiştir. Bu konular ile askeri hakimlerin özlük işlerinin, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin refakatinde bulundukları komutanlarla ilişkilerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme yapılırken mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hakimlik teminatı esaslarının göz önünde bulundurulması gerektiğine de işaret edilmiştir.

1982 Anayasası'nda, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin *"mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık"* ile ilişkilerinin kanunla düzenleneceğinden söz edilmişti. Bu hükme dayanılarak çıkarılan 353 sayılı kanunun özgün şeklinde yer verilen *"refakat"* ibaresi daha sonraki yıllarda *"teşkilatında"* şeklinde değiştirilmiştir.⁴⁵ Böylece askeri savcıların, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutanlık teşkilatı içinde mütalaa edilmeleri mümkün hale gelmiştir.

Önerinin getirdiği bu düzenleme ile; askeri savcılarla, nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı arasındaki ilişkiler açısından 1961 Anayasası'na dönülmüş olmaktadır. Bu durumun, hakim ve savcılık mesleği açısından bir teminat teşkil edeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus *"Maddenin ikinci fıkrasında, askerî hâkim ve savcıların özlük işleri ile görevli bulundukları komutanlıkla olan ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilerek, askerî hâkim ve savcılar anayasal teminata kavuşturulmaktadır."* denilmek suretiyle açık bir şekilde vurgulanmıştır.

b. Askeri Yargıtay

Askeri Yargıtay, önerinin İkinci Kısım'ının Üçüncü Bölümü'nün Yüksek mahkemelerin bulunduğu İkinci Alt Bölüm'ünde 122. madde düzenlenmiştir.⁴⁶ Böylece Askeri Yargıtay'ın yüksek mahkeme olma

⁴⁵ Bu değişiklik için 9.10.1996 tarihli ve 4191 sayılı Kanunun 26. maddesine bakınız.

⁴⁶ Özbudun Taslağının "Askeri Yargıtay" başlıklı 122 inci maddesi ve madde gerekçesi şöyledir.

"Askerî Yargıtay

Madde 122- (1) Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

(2) Askerî Yargıtay üyeleri, birinci sınıf askerî hâkimler ve savcılar arasından, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçilir.

(3) Askerî Yargıtay Başkanı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve Başsavcısı, Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanır.

(4) Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

MADDE GEREKÇESİ

"Askerî Yargıtayı mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları açısından güçlendirme amacını taşıyan iki değişiklik dışında, 1982 Anayasasının paralel hükmü olan 156 ncı madde aynen korunmuştur. Gerçekleştirilen birinci değişiklikle, Askerî Yargıtay üyelerinin Cumhurbaşkanınca seçilmesi usulüne son verilmiş; üyelerin, Askerî Yargıtay

özellikli 1982 Anayasası'nda olduğu gibi korunmuştur. Ayrıca görev ve yetkilerinde de değişiklik yapılmamıştır. Fakat Askeri Yargıtay'ın son derece mercii olarak incelemekle görevli olduğu karar ve hükümler, askeri mahkemelerin görevi ile sınırlı olduğundan, görevi dolaylı olarak daralmıştır.

Maddenin ikinci fıkrası üyelerin seçimini düzenlemektedir. Buna göre Askeri Yargıtay üyeleri, birinci sınıf askeri hakimler ve savcılar arasından, Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçilir. Öneri, bu hususta 1961 ve 1982 anayasalarından ayrılmıştır. Öneride, Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri azaltılarak, bunlar ilgili kurum ve kuruluşlara dağıtıldığından, Askeri Yargıtay üyelerini seçme yetkisi de Genel Kurul'a verilmiştir.

Maddede, 1982 Anayasası'ndan farklı olarak askerlik hizmetinin gerekleri kavramına yer verilmemiştir. Fakat Başkan, İkinci Başkan, daire başkanları ile Başsavcı'nın rütbe ve kıdem sırasına göre atanacakları belirtilmek suretiyle askerlik mesleğinin gerekleri, dolaylı olarak esas alınmıştır. Askerlik mesleğinin gereklerini esas alan bir başka hüküm ise, önerinin 108. maddesinde yer almaktadır. Gerçekten de bu maddenin üçüncü fıkrasında, hakimler ve savcılarının altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekleri belirtildikten sonra, *"Askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir."* hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde değişiklik yapılarak Askeri Yargıtay üyelerinin Anayasa Mahkemesi'nde görev almalarına son verilmiştir. Öneride Askeri Yargıtay üyelerinin, Yüce Divan'da görev almalarına da sıcak bakılmamıştır.⁴⁷

Genel Kurulu tarafından seçilmesi benimsenmiştir. İkinci olarak, 1982 Anayasasının 156 ncı maddesinin son fıkrasında yer alan ve kanun koyucunun, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatına aykırı bir düzenleme yapabilmesine açık kapı bırakan "askerlik hizmetlerinin gereklerine göre" ibaresine bu düzenlemede yer verilmemiştir."

⁴⁷ Özbudun önerisinde, 119. maddede yüksek mahkemelerden biri olarak düzenlenen Yüce Divan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı'nın başkanlığında Yargıtay Ceza Genel Kurulu üyeleri arasından seçilecek beş üye ile Anayasa Mahkemesi'nin kendi üyeleri arasından seçeceği beş üye olmak üzere on bir üyeden oluşmaktadır.

2. TBB Anayasa Önerisinde Askeri Yargı

Türkiye Barolar Birliği tarafından 2001 yılında hazırlatılan “*Anayasa Taslağı Önerisi*” aynı yıl 12 Eylül günü kamuoyuna duyurulmuştur. O günlerde 1982 Anayasası’nın bütünüyle değiştirilmesi gerektiği düşüncesi ilgi görmemiş olsa da, Türkiye Barolar Birliği, söz konusu taslağı güncelleme çalışmalarını ara vermeden sürdürmüştür. 22 Temmuz 2007 genel seçimleriyle iktidara gelen partinin “*sivil anayasa*” yapma girişiminden sonra yapılan tüm çalışmaların değerlendirilmesi sonucu “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*” ortaya çıkmıştır. Öneri, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı Prof. Dr. Rona Aybay başkanlığında, Prof. Dr. Süheyl Batum, Yrd. Doç. Dr. Faruk Bilir, Yrd. Doç. Dr. Ece Göztepe, Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu, Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Prof. Dr. Oktay Uygun ve Av. Teoman Ergül’den oluşan komisyon tarafından hazırlanmıştır.⁴⁸ Bu öneri, TBB Yönetim Kurulu’nun incelemesinden sonra TBB Başkanı Av. Özdemir Özok tarafından yapılan basın açıklaması ile kamuoyuna duyurulmuştur. Öneri ayrıca kitap olarak da yayımlanmıştır.

TBB Anayasa Önerisi, sistematik bakımdan “KESİM” ve “BÖLÜM” ayırımını esas almış olup Bölüm içindeki ayırımlarda Romen rakamları kullanılmıştır. Öneri, altı Kesim ve 190 maddeden oluşmaktadır. “*Başlangıç*” bölümü Anayasa metnine dahildir (m. 188).

Yargı, Üçüncü Kesim Üçüncü Bölümde üç ayrı başlık altında 152 ila 175. maddelerde düzenlenmiştir. İlk olarak “(I) *Yargıyla ilgili genel esaslar*” (152 ile 158. maddelerde) belirtilmiştir. İki (II) numaralı başlık (159 uncu maddeden itibaren) “*Yüksek mahkemeler’e* ayrılmıştır. Üç (III) numarada ise “*Yüksek Kurullar*” düzenlenmiştir.

Öneri, yargıya ilişkin hükümlerde genellikle 1982 Anayasası’na paralel düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte yenilik niteliğinde hükümler de bulunmaktadır. Bu yenilikler şu şekilde özetlenebilir.

a. Hakimlik mesleği ile savcılık mesleği birbirinden ayrılmış, hakim güvencesi ile savcılarının görev güvencesi birbirinden ayrı düzenlenmiştir (m. 153- 155).

b. Savunma, yargının vazgeçilmez bir ögesi kabul edilerek ilk kez

⁴⁸ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, TBB yay., Ekim 2007, Sunuş, s. X.

anayasal bir kurum olarak düzenlenmiştir. Savunmayı temsil eden avukatlar ile onların meslek kuruluşu olan barolar ile Türkiye Barolar Birliği ayrı bir maddede ele alınmıştır (m. 156). Maddede savunmanın bağımsızlığı ve yargının vazgeçilmez bir ögesi olduğu vurgulanmış, savcılık ile savunma arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır.

c. Sıkıyönetim ilanı halinde, bu bölgelerle sınırlı olmak kaydıyla kurulacak mahkemelerle ilgili olarak yapılacak düzenlemede “doğal hakim” ilkesinin gözetileceği vurgulanmıştır (m. 157/4).

d. Anayasa Mahkemesi’nin yapısında ve üyelerinin seçiminde değişiklik yapılmasına rağmen Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nden birer üye seçilmesine ilişkin yürürlükteki düzenleme korunmuştur. Ayrıca bu mahkemedeki “yedek üyelik” kaldırılmıştır (m. 159/2). Bu mahkemenin görevinde de değişiklik yapılmış, “Anayasa şikayeti başvurularını karara bağlamak”, mahkemenin görevlerinden biri sayılmıştır.

e. Yüce Divan, ayrı bir yüksek mahkeme olarak değil, açılan dava-ya bağlı olarak toplanan bir kurul şeklinde düşünülmüştür. Bu sıfatla yargılama görevi, Yargıtay ceza dairelerinin en kıdemli başkanının başkanlığında, en kıdemli dört başkanından oluşan bir kurula verilmiştir.

f. Hakimler ve savcılar için iki ayrı kurul oluşturulmuştur. Hakimler Yüksek Kurulu m. 174’de, Savcılar Yüksek Kurulu ise 175. maddede düzenlenmiştir.

g. Sayıştay yüksek mahkemeler arasından çıkarılmıştır. Bu kuruma Dördüncü Kesim’de “Mali ve Ekonomik Hükümler” arasında 180. maddede yer verilmiştir.

Askeri yargının, özellikle 1961 Anayasası’ndan bu yana kurumsallaştığını ve günümüzde kendi alanında uzman yargı niteliğini kazandığını kabul eden TBB önerisi, bu yargı sisteminin kendi çok özel alanında çalışmasının sağlanması anlayışı içinde 158. maddesinde askeri

yargıyı⁴⁹, 170 ve 171. maddelerinde de, sırasıyla Askeri Yargıtay⁵⁰ ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni düzenlemiştir.

a. Askeri Yargı Sistemi

Önerinin 158. maddesinin birinci fıkrası, Özbudun önerisinde olduğu gibi askeri yargının askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği esasını benimsemiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında askeri yargı organlarının görev alanının sınırları çizilmiştir. Bu mahkemelerin barış zamanında görevi, “asker kişilerin salt askeri nitelikli suçlarıyla ilgili” davalarıyla sınırlandırılmıştır. Fakat askeri mahkemelerin savaş ve seferberlik hallerindeki görevi ile kişi itibarıyla yetkisinin düzenlenmesi kanuna bırakılmıştır. Böylece askeri mahkemelerin görev ve kişi itibarıyla yetkisinin, savaş ve seferberlik halleriyle sınırlı olmak kaydıyla daha geniş olarak düzenlenmesine olanak sağlanmıştır. Bir başka ifadeyle çıkarılacak kanunda; askeri mahkemelerin, savaş ve seferberlik durumunda, asker

⁴⁹ TBB Anayasa Önerisi'nin 138. maddesi şöyledir:

“Askeri Yargı:

MADDE 158.- Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür.

Bu mahkemeler asker kişilerin salt askeri nitelikli suçlarıyla ilgili davalarına bakar. Askeri mahkemelerin savaş ve seferberlik hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler yönünden yetkili oldukları, kanunda gösterilir.

Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri savcılık görevi yapan askeri hâkimlerin refakatinde bulundukları komutanlarla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin güvencesi ilkelerine göre kanunla düzenlenir. Askeri hakimlerin disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim güvencesini etkisiz kılmamak koşuluyla askerlik hizmetlerinin gerekleri göz önünde tutularak düzenlenebilir.”

⁵⁰ Önerinin 170. maddesi şöyledir:

“Askeri Yargıtay:

Madde 170- Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerden verilen kararların son inceleme yeridir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen salt askeri nitelikli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askeri Yargıtay üyeleri, birinci sınıf askeri hâkimler arasından Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve Daire Başkanları Askeri Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sıralarına göre atanırlar.

Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, üyelerinin disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi ilkelerine göre kanunla düzenlenir. Üyelerinin disiplin ve özlük işleri, aynı ilkeleri etkisiz kılmamak koşuluyla askerlik hizmetlerinin gerekleri göz önünde tutularak düzenlenebilir.”

olmayan kişilerin bazı suçları ile asker kişilerin “salt askeri nitelikli olmayan suçlarına” ilişkin davalarına da bakabilecek şekilde düzenleme yapılabilecektir.

Üçüncü fıkrada askeri yargı organlarının kuruluşu ile askeri savcılarının refakatinde bulundukları komutanla ilişkilerinde göz önünde bulundurulması gereken ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler; mahkemelerin bağımsızlığı, hakim güvencesidir. Kanunla yapılacak düzenleme kesinlikle bu ilkelere aykırı olmayacaktır. Bunun yanında askeri hakimlerin disiplin ve özlük işleri, ancak bu ilkeleri etkisiz kılmamak koşuluyla “askerlik hizmetinin gerekleri göz önünde tutularak” düzenlenebilecektir.

Yapılan düzenlemeyle ilgili olarak madde gerekçesinde ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca bu gerekçe, ülkemizde askeri yargının gerekliliğini, özelliğini ve konumunu açık ve net bir şekilde ortaya koymaktadır.⁵¹

⁵¹ TBB Anayasa Önerisi m. 158 madde Gerekçesi: “Askeri yargının Anayasa ve yasalarda ayrı bir yapılanma içinde yer alması, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi üçlemesi açısından Türkiye’de sürekli tartışılan bir konudur. Ancak bu konuyu tarihsel ve somut gerçekliğinden soyutlayarak düşünmek yeterli bir değerlendirme olamaz. Soyut bir değerlendirmede yargı birliği demokratik bir hukuk devleti için ideal bir çözüm olarak düşünülebilir. Bu açıdan Anglosakson hukuk sistemini örnek göstermek de mümkündür. Buna karşılık yargı birliğinin yer almadığı kara Avrupası ülkelerinde yargı organı aynı derecede etkilidir. Bu sistemlerden hangisinin üstün olduğu konusunu soyut olarak tartışmak anlamsızdır. Konuya ilgili ülkedeki yargının statüsü (bağımsızlığı, güvencesi), işleyişi, yargı alanlarının ayrılmasıyla ortaya çıkan uzmanlaşma ve bunun birlikte getirdiği birikim ve deneyim açısından değerlendirmek gerekir. Diğer ülkelerde de farklı boyutlarda uygulanan askeri yargının Türkiye’deki düzenleniş biçimi de aynı açıdan değerlendirilmelidir. Burada birbirine bağlı iki temel özelliğe dikkati çekmek gerekir: Özellikle 1961 Anayasasından bu yana giderek kuramsallaşmış bulunan askeri yargı, bugün kendi spesifik alanında uzman yargı niteliğini kazanmıştır. Diğer Mahkemeler bu alana yabancısıdır. İkincisi askeri yargının iş yükü sivil yargıya göre daha azdır. Askeri Yargıtay ile Yüksek Askeri İdare Mahkemesi kararlarındaki gerekçelerin genelde Yargıtay ve Danıştay’a göre daha doyurucu olması, askeri yargının çalışma koşullarındaki bu avantajdan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yargı organımız genel olarak askeri yargının çalışma koşullarına kavuşturulmadan askeri yargı alanının kaldırılmasından ya da daraltılmasından söz etmek doğru değildir. Çünkü gerekli maddi koşullar yanında bilgi birikimi, deneyim ve uzmanlık sağlanmadan, iyi işleyen bir yargının kaldırılmasıyla ortaya çıkacak boşluğu nicel ve nitel yönden doldurmak son derece güçtür. Öte yandan sivil yargıçların, askeri konularda asker yargıçlara göre daha çekingen davranmaları da doğaldır. Çünkü onlar bu konunun yabancısı olup, askeri sorunların çözümünde asker yargıçlar kadar rahat davranamazlar.

Türkiye’de askeri yargının temel sorunu, alanının geleneksel boyutu kısmen aşmış olması, mahkemelerin yapısında –azınlıkta da olsa- yargıç olmayan askerlerin varlığını korumasıdır. Bu nedenle Türkiye’de yapılması gereken ilk şey, subay üyelerin savaşı ve sefer-

b. Askeri Yargıtay

2001 Önerisi'nde Askeri Yargıtay'a yüksek mahkemeler arasında yer verilmemişti. Gerekçede açıklandığı üzere bu yanlışlık yeni öneride düzeltilmiştir. Fakat Askeri Yargıtay'ın ilk ve son derece inceleme mercii olarak bakacağı davalar, askeri yargıya ilişkin 158. maddede yapılan düzenlemeye paralel olarak *"salt askeri suçlarla"* sınırlı tutulmuştur.

Üyeler, Özbudun önerisinde olduğu gibi Askeri Yargıtay Genel Kurulu tarafından seçilmektedir.

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanlarının Askeri Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanmaları kabul edilmiştir. Böylece, bu makamlara atanmada, askerlik mesleğinin gereklerinin göz önünde tutulacağı ifade edilmiş olmaktadır.

Askeri Yargıtayın kuruluşu ve işleyişi ile üyelerinin disiplin ve özlük işlerinin düzenlemesi kanuna bırakılmış, fakat yapılacak düzenlemede dikkate alınacak ilkeler de gösterilmiştir. Bu ilkeler tüm yargı organlarında ve diğer yüksek mahkemelerde olduğu gibi *"mahkemelerin bağımsızlığı"* ve *"hakimlik güvencesi"*dir. Yapılacak düzenleme hiçbir şekilde bu ilkelere aykırı olmayacaktır.

Son fıkranın son cümlesinde, Askeri Yargıtay üyelerinin disiplin ve özlük işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi

berlik halleri dışında asker mahkeme kuruluşundan çıkarılması ve askeri yargıçların statülerinin yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi yönünde daha da geliştirilmesidir. Ayrıca asker olmayan kişilerin askeri mahkemede yargılanmasını sağlayan hükümler doğal yargıç güvencesine aykırı düştüğü ölçüde kaldırılmalı ve askeri yargının kendi spesifik alanında çalışması sağlanmalıdır. Askeri yargı, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili düzenlemeler bu anlayış içinde kaleme alınmıştır.

Bu nedenle askeri mahkemelerin görev alanı asker kişilerin salt askeri suçları ile sınırlı tutulmuş asker olmayanların yargılanması ise doğal yargı ilkesine uygun olarak adli ve idari yargıya bırakılmıştır. Savaş ve seferberlik halinde ise askeri mahkemelerin hangi suçlar ve hangi kişiler yönünden yetkili oldukları kanunla düzenlenecektir.

Üçüncü fıkra da yürürlükteki 145. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "askeri hizmetlerin gerekleri" deyimini, askeri mahkemelerin kuruluşu, işleyişini ve bu mahkemelerde savcılık görevi yapanların görevli bulundukları komutanlık ile ilişkilerini de kapsar bir anlam taşıdığından mahkemenin bağımsızlığı ile bağdaşmaz nitelikte görülmüştür. Bu nedenle anılan deyim, yalnızca askeri hakimlerin disiplin ve özlük işleriyle sınırlı olmak ve mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi ilkelerini etkisiz kılmamak koşuluyla yer verilmiştir."

ilkelerini etkisiz kılmamak koşuluyla askerlik hizmetlerinin gerekleri göz önünde tutularak düzenlenebileceği özellikle vurgulanmıştır.

Madde gerekçesinde bu konuda şu değerlendirmeler yapılmıştır.

“...Dördüncü fıkra da yürürlükteki 156. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “askeri hizmetlerin gerekleri” deyimini, Askeri Yargıtayın kuruluşu, işleyişini de kapsar bir anlam taşıdığından mahkemenin bağımsızlığı ile bağdaşmaz nitelikte görülmüştür. Bu nedenle anılan deyim, yalnızca Askeri Yargıtay üyelerinin disiplin ve özlük işleriyle sınırlı olmak ve mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi ilkelerini etkisiz kılmamak koşuluyla yer ve-tilmiştir.”

V. ANAYASA ÖNERİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Yargı Bağımsızlığı Açısından

Yukarıda özet olarak açılan her iki anayasa önerisinde de, Askeri yargı ve Askeri Yargıtay’a yer verilerek bunların anayasal birer kurum olma özellikleri korunmuştur. Böylece savaş zamanında gerek duyulan askeri yargı organlarına, barış döneminde de ihtiyaç olduğu kabul edilmiş olmaktadır.

Her iki Öneride de askeri yargının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesi ilkelerine göre kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmış, fakat askeri mahkeme kuruluşuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bugünkü askeri mahkeme ve disiplin mahkemesi kuruluşu dikkate alındığında, söz konusu yargı organlarının kuruluşuna ilişkin hükümlere anayasada yer verilmesi, bu mahkemelerin bağımsızlığı bakımından güvence oluşturmaktadır.

Bağımsızlık; hakim, hiçbir merci veya kişiden emir almaması, görevini yaparken hiçbir etki ve baskı altında kalmaması demek olduğundan, bunu sağlayacak güvencelere sahip olmasını zorunlu kılar. Bu nedenle kanunla yapılacak düzenlemeler, bağımsızlığı sağlayacak gerekli güvenceleri içermelidir.

Ne var ki Anayasa’da askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı ilkelerine uygun olarak düzenleneceği ifade edilmiş olmasına rağmen, 353 sayılı kanunun, mahkeme kuruluşunda subay üye bulunmasını öngören hükmü değiştirilmemiştir. 477 sayılı kanuna göre de disiplin mahkemesi baş-

kan ve üyeleri subaylardan oluşmaktadır.

Bu nedenle askeri yargı organlarının kuruluşu, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Askeri disiplinin korunmasının ve askeri yargı organlarının hukuka uygun ve adil karar vermesinin teminatı subay üye olmamalı, böyle görülmemelidir. Mahkemelerin adil karar vermeleri ve askeri disiplinin sağlanıp korunması ancak bağımsızlık ilkesinin hayata geçirilmesiyle mümkün olabilir.

TBB Önerisinde “*askerlik hizmetinin gerekleri*” kavramına da yer verilmiştir. Özbudun önerisinde bu kavrama yer verilmemiş olmakla birlikte 108. maddenin üçüncü fıkrasında hakimler ve savcıların altmış beş yaşını bitirinceye kadar görev yapacakları belirtildikten sonra, askeri hakimlerin yaş haddi, özlük hakları ve emekliliklerinin kanunda gösterileceğine işaret edilmiştir. Bu hükümle, askeri hakimlerin meslekte yükselmeleri ve emeklilik nedenleri ile yaş haddinin genel yargıda görevli hakimlerden farklı olarak tespit edilmesi mümkün hale gelmiştir. Böylece askeri hakimlerin maaş ve ödenekleriyle ilgili olarak genel yargıda görevli hakimlerinkinden farklı bir şekilde düzenleme yapılmasının önü açılmıştır. Bu hüküm, askeri hakimlerin yaş haddi dışında bir başka sebeple, mesela kadrosuzluk nedeniyle emekli edilmelerine olanak sağlayacak biçimde yorum yapılmasına da elverişlidir. Aynı önerinin 122. maddesinde de, Askeri Yargıtay Başkanı, İkinci Başkan, daire başkanları ile Başsavcının rütbe ve kıdem sırasına göre atanacakları belirtilmiştir. Bu suretle, atamaların “*askerlik mesleğinin gerekleri*” esas alınarak yapılacağı dolaylı olarak ifade edilmiş olmaktadır.

Askeri hakimler, bugün için subay statüsündedirler. Bu statü korunduğu sürece, askeri hakimlerin, rütbe yükselmeleri ile disipline ilişkin hükümlerin, bu statüleri göz önünde bulundurularak düzenlenmesinde zorunluluk vardır. Mesela askeri mahkemeye atanan kıdemli hakim, rütbe bakımından aynı mahkemede görevli diğer askeri hakimlerden kıdemli olması şarttır. Bunun aksinin kabulü askeri disiplin ve hiyerarşiye aykırıdır. Aynı durum askeri savcılar bakımından da söz konusudur. Askeri savcının, yardımcı askeri savcılardan daha üst rütbede olması askerlik hizmetinin gereğidir. Bundan başka askeri hakimlerin maaş, atama ve yer değiştirmeleri ile emeklilik yaş hadleri gibi özlük haklarının da, aynı ilke gereğince, subayların statüleri esas alınarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Böyle bir düzenleme

yapıldığı takdirde, askeri hakimlerin rütbe yükselmeleri ile atama ve yer değiştirmelerinde idarenin yetkili olması demektir. Halbuki askeri hakimlerin mesleki yükselmeleri, rütbe yükselmelerinden soyutlanamaz. Keza atamaların idarenin takdirine bırakılması da, atamalarda askeri niteliklerin ön planda tutulduğu, buna karşılık mesleki bilgi ve tecrübenin ikinci planda değerlendirilebileceğini akla getirir. Maaşların hakimlik mesleği gereklerine göre değil de, rütbeğe göre düzenlenmesi ise, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bir başka ifadeyle bu tür düzenlemelerin *“hakim teminatı”* ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir. Buna karşılık askeri mahkeme kuruluşu ile bu mahkemelerin görevlerine ilişkin düzenlemeler ise doğrudan doğruya *“mahkemeleri bağımsızlığı”* ilkesiyle ilgilidir. Bununla beraber askeri hakimlerin subay statüsünde bulunmaları, onların, özellikle mali haklara ilişkin konularda, aynı rütbedeki diğer sınıf subayları ile mukayese edilmelerine neden olmuştur. Bunun sonucu, askeri hakim sınıfı bir subaya verilmesi gereken yüksek hakimlik tazminatının, aynı rütbedeki diğer sınıf subaylarına ödenen benzeri bir tazminat tutarından fazla olmayacak şekilde yasal düzenlemelere gidilmiştir.

Askeri yargıya ilişkin günümüzdeki düzenleme incelenirken açıklandığı üzere bunlardan bir kısmı yargı önüne götürülmüş ve yapılan inceleme sonunda *“mahkemelerin bağımsızlığı”* ve *“hakim teminatı”* ilkelere aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Askeri mahkemelerin bağımsızlığı, özellikle sıkıyönetim askeri mahkemeleri bakımından geçmişte ve günümüzde sürekli tartışma konusu olmuştur. Kuruluş ve işleyişe ilişkin yasalar bu yönden eleştirilmiştir. Gerek bilim adamları tarafından, gerek çeşitli kurum ve kuruluşlarca, askeri mahkemelerin bağımsız bir görünüm vermediği, askeri hakimlere tanınan teminatların yeterli olmadığı ileri sürülmüştür.⁵² Bu eleştirilerde, askeri mahkeme kuruluşunda meslekten olmayan subay üyenin bulunması ve askeri hakimlerin statüleri, mesleğe kabulü, atamaları ve yükselmelerinin idarece yapılması, onları idareye

⁵² Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*, s.24, İstanbul 1996; Askeri Yargıtay'ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu s.112 Dipnot 19; Kunter/ Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 20.3(180) s. 293. Onüçüncü Bası, İstanbul 2004; Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2000 s. 433- 435; Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Nemci, 1982 *Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001, s. 431- 432.

bağlı kılan, yargı bağımsızlığını bozan unsurlar olarak öne çıkmıştır.⁵³ Askeri yargının bağımsızlığı ile ilgili tartışmalar da bu düzenlemelerden kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle öncelikle “askerlik hizmetinin gerekleri” kavramının ne olduğu üzerinde durulmasında yarar vardır.

a. Kavram Olarak Askerlik Hizmetinin Gerekleri

Askerlikte, hizmet kavramı; “kanun ve diğer objektif düzenlemelerle yapılması veya yapılmaması yazılı olan hususlarla, amir tarafından yapılması emredilen veya yasaklanan tüm işler”⁵⁴ gibi oldukça geniş bir anlam ifade etmektedir. Fakat 1961 ve 1982 anayasalarında da yer alan “Askerlik hizmetinin gerekleri”nin anlamı bundan daha dardır. Bu ilke, askeri yargı alanında yapılacak bazı düzenlemelerde askerlik mesleğinin dikkate alınmasına imkan veren soyut bir kavram olup ancak buna dayanılarak yapılan düzenlemelerle somut bir anlam kazanmaktadır. Bu nedenle askerlik hizmetinin bir tanımını vermek yerine bu ilkeyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerine yer vermek, hem bu ilkenin anlamı hem de yeni yapılacak düzenlemeler bakımından aydınlatıcı olacaktır.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askerî hâkimlerin statülerinin bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini kabul etmekle beraber, askerî hâkimlerin yürütme organına bağlı olmalarını, terfilerinin ordu tarafından verilen sicile göre yapılmasını, atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunmasını ve Milli Savunma Bakanı’nın disiplin cezası verebilmesini yargı bağımsızlığına aykırı bulmuştur. Ayrıca, askerî mahkemede görev yapan subay üyenin komutanın emrinde bir personel olduğunu, bu nedenle bu üyenin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir (Bu kararlar için dipnot 30’a bakınız). Ayrıca bakınız Tanör, Bülent, *Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD Yay., 1997 s. 171- 172.

Buna karşılık AİHM, Hakan Önen/Türkiye, kabul edilmezlik kararında tamamen farklı bir sonuca ulaşmıştır (Başvuru No.32860/96). Bu kararda AİHM, Genelkurmay Askeri Mahkeme’nin üyelerinin atama ve terfilerinin, Askeri Yargıtay’a ilişkin 357 sayılı kanun (Askeri Hakimler Kanunu ÇN) ile söz edilen askeri mahkemelerin oluşumuna ilişkin 353 sayılı kanununa göre gerçekleştiğini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin olarak verilen (25 Mayıs 2000 tarihli Yavuz ve diğerleri-Türkiye kararı) kararda belirtildiği üzere askeri hakimlerin atama şekilleri ve görevleri süresince sağlanan güvencelerin, AİHS’nin 6 § 1 maddesi uyarınca herhangi bir ihlale neden olmadığı belirtilmiştir. Bu kararın resmi olmayan tercümesi için Adalet Bakanlığı web sitesi “İnsan Hakları Bilgi Bankası”na bakınız.

⁵⁴ TSK İHK m. 6 ve As. CK m. 12

b. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre

Anayasa Mahkemesi, askeri hakim subaylar hakkında sıralı sicil üstlerince not takdir edilmesinin Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesi nedeniyle baktığı bir davada, “askerlik mesleğinin gerekleri” esasının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatının elverdiği ölçüler içerisinde nazara alınmasının zorunlu olduğunu kabul etmiş, fakat hakim subaylar hakkında subay sicil belgesi düzenlenmesinin hakim bağımsızlığına aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.⁵⁵ Halbuki Yüksek Mahkeme, 1974 yılında verdiği bir kararında Askeri Yargıtay üyeleri, daire başkanları, İkinci Başkan ve Başkan için sıralı sicil üstlerinin öngörülmüş olmasını yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatına aykırı bulmuştu.⁵⁶ 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. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihadının,

⁵⁵ Yüksek Mahkeme’ye göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik 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, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gerekleri ilkelerinin bir arada ve birbirleriyle uzlaştırılmak suretiyle yapılacak bir düzenlemenin Anayasa’ya en uygun çözüm biçimi olacağına kuşku yoktur. Ancak böyle bir uzlaştırma ve bağdaştırmanın olanaksız bulunması durumunda “askerlik hizmetinin gerekleri” esasının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik 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 hâkimler de askerliğin bu kurallarına ve onu ayakta tutan disipline uymak zorundadırlar. Askeri hâkimler sıfat ve statülerinin gereği olarak hâkimlikle beraber subaylık kimliklerini de özenle korumak ve kollamak zorundadırlar. Askeri hâkimlerin 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) .

⁵⁶ AYMK, 10.1.1974 tarih ve E.1972/49, K.1974/1 (RG. 24.6.1974-14925)

AIHM kararları göz önünde bulundurularak, değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

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." hükmünün iptaline ilişkin olarak verdiği kararda, askerlik hizmetinin gereklerinin yargı hizmeti yönünden mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ilkelerinden önce geldiğinin düşünölemeyeceğini, bu nedene dayanılarak mahkemelerin bağımsızlığının ve hakimlik teminatının zedelenmesine izin verilemeyeceğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre: "askerlik hizmetinin gerekleri" kavramı, "...askerliğe ilişkin yerleşmiş gelenek ve göreneklerle kurulmuş olan ve özü "disiplin"e dayanan bir düzenin sürdürölmesi için gerekli görölün bir ilke..."dir.⁵⁷

Diğer taraftan Anayasa'yla; "...Yargı fonksiyonunun doğrudan doğruya adaletin gerçekleştirilmesi amacına yönelik niteliğı ve hukuki uyumsuzlukları kesin olarak çözme özelliğı, bu fonksiyonu yerine getiren devlet organlarının da daha güvenceli hale getirilmesini zorunlu kılmış böylece yargı organının, yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızlığı ilkesi kabul edilirken yargı fonksiyonunu yerine getiren hakimlerin de diğer kamu görevlilerinden daha güvenceli bir statüye kavuşturulmaları benimsenmiştir. Hakimlik güvencesi, yargılama görevinin her türlü baskıdan uzak olarak yerine getirilmesi amacını güder. Bu güvence yargıca sağlanmış bir ayrıcalık olmayıp, yargı görevinin gereğıdir. Yargı bağımsızlığı hakimlerin görevleri dışında özlük haklarıyla ilgili kişisel bağımsızlığa da kavuşturulmalarını gerektirir."

Anayasada yer alan "...mahkemelerin bağımsızlığı", "hâkimlik teminatı" ve "askerlik hizmetlerinin gerekleri" ilkelerinin yaşama geçirilmesi, bunların bir arada ve birbirleriyle uzlaştırılması suretiyle yapılacak bir düzenlemeyle mümkün olabilir. Böyle bir uzlaşma ve bağdaştırmanın olanaksız bulunması durumunda ise "askerlik hizmetlerinin gerekleri" esasının, "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hâkimlik teminatı" ilkelerinin elverdiği ölçüler içinde dikkate alınması zorunlu olacaktır. Diğer bir deyişle, "askerlik hizmet-

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 7.02.2007 tarih ve E. 2005/61, K. 2007/17 sayılı iptal kararı. Bu Karar 28.06.2007 tarihli ve 26566 sayılı RG de yayımlanmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 12.05.2004 tarihli ve E. 2003/57, K. 2004/57 sayılı İptal Kararı. Bu karar 29.07.2004 tarihli ve 25537 sayılı RG de yayımlanmıştır.

lerinin gerekleri" ancak askeri yargının bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi, dayanağı olan hâkimlik teminatına dokunmadığı sürece söz konusu olabilir."

"Belirtilen bu açıklamalar ışığında, askeri hâkimlerin subay statüsünde asker kişi olmalarından kaynaklanan yargı hizmeti dışındaki ilişkilerinin "askerlik hizmetlerinin gerekleri"ne göre kanunla düzenleneceği doğaldır ve esasen 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun Ek 10. maddesi ile 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun ilgili hükümleri bu doğrultuda kurallar öngörmüşdür. Askeri hâkimlerin "özlük işleri" kapsamına giren ve hâkimlik görevinin ifası nedeniyle verilen ödenek, ek gösterge, tazminat gibi ödeme kalemlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ile doğrudan bağlantısı nedeniyle, genel adli yargıya paralel biçimde düzenlenmesi anılan anayasal kuralların doğal gereğidir."

"Askeri hakim sınıfı subaylara, diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi hakimlik görevinin gereğidir. Görev tazminatı, hakimlik görevinin niteliği ve özelliği göz önünde bulundurularak saptandığına 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 Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır."⁵⁸

Yüksek Mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı'na "general/amiral rütbesinde olmaması halinde daha düşük gösterge karşılığı "Yüksek Hakimlik Tazminatı" ödeneceği şeklinde bir sınırlama getiren 23.1.1987 günlü 270 sayılı Yüksek Hakimlik Tazminatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesinin (A) fıkrasının, 20.3.1997 günlü ve 570 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen cetvelin (1) numaralı sırasında yer alan "... (General- Amiral rütbesinde olmak şartıyla)" ibaresi ile

⁵⁸ AYMK, 12.5.2004 tarih ve E. 2003/57, K. 2004/57 sayılı (RG, 29.7.2004- 25537)

(2) numaralı sırasında yer alan “...Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı,...” ibaresinin iptali istemiyle açılan dava üzerine vermiş olduğu iptal kararının gerekçesinde de benzeri gerekçelere yer vermiştir.⁵⁹

Mahkemeye göre; Anayasa’nın 145., 156. ve 157. maddelerinde “ortak” bir unsur olarak yer alan, adli ve idari yargı yanında Anayasa’da ayrıca bir askeri yargı sisteminin kabulünü gerekli kılan askerlik hizmetlerinin gerekleri, askerliğe ilişkin yerleşmiş gelenek ve göreneklerle kurulmuş olan ve özü “disiplin”e dayanan bir düzenin sürdürülmesi için gerekli görülen bir ilkedir.

Şu halde askeri mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması için, “askerlik hizmetinin gerekleri” kavramına anayasada yer verilmesi, fakat bu ilke esas alınarak düzenlenebilecek hususların sayılmak suretiyle gösterilmesi gereklidir. Bu bağlamda “askerlik hizmetinin gerekleri”nin soyut bir kavram oluşu ve ancak askeri yargı alanında yapılacak yasal düzenlemelerle somut bir anlam kazanacağı göz önünde bulundurulmalı; buna göre düzenlenebilecek hususlar sayılarak gösterilmeli, ayrıca söz konusu ilkenin “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakimlik teminatı” ilkelerini zedeleyecek biçimde yorumlanamayacağı özellikle vurgulanmalıdır.

Bu bakımdan TBB Anayasa Önerisi’nde askerlik hizmetinin gereklerine göre yapılacak yasa düzenlemelerinin “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesini etkisiz kılmamak” koşuluna bağlanması olumlu bulunmakla birlikte, söz konusu ilkelerin hangi hallerde etkisiz hale geleceği konusunda bugün yaşanan tereddütleri giderecek nitelikte görülmemiştir.

Buna karşılık Özbudun önerisinde, askerlik hizmetinin gereklerine yer verilmemiş olmasına rağmen, başka maddelerde bu ilkeye göre düzenleme yapılmasına imkan sağlayacak biçimde hükümlere yer verilmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı ilkeleri açısından son derece sakıncalı bulunmuştur.

2. Askeri Mahkemelerin Görevi Açısından

1982 Anayasası’nın, asker olmayan kişilerin belli suçları bakımından askeri mahkemede yargılanmalarını kabul ettiği ve bunu özel

⁵⁹ AYMK, 7.2.2007 tarihli ve E. 2005/61, K. 2007/17 sayılı (RG, 28.6.2007-26566).

olarak düzenlediği yukarıda açıklanmıştı. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alınarak 353 sayılı kanunda 5530 sayılı kanunla değişiklik yapıldığına ve sivillerin askeri mahkemede yargılanmalarının, asker kişilerle iştirak halinde işlenen askeri suçlarla sınırlandırıldığına da işaret edilmişti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sivillerin askeri mahkemede yargılanmaları, her ne şekilde olursa olsun, tabii hakim ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle barış döneminde, asker olmayan kişilerin, askeri mahkemede yargılanmalarını düzenleyen Anayasa'nın 145. maddesinin ikinci fıkrasına benzer bir hükme yeni anayasada yer verilmemesi ve yasa düzenlemelerinin bu doğrultuda yapılması yerinde olacaktır.

Buna karşılık incelenen önerilerde, askeri mahkemelerin görevlerinin, sadece asker kişilerin askeri suçlarıyla sınırlandırılmasında isabet bulunmadığı kanaatindeyiz.

Özbudun önerisinde bu sınırlama, *"asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlara ait davalar"* şeklinde ifade edilmiştir. TBB önerisinde ise, *"asker kişilerin salt askeri nitelikli davaları"* ibaresine yer verilmiştir.

Yargıya ilişkin genel gerekçeler ile madde gerekçeleri incelendiğinde, her iki önerideki göreve ilişkin sınırlamanın, iki ayrı konuda duyulan endişeden kaynaklandığı sonucuna varılmaktadır. Bunlardan ilki, asker olmayan kişilerin askeri mahkemede yargılanmalarının tabii hakim ilkesine aykırı bulunmasıdır. Endişe duyulmasının ikinci nedeni ise, askeri mahkemelerin bağımsız olmadıkları hususunda öğretilerde ileri sürülen görüşler ile yargı kararlarıdır. Bu endişelerin ortadan kaldırılması, sivil kişilerin askeri mahkemede yargılanmalarına son verilmesi ve askeri mahkemelerin bağımsız bir görünüme kavuşturulmasıyla mümkündür. Yargı bağımsızlığının sağlanması sadece siviller açısından değil, asker kişiler açısından da önemlidir.

Ancak askeri yargıya duyulan ihtiyaç ve bu bağlamda askeri yargı organlarının varlık nedeni göz önünde bulundurulduğunda, doğal olan, asker kişilerin, sadece askeri suçları bakımından değil, bundan başka, asker kişiye karşı işlediği suçlar ile askeri mahalde işledikleri suçlar nedeniyle de askeri mahkemede yargılanmalarıdır. Bir başka ifadeyle asker kişilerin, söz konusu suçları bakımından askeri mahke-

mede yargılanmalarında tabii hakim ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Aksine, tabii hakim ilkesi, asker kişiler bakımından böyle bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu genel açıklamadan sonra önerilerdeki göreve ilişkin düzenlemeler üzerinde durmakta yarar vardır.

a. Özbudun Önerisinin Eleştirisi

Bu düzenlemeye göre, askeri mahkemelerin görevi, yalnızca, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askeri suçlarla sınırlı olacaktır. Bir başka anlatımla, asker kişinin, askerlik hizmet ve görevi dışında işlediği bir kısım askeri suçlar, bu mahkemelerin görevi dışında kalacaktır. Örnek: Er Mehmet'in eğitim ya da nöbet hizmeti sırasında amir ve üstlerine karşı işlediği hırsızlık, hakaret, yaralama, öldürme gibi suçlara ilişkin davalara askeri mahkemede bakılacaktır. Buna karşılık söz konusu suçlar aynı kişi tarafından mesai saatleri dışında, koğuştaki dinlenme sırasında veya yemekte işlenmişse, dava adli yargıda görülecektir. Ayrıca bu düzenleme, asker kişilerin, askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak kışla dışında işledikleri suçlara ilişkin davalara askeri yargıda bakılmasını gerektirirken, kışla içinde asker kişiler tarafından işlenen, fakat askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olmayan tüm suçları, askeri mahkemelerin görevi dışında bırakmaktadır. Halbuki askeri mahkemelere ihtiyaç duyulmasının sebeplerinin başında, suç işlenmesiyle bozulan askeri disiplinin yeniden tesisi gelmektedir. Bunun için yargılamanın kısa sürede ve adil bir şekilde sonuçlandırılarak suçluların cezalandırılması gerekmektedir.

Diğer taraftan asker kişilerin kışla içinde işledikleri suçların he-men tamamı, askeri disiplini temelinden sarsmaktadır; dolayısıyla asker kişiler tarafından askeri mahalde işlenen suçların askeri yargıda görülmesinde büyük yarar vardır. Ayrıca bu tür suçlara askeri yargıda bakılması, dolayısıyla hazırlık soruşturmasının askeri savcılar tarafından yapılması, delillerin toplanmasında kolaylık sağlayacağı gibi, yargılama sürecini de olumlu yönde etkileyecektir.

Önerideki düzenlemenin bir başka sakıncası, asker kişilerin, asker kişilere karşı işledikleri askeri suç niteliğinde olmayan suçları, askeri yargının görev alanı dışına çıkarmasıdır. Oysa bu tür suçlar da, askeri disiplini önemli derecede zedelemektedir. Dolayısıyla söz konusu suç-

lara ilişkin davalara askeri mahkemede bakılmasında askeri disiplin açısından önemli yararlar bulunduğu kanaatindeyiz. Aksi halde kışladaki olayları dışarıya taşımış oluruz ki bu durum, askeri disiplinin korunması bakımından sakıncalıdır.

b. TBB Önerisinin Eleştirisi

Öncelikle askeri mahkemelerin görev alanının, *“asker kişilerin salt askeri nitelikli suçlarıyla ilgili davalarına bakar.”* şeklinde düzenlemesi yeterli açıklıkta değildir. Özellikle *“asker kişilerin salt askeri nitelikli suçları”* kavramı pek çok tartışmayı da beraberinde getirecektir. Salt sözcüğü, sözlük anlamıyla *“yalnız, tek”*, *“katkısız”* anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla *“salt askeri nitelikli suç”* terimiyle sırf askeri suçlar mı kastedilmektedir? Yoksa bu terim, Askeri Ceza Kanunu’nun atıf yoluyla cezalandırdığı askeri suçları da kapsamakta mıdır? Bu konuda madde metninde ve gerekçesinde tam bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla beraber, askeri yargıyla ilgili olarak yapılan genel açıklamalardan bu düzenlemeyle, askeri mahkemelerin görev alanının, asker kişilerin işledikleri *“askeri suçlarla”* sınırlandırılmak istendiği sonucuna varılmaktadır. Ancak bu düzenleme, askeri mahalde işlenen, fakat askeri suç niteliğinde olmayan suçlarla, askeri hizmet ve görevle ilgili olan, buna karşılık askeri nitelik taşımayan suçların askeri mahkemelerin görevi dışında kalması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle askeri mahkemelerin görevlerinin bu şekilde belirlenmiş olması, bu mahkemelerden beklenen yargı fonksiyonunun gereği gibi yerine getirilmesine engel teşkil edecektir.

Buna karşılık öneride, savaş halinde askeri mahkemelerin görev ve yetkisinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiş olması son derecede yerinde bulunmuştur. Böylece Özbudun önerisindeki eksiklik giderilmiş olmaktadır.

3. Askeri Yargıtay Açısından

Bugün için, üyelerin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi ayrık tutulacak olursa, Anayasada yer alan, Askeri Yargıtay’ın kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümler açısından önemli bir sorun bulunmamaktadır.

Askeri Yargıtay, 1982 Anayasası'nda yüksek mahkemeler arasında düzenlenmiştir. Önerilerde de Askeri Yargıtayın kuruluşu ve işleyişinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca Askeri Yargıtay üyelerinin birinci sınıf askeri hâkimler arasından Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçileceği de hüküm altına alınmıştır. Böylece Askeri Yargıtay'ın kuruluşunda *“bağımsızlık” ve “tarafsızlık”* ilkeleri korunmuştur.

Askeri Yargıtay'la ilgili önerilerdeki diğer hükümler, hem kendi aralarında hem de 1982 Anayasası'yla büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.

Ancak bu düzenlemelere bazı noktalarda iştirak etmediğimizi belirtelim.

a. TBB önerisinde, *“Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerden verilen kararların son inceleme yeridir.”* denilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, *“karar”* ibaresini esas almakla birlikte (m. 33- 35), *“hüküm”* kavramına ayrı bir anlam vererek ayrıca düzenlemiştir (m. 223). Bu nedenle madde metnindeki *“kararların”* sözcüğü, *“karar ve hükümlerin”* şeklinde değiştirilmelidir.

b. Askeri Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı suçlar; 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nun 37 ve 38. maddeleri ile 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 33. maddesinde gösterilmiş olup yargı alanı, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinin *“askeri yargıya tabi şahsi suçları”* ile sınırlıdır. Bu düzenleme askeri yargının görev alanını belirleyen TBB önerisinin 158. maddesi hükmüne aykırı olmadığından, 1982 Anayasası'ndaki *“belli davalarına”* şeklindeki ibarenin *“salt askeri nitelikli davalarına”* şeklinde değiştirilmesine gerek yoktur.

c. Anayasa Mahkemesi ve Yüce Divan'a Askeri Yargıtay'dan üye seçilmesi.

Özbudun önerisinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir kısmının, Yüce Divan üyelerinin ise tamamının yüksek mahkeme üyeleri arasından seçileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'ne Sayıştay'dan üye seçilmesi kabul edildiği halde, Askeri Yargıtay üyeleri bunun dışında bırakılmıştır.

Yüce Divan ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı'nın başkanlığı altında Yargıtay ceza daireleri üyeleri arasından seçilen beş üye ile Anayasa Mahkemesi üyelerinin kendi aralarından seçecekleri beş üye olmak üzere onbir kişiden oluşmaktadır.

Askeri Yargıtay üyeleri, kendi çok özel alanlarında uzmanlaşmış oldukları gibi ceza hukuku uygulayıcısı olmaları sebebiyle de bu alanda da büyük deneyim kazanmış kimselerdir.

Diğer taraftan Askeri Yargıtay, Türk Ceza Kanunu'nun ve uygulamasını yaptığı diğer yasa ve düzenlemelerle ilgili olarak içtihat yaratma yetkisine sahip, ceza yargılamasına ilişkin çok önemli konularda emsallerine öncülük etmiş bir kurumdur.

Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında hukuk fakültesi mezunu olmayanların da bulunabileceği göz önüne alındığında, Yüce Divan'ın oluşumunda Askeri Yargıtay üyelerine yer verilmemesinin nedeni anlaşılamamaktadır. Aynı şey Anayasa Mahkemesi üyeliği için de geçerlidir. Bu yüksek mahkemeye Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay'ın üye göndermesi kabul edilirken, Askeri Yargıtay üyelerinin bunun dışında tutulmasının sebebinin, hukuki olmaktan daha çok siyasi olduğu akla gelmektedir.

TBB Önerisinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinden birinin Askeri Yargıtay üyeleri arasından seçilmesi öngörülmüş ve böylece 1982 Anayasası'nın bu konudaki düzenlemesi aynen korunmuştur. Bu öneride Yüce Divan ayrı bir yüksek mahkeme olarak düşünülmemiş, bu sıfat, Yargıtay ceza dairelerinin en kıdemli başkanının başkanlığında, en kıdemli dört başkanından oluşan kurula verilmiştir. Yüce Divan'ın bu oluşum biçimi dikkate alındığında, kurulda Askeri Yargıtay üyelerine yer verilmemiş olması da doğaldır.

Sonuç itibarıyla Anayasa önerilerinde Askeri Yargıtay, askeri bir kurum olarak düşünülmüştür. Bu bağlamda Başkan ve üyelerinin rütbe sahibi oldukları kabul edilerek Askeri Yargıtay Başkanı, Askeri Yargıtay Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanlarının rütbe ve kıdem sıralarına göre atanacakları belirtilmiştir. Aslında bugüne kadar askeri kimliğini muhafaza eden Askeri Yargıtay'ın, yeni Anayasada bu şekilde düzenlenmesinde yadırganacak bir durum yoktur. Askeri Yargıtay'ın kendi alanında görevini bu güne kadar olduğu gibi, bundan sonra da en iyi şekilde yapacağı hususunda tereddüde düşülmemelidir.

Durum böyle olmakla beraber Askeri Yargıtay'ın sivil bir yüksek mahkeme olarak yapılanması mümkün olamaz mı?

Kanaatimizce böyle bir düzenleme, yargı bağımsızlığına ve hukuk devleti ilkesine daha uygun düşecektir. Şöyle ki;

Bugün için Askeri Yargıtay üyelerinin askerlik mesleği ile ilişkileri, subay statüsünde olmaları ve üniforma taşımaları nedeniyle, TSK İç Hizmet Kanunu'nun getirdiği yükümlülüklerden ibarettir. Ayrıca subay olmaları nedeniyle askeri mevzuatın kendilerine tanıdığı hak ve menfaatlerden de yararlanmaktadırlar.

TSK İç Hizmet Kanunu'ndaki yükümlülükler, üyeler bakımından sadece astlık- üstlük ilişkisiyle sınırlıdır.

Subayların rütbe terfi ve esasları TSK Personel Kanunu'nun 38- 44. maddelerinde, general ve amiral terfileri ise 47 ve 54. maddelerinde düzenlenmiştir.

Askeri Yargıtay üyelerinin rütbe terfi esas ve şartları ise 357 sayılı kanunun Ek 5. maddesinin C ve E bentlerinde gösterilmiştir. Üyeler hakkında idari ve mesleki sicil düzenlenemediğinden, bunların rütbe yükselmeleri, bekleme süreleri sonunda, söz konusu hükümlere göre, fakat üyelikten önceki sicillerine göre yapılmaktadır.

Ancak 926 sayılı TSK Personel Kanununu hükümlerine göre albayların general- amiral rütbesine yükselmeleri ile general- amirallerin bir üst rütbeye yükselmeleri ve emekliye ayrılmaları Yüksek Askeri Şura Kararı ile mümkündür. Askeri Yargıtay üyesi hakim albayların general-amiral rütbesine yükselmeleri ile bu rütbeye yükselenlerin emeklilikleri de aynı usule göre yapılmaktadır (357/Ek m.5/C). Bir başka ifadeyle general-amiral rütbesine yükselmek için üyenin sicil notunun yüksek olması yeterli olmayıp ayrıca Yüksek Askeri Şura'nın bu konuda karar vermesi gerekmektedir. Yani bu konuda idarenin takdir hakkı bulunmaktadır.⁶⁰ Rütbe bekleme süresini tamamlamış olan general-

⁶⁰ 357 sayılı kanunda Askeri Yargıtay Başkanı'nın kadrosu tümgeneral/tümamiral, Başsavcısı ve İkinci Başkanı'nın kadroları ise tuğgeneral/tuğamiral olarak gösterilmesine ve o tarihte bekleme süresini doldurmuş üye bulunmasına rağmen, İkinci Başkanlığa 1994 tarihinden itibaren, Başsavcılığa da 2003 yılından itibaren günümüze kadar general rütbesinde atama yapılmamıştır. Bir başka ifadeyle bu makamlara, rütbe ve kıdem sırası esas alınarak albaylar getirilmiştir. Bütün bunlar askerlik mesleğinin gereklerine uygundur, fakat mahkemelerin bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.

amirallerin aynı rütbede bir yıl daha hizmete devam edebilmeleri de Yüksek Askeri Şura kararına bağlıdır.⁶¹ Ayrıca albaylıktan generalliğe yükselen üyelerin emeklilik yaş sınırı da değişmektedir (5434/m. 40). Buna karşılık general-amiral rütbesine yükselen bir üyenin, albayın emeklilik yaş sınırı olan 60 yaşını doldurmadan önce Yüksek Askeri Şura kararı ile emekli edilmesi mümkün bulunmaktadır. Uygulamada bunun örneklerine rastlanılmaktadır.

Askeri Yargıtay'ın askeri niteliğinin, hakimlik mesleği ile bağdaşmayan yönlerini aşağıdaki başlıklar altında özetlemek mümkündür.

a. Üyelerin rütbe yükselmeleri ve kıdem sıraları, üyelik öncesi alınan sicile göre yapıldığından, üyelikte gösterilen başarı ve liyakat değerlendirme dışı bırakılmaktadır.

b. Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan ve daire başkanlarının rütbe ve askerlik kıdemi esas alınarak idare tarafından atanmaları, hakimlik mesleğinin değil, aksine, askerlik mesleğinin gereklerinden biridir. Görünüm bakımından mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırıdır.

c. Askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmaları ile rütbe yükselmeleri farklı koşullara tabi tutulduğundan, mesleki yönden yetenekli ve başarılı bir hakimin, seçilme hakkını kazandığı rütbenin ilk yıllarında Askeri Yargıtay'a üye seçilmesi mümkündür. Ancak kıdemli albay rütbesinde bulunan bir askeri hakim subayın üye seçilmesine de yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda bir yıllık Askeri Yargıtay üyesi olan albay, altı yıl üyelik yapmış olan bir yarbaydan önce Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan veya daire başkanı olarak atanabilecektir. Bunu bir örnekle açıklayalım. Askeri hakim (A), askeri hakim (B) den askerlik kıdemi bakımından iki yıl öndedir. Bu nedenle (A), (B) den iki yıl önce yarbaylığa yükselmiştir. Ancak (B), bugünkü mevzuata göre yarbaylığın ilk yılında askeri Yargıtaya üye seçilmiş, (A) ise, aradan altı yıl geçtikten sonra kıdemli albay iken üye seçilmiştir. (A) nın üye seçildiği yıl, daire başkanlığı istifa nedeniyle boşalmıştır. Bu durumda daha kıdemli başka üye yoksa, çok daha uzun süre üyelik yapmış olan (B) değil, rütbe itibarıyla kıdemli olan (A) daire başkanlığına atanacak-

⁶¹ Hizmet süresinin uzatılmasını düzenleyen 357 sayılı kanunun Ek 5. maddesinin D bendinin ilk paragrafı şöyledir. "Rütbe bekleme süresi sonunda terfi edemeyen general-amiraller hakkında 926 sayılı Türk silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49 uncu maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, Genelkurmay Başkanının teklifi ve Yüksek Askeri Şuranın üçte iki çoğunluğunun kararı ile bir yıl daha aynı rütbede hizmete devam edebilirler."

tır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Askeri hakimlik mesleğine değişik kaynaklardan (357 sayılı kanunun 2. maddesine göre altı ayrı kaynaktan) personel temin edildiği dikkate alındığında benzeri durumlarla karşılaşmak kaçınılmazdır.

d. Bir başka sorun Askeri Yargıtay'ın temsiliyle ilgilidir.

Askeri Yargıtay'ı, diğer yüksek mahkemelerde olduğu gibi, Başkan temsil etmektedir (As.YK m. 17/1). Ancak Askeri Yargıtay Başkan, Başsavcı, daire başkanları ve üyeleri asker kişi olmaları sebebiyle askeri protokol kurallarına tabidirler.⁶² Halbuki diğer yüksek mahkeme başkanları, devlet protokolünde altı, yedi ve sekizinci sıralarda yer almaktadırlar. Bunların kendi aralarında şöyle sıralanmaktadır: Anayasa Mahkemesi Başkanı, Yargıtay Birinci Başkanı ve Danıştay Başkanı. Askeri Yargıtay Başkanı'nun, bu sıfatla protokolde yeri yoktur.

Askerlerin protokol sırası ise, sahip oldukları rütbeye göre belirlenmektedir. Bugün için Askeri Yargıtay Başkanı tuğgeneral rütbesindedir. Devlet Protokol listesinde tuğgeneraller/tuğamiraller, Devlet Denetleme Kurulu üyelerinden sonra 67. sırada yer almışlardır.⁶³ Bu durum Askeri Yargıtay'ın temsili açısından, eşitleri karşısında farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmasına neden olmaktadır.

Bu nedenle Askeri Yargıtay üyeliğine seçilenlerin, Anayasa Mahkemesi'ne seçilen Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinde olduğu gibi, Silahlı Kuvvetlerle ilişkisinin kesilip sivil olarak üyelik görevini yürütmesi ve böylece Askeri Yargıtay'ın sivil bir görünüm kazanmasının, Silahlı Kuvvetler'in yapısı ve disiplin açısından sakınca yaratmayacağını düşünüyoruz.

Dokuzuncu Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda belirtilen düşünceler ve varılan sonuçlar, böyle bir düzenleme yapılmasının gereğini ortaya koymaktadır.

⁶² As.YK m. 43; "Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri askeri protokol şartlarına tabi olurlar." şeklindedir.

⁶³ TC Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü'nün TBMM Başkanlığı'na yazdığı 26.10.1999 tarihli yazılarına göre Başbakanlık tarafından hazırlanan ve Cumhurbaşkanınca da uygun görülen Devlet Protokol Listesi'nde; Anayasa Mahkemesi Başkanı 6. sırada, Yargıtay Birinci Başkanı ve Danıştay Başkanı 7 ve 8. sıralarda, Sayıştay Başkanı 21. sırada, Yargıtay ve Danıştay Başsavcıları 22 ve 23. sıralarda yer almışlardır.

Dokuzuncu Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda, "Askerî yargıda hâkimlerin rütbe esasına ve idarî sicil sistemine göre çalıştırılması, doğal hâkim, yargı bağımsızlığı ve özellikle hâkimlik güvencesi ilkelerine aykırıdır"⁶⁴ saptamasından sonra, Plana yansıtılması gereken hususlar, yapılması gereken yasal düzenlemeler ve oluşturulması düşünülen kurumlar Raporun değişik bölümlerinde ele alınmıştır.

Bu çerçevede yapılması gereken düzenlemelerle ilgili olarak; "yargı organlarının tam bağımsız ve tarafsız hale getirilmesine yönelik olarak gerekli tüm hukuksal ve kurumsal düzenlemeler yapılacaktır.

Askerî ceza mahkemelerinde hâkimlik görevi için, sadece hukuk fakültesi mezunlarının atanabilmesini öngören yasal değişiklikler yapılacaktır.

Askerî disiplin mahkemelerinin mahkeme olma niteliği kaldırılarak, disiplin kovuşturması ve yargılaması yapan askeri kurullara dönüştürülmesi sağlanacaktır." denilmiştir.⁶⁵

Öte yandan ayrı bir askeri yargı sistemine sahip olan AB üyesi ülkelerde, bu tür yargı organlarında ya sivil hakimlerin görevlendirildiği ya da hakimlerin sivil olarak görev yaptıkları, özellikle Askeri Temyiz Mahkemesi kuruluşunun sivilleştirildiği görülmektedir. Bugün için

⁶⁴ Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007- 2013) Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu s. 22.

⁶⁵ Raporun "Temel Amaç ve Politikalar ile Öncelik ve Tedbirlerin Gelişme Eksenleri Bazında Tasnifi (Matris I-II)" başlıklı bölümünde askeri yargı ve askeri hakimlik mesleği ile ilgili olarak şu değerlendirmeler yapılmıştır (Rapor s. 72- 75).

"1-Askerî hâkim ve Savcılara özgü bağımsız ve özerk çalışan Askerî Yargı Yüksek Kurulu'nun kurulması;

2- Askerî mahkemelerin kuruluşu, oluşumu ve işleyişinde, yargı bağımsızlığı, teminatı ve yansızlığına gölge düşmesini önleyecek kurumsal düzenlemelere gidilmesi;

3- Askeri disiplin mahkemelerinin kaldırılarak, görev ve yetkilerinin Askeri Ceza Mahkemelerine devredilmesi

4- Askerî mahkeme binalarının askeri hizmet alanları dışına çıkarılması suretiyle, ilgili-lerin rahatlıkla girebilecekleri ve duruşmaları takip edebilecekleri fiziksel mekânların düzenlenmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınması;

5-Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde subay üyelerin yer almasının önüne geçilerek hâkim sınıfından üyelere yer verilmesi,

6- Askerî mahkemelerde subay üyelerin çıkarılarak, sadece hâkim sınıfından üyelerin görevlendirilmesi;

7- Askerî Disiplin Âmirliklerinin kararlarına karşı yolunun açılması.

Ayrıca Askerî Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bütçesinin Milli Savunma Bakanlığı bütçesi içinde çıkarılarak Yargıtay ve Danıştay bütçelerinde olduğu gibi ayrı bütçelerinin olması."

Hollanda, İtalya ve İspanya, Macaristan, Romanya ve Yunanistan'da bu gerçekleştirilmiş bulunmaktadır.

Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, Milli Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda bulunan Askeri Yargıtay'ın, Milli Savunma Bakanlığı teşkilatından çıkarılarak, Yargıtay gibi bağımsız sivil bir yüksek mahkeme olarak düzenlenmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine daha uygun düşecektir. Böyle bir düzenleme yapıldığı takdirde, hem AB müktesebatına uygunluk sağlanacak hem Askeri Yargıtay'ın çalışma usulü hakimlik mesleğinin gereklerine göre düzenlenebilecek hem de Askeri Yargıtay'ın temsilinde karşılaşılan sorunlar ortadan kalkacaktır. Çünkü böylece Askeri Yargıtay'ın diğer yüksek mahkemelerle aynı statüde olması sağlanmış olacaktır.

VI. SONUÇ

Sonuç olarak, yeni Anayasada askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişinin sadece mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesi ilkelerine göre düzenlenmesi; buna karşılık askerlik hizmetinin gereklerine, başka türlü düzenleme imkanı olmayan ve askeri disiplin ve hiyerarşinin zorunlu kıldığı durumlarda yer verilmesi, bağımsızlık konusundaki tartışmaları sona erdirirken toplumda adalete ve bu bağlamda askeri yargıya olan güven ve inancın yerleşip pekişmesini sağlayacaktır.

Askeri Yargıtay'ın eşitleri gibi düzenlenmesi ise, sivil ve bağımsız bir görünüm kazanmasında, özellikle de temsil edilmesindeki sorunların ortadan kalkmasında etkili olacaktır.