



EVRENSEL HUKUK ÖLÇEĞİNDE
ASKERİ YARGI SORUNU
VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Hazırlayanlar

Ahmet Faruk ÜNSAL (MAZLUMDER Gen. Başkanı)

Av. Şerife Gül ARIMAN (MAZLUMDER Gen. Sek. Yrd.)

Av. Sezgin TUNÇ (MAZLUMDER GYK Üyesi)

Av. Mahir ORAK (MAZLUMDER Üyesi)

01.12.2013 tarihi itibari ile güncellenmiştir.

İÇİNDEKİLER:

RAPORUN AMACI	3
GİRİŞ	4
1. ASKERİ MAHKEMELER	6
a. Askeri Mahkemelerin kuruluşu	7
b. Askeri Mahkemelerin görevleri	10
c. Askeri Mahkemelerin Yargılama Usulleri	12
d. Askeri Mahkemelerin Bağımsızlığı	14
2. ASKERİ HAKİM VE SAVCILAR.....	16
a. Askeri Hakim ve Savcıların Seçim Usulü	16
b. Askeri Hakim ve Savcıların Sicilleri, Özlük Hakları ve Askeri Hiyerarşi İçindeki Yerleri.....	19
c. Askeri hakim ve savcıların “hakim ve savcılık teminatı”	21
3. DEĞERLENDİRME	22
4. SONUÇ	24

RAPORUN AMACI

Çok başlı ve karmaşık yargı sistemimiz; emir komuta zincirinde boğulan askeri yargı, iş yükü altında boğulan adli yargı, halkı ile arasına duvarlar ören idari yargı olarak temelde üçe ayrılmıştır.

Yargının tam bağımsız ve halkın nezdinde güvenilir olması gerekliliği, esasını adalet sağlamak üzere var olmasından almaktadır. Toplumun yargı organlarına olan güveninin azalması; bireylerde adalet ve hakikat hissiyatının zayıflamasına sebep olur. Bu durum ise herkesin kendi adaletini kendi sağlamasının yolunu bir nevi meşrulaştırır. Hakikatin tecelli yeri olarak görülen mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması, yargıdaki çok başlılığın ve kafa karışıklığının giderilmesi gerekmektedir.

MAZLUMDER yargı sistemimizin her kolundaki sorunlara hak temelli olarak zaman zaman değinmiştir. Bu çalışmada ise Askeri Yargı'nın Anayasa'daki, mevzuattaki, pratikteki ve uluslararası hukuktaki yerlerini anlatmakta; sorunları tespit etmekte ve yargıyı, bağımsızlığına kavuşturmak için öneriler sunmaktadır.

GİRİŞ

Yargı kavramı 1921 Anayasası'nın hiçbir yerinde geçmemiş; 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda ise yargı hakkı ve yargı erki şeklinde kullanılmıştır. Yargı hakkının bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı, yargıçların bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsız olduklarına ilişkin maddeleri bulunmakla birlikte, hâkim teminatına ilişkin düzenlemeler 'yürütme organına bağlı yargı erkini' ortaya çıkarmıştır.

1961 Anayasası yargı alanına, ileride pek çok tartışmaya zemin olacak yenilikler getirmiştir.

Bu önemli yenilikleri maddeler halinde sıralayacak olursak:

- 138. Maddesi ile 'askeri yargı' kavramını yasallaştırmış;
- Hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak üzere 'Yüksek Hâkimler Kurulu' oluşturulmuş;
- Yasaların Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmak üzere 'Anayasa Mahkemesi' oluşturulmuş;
- 'Askeri Yargıtay' oluşturulmuştur.

1961 ve 1982 Anayasaları ile hâkimler ve mahkemeler üzerinde her türlü tesiri bertaraf edecek hükümler konmuş, mahkemelerin yürütme ve yasama organı karşısında tamamen bağımsız hale gelmesi ve hâkimlerin her türlü haklarının teminat altına alınması öngörülmüştür.¹ Tüm bunlar yargı bağımsızlığının ilkesel olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Askeri yargı, 1961 Anayasası'nın 138. Maddesi'yle ihdas edilerek "Anayasal Kurum" vasfını kazanmıştır. Askeri mahkemelerde görev yapacak olan üyelerin çoğunluğunun 'hâkimlik' niteliğine sahip olmaları bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir. 25.10.1963 tarihinde ise günümüzde halen geçerliliği devam eden '353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun' kabul edilmiştir. 1961 Anayasası'na paralel hükümleri içeren 353 Sayılı yasa 2012 yılında kısmen tadil edilmiştir.

1982 Anayasası'nda askeri mahkemelerin kuruluşu ile ilgili emredici bir hüküm bulunmadığından, yasa koyucu askeri mahkemelerin kuruluşunu istediği gibi düzenleyebilecek, hâkim sayısını ve niteliğini değiştirebilecektir.²

1971 Anayasa değişikliği ile Türk Hukuk Sistemi içerisinde yerini alan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi yapısı tümenden bir garabet örneği olarak 1982 Anayasası'nda anayasal bir kurum

¹ Türk Anayasa Hukuku, Ergun Özbudun , syf 357

² Almanak Türkiye 2005, Askeri Yargı, Ümit Kardeş syf: 53

haline gelmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi hukuki bir ihtiyacın ürünü olarak görülmemelidir.

Askeri yargıya ilişkin en eski kurum Askeri Yargıtay'dır. Askerî Yargıtay, 6 Nisan 1914 (24 Mart 1330) tarihinde 233 sayılı Geçici Kanunla, Divan-ı Temyiz-î Askerî adıyla "Divan-ı Harp"lerden verilen hükümleri temyizen incelemek üzere kurulmuştur. Askerî Yargıtay bugünkü adına ve modern yapısına 1961 Anayasası ile kavuşmuştur. 1961 Anayasası, Askerî Yargıtay'ı, diğer yüksek yargı organları ile birlikte, yüksek mahkemelerden biri olarak düzenlemiştir.³

7 Mayıs 2010 tarihinde 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile Anayasanın 145. Maddesinde değişikliğe gidilmiş ve asker olmayan kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmaları hususu savaş hali ile sınırlandırılmıştır.

İlgili düzenlemeye bağlı olarak 19 Haziran 2010 tarihinde Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yürürlüğe girmiş ve mezkur kanun askeri yargı mevzuatında kısmi olarak revizyon gerçekleşmiştir. Kanun ile gelen en önemli değişikliklerden biri, iş bu raporun birinci basımında önemli bir sorun olarak işaret ettiğimiz subay üye sorununun çözülmesidir. "Askerî mahkemeler, bu Kanunda aksi yazılı olmadıkça üç askeri hâkimden kurulur" şeklinde düzenlenerek subay üyenin yargılamaya katılması hususuna son verilmiştir.

11 Nisan 2013 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 2. Maddesi ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarının İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde yargılamanın iadesinin istenmesi yolu açılmıştır.

Yine Anayasa ile birlikte gelen önemli düzenlemelerden biri YAŞ Kararlarına karşı yargı yolunun açılmasıdır. 7 Mayıs 2010 tarihinde gelen değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 inci maddesinin ikinci fıkrasına "Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır." şeklindeki cümle eklenmiş ve dördüncü fıkrasının birinci cümlesi "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı

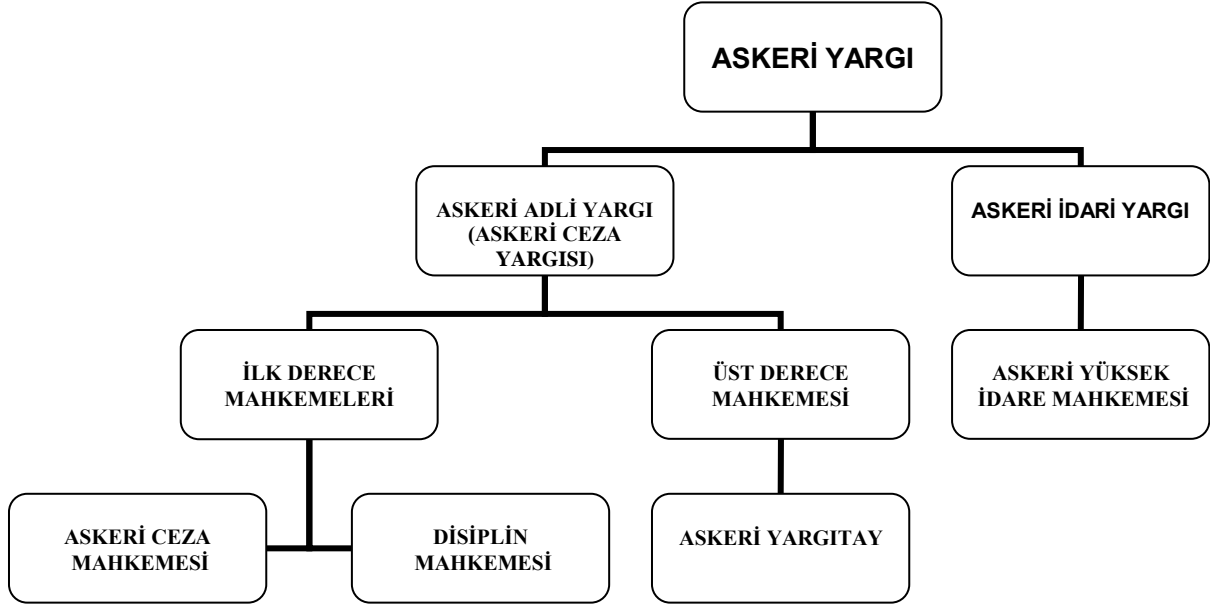
³ Askeri Yagıtayın Tarihçesi, <http://www.msb.gov.tr/Birimler/ASYAR/htm/tarihce.htm>

olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.” şeklinde değiştirilerek yıllarca süren bir mağduriyetin devam ettirilmesinin önü kapatılmıştır.

2013 yılında İl Özel Kanunu’nda yapılan bir değişiklik ile Emniyet Asayiş Yardımlaşma Protokolü (EMASYA Protokolü) kapsamında görevli olanların askeri yargıda yargılanmalarını sağlayacak şekilde düzenleme getirilmiştir. Mezkur durum sivil ve sosyal bir olaya Vali veya Bakanlar Kurulu emriyle Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin iç güvenliğe yönelik faaliyetleriyle müdahale etmeleri akabinde asker kişiler olması sebebi ile yargılamanın sivil mahkemeye değil, askeri mahkemeye taşınması neticesini doğuracaktır.

İş bu raporu ilk hazırladığımız 2010 yılında henüz Anayasal değişiklikler kaydedilmemiş olup, raporun güncellendiği bu tarihe kadar bir çok iyileştirmenin gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Tüm iyileşmelerle birlikte, Askeri Mahkemeler’de hâlihazırda devam eden yargılamalar adalete güveni temin edememekte ve gerçeği ortaya çıkarmaktan uzak kalmaktadır.

1. ASKERİ MAHKEMELER



Askeri yargının Anayasa'nın 138 vd. maddelerinde öngörülen yargı sistemi içerisinde, ayrı nevi şahsına münhasır bir yapıya sahip olduğu göze çarpmaktadır. Bu çıkarımı yapmamızı sağlayan başlıca iki sebep bulunmaktadır.

Bu sebeplerden birincisi, **Anayasa'nın düzenleniş biçimidir**. Bu düzenlemeye göre Anayasa üçüncü kısmının üçüncü bölümünde, "Yargı" başlığı ile düzenlenen ve 138. Madde ile başlayan bölümün klasik anayasal kurama göre "genel" nitelikte düzenlemeler yapması gerekirken; Anayasa, sivil adli ve idari mahkemeler için genel düzenlemeler yapma yolunu seçmiş, askeri mahkemeler için se 145. Maddede müstakil bir düzenleme yapmıştır.

Çıkarımımızı dayandırdığımız ikinci sebepten **yargı düzenimize** ilişkindir. Anayasa'nın yukarıda değindiğimiz düzenlemeleri ile getirmiş olduğu yargısal düzene göre, sivil mahkemeler adli ve idari mahkemeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Adli mahkemelerde şahıslara ilişkin yargılamalar yapılırken, idari mahkemelerde şahıslar ile devlet tüzel kişiliğini oluşturan idari merciler arasındaki ihtilaflar çözüme kavuşturulmaktadır. Mevzu bahis yargısal düzende şahısların statülerine göre ayırım yapılmayarak, herkes eşit şekilde bu yargısal düzene tabi tutulmuştur. Buna rağmen Anayasa asker kişiler söz konusu olduğunda, onları farklı bir kamu düzenine (bir iç ülke düzenine) tabi addederek, ayrı bir adli ve idari düzen öngörmüş (Anayasa m.145 ve 157) ve böylelikle askeri düzeni sivil düzenden tecrit ederek, kendi başına bir otonomiye, bağımsızlığa kavuşturmuştur.

Askeri Mahkemelerin kuruluşu, bu yönü ile ayrı bir düzen olarak ele alınmalı ve Anayasanın kendi içerisinde çelişkili bir görünüm arz eden düzeni bu açılardan değerlendirilmelidir.

a. ASKERİ MAHKEMELERİN KURULUŞU

Mevcut anayasal düzene göre Askeri Mahkemeler, adli ve idari askeri mahkemeler olarak başlıca iki yargı yoluna ayrılarak düzenlenmiştir.

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ

İdari yargısal yolda Anayasa, 157. Maddesi'yle Askeri Yüksek İdare Mahkemesini ilk ve son derece mahkemesi olarak düzenlemiştir. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmamaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, T.C. Anayasa'sının 157. Maddesi'nden hukuki dayanağını alan; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi ile birlikte altı Yüksek Mahkemeden biridir.⁴ Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî eylem ve işlemlerden doğan iptal ve tam yargı davalarına bakılır.

11 Nisan 2013 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 2. maddesi ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde verilen kararlar için yargılamanın iadesi yolu açılmıştır. 11 Nisan 2013 tarihine kadar AYİM tarafından verilen kararlar AİHM tarafından insan haklarını ve ana hürriyetleri korumaya dair uluslararası sözleşmelere aykırı bulunduğu askerler için bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmamakta idi. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde yargılamanın iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

ASKERİ ADLİ MAHKEMELER

Askeri Adli Mahkemeler kendi içinde iki dereceli bir sistem öngörülerek tasarlanmıştır. Anayasaya göre Askeri Adli Mahkemeler de ilk derece mahkemeleri olarak Askeri Disiplin

⁴ http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_menu.asp?IDNO=24 ve bkz Anayasa 157. md

Mahkemeleri, Askeri Ceza Mahkemeleri, Genelkurmay Mahkemesi ve üst derece mahkemesi olarak da Askeri Yargıtay'dan oluşmaktadır.

i. DİSİPLİN MAHKEMELERİ

İlk derece mahkemelerinden ilki Askeri Disiplin Mahkemeleridir. Disiplin Mahkemeleri 1961 ve 1982 Anayasalarımız tarafından öngörülmüş olan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, 16.6.1964 tarih ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları hakkında Kanun ile kurulmuştur. Kanununun 1. Maddesi'ne göre Disiplin Mahkemesi; tugay ve daha büyük kıt'a, karargâh ve askeri kurumlar ile Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilatında kurulur.

Kanununun 2'nci Maddesi'ne göre, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Disiplin mahkemesinde görev yapan subaylar aynı zamanda normal kıta görevlerini de sürdürürler. Disiplin Mahkemeleri asker kişilerin küçük askeri suçlarına bakmaktadır. Disiplin Mahkemelerindeki son düzenlemelerle üç subayın niteliğinde her hangi bir değişiklik gerçekleşmemiştir.

ii. ASKERİ CEZA MAHKEMELERİ

Askeri Ceza Mahkemesi, Türkiye'de Anayasanın 145. Maddesi'nde öngörülmüş, 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu ile kurulmuş ve düzenlenmiştir. Kanun sivil mahkemelerde uygulanan Ceza Muhakemeleri Kanununun Askeri Mahkemelerdeki benzeri olup genel itibari ile Askeri Ceza Kanununda öngörülmüş suçların işlenmesi halinde ceza yargılaması yapan mahkemelerde uygulanacak usul ve esasları tespit etmiştir. Hukuk yargılaması yapan bir mahkemeyi bünyesinde bulundurmeyen bu kanun, asker kişilerin şahsi ihtilafları ile ilgili yargılamaları, askeri ceza mahkemelerin yargı yetkisi dışında bırakmıştır. Kanuna göre "Askerî ceza yargısı askerî mahkemelerin askerî ceza yargısı alanındaki yargısal faaliyetleridir."⁵

• ASKERİ MAHKEMELERDE HİYERARŞİ SORUNU

353 sayılı Kanununun 1. Maddesi'ne göre "(Değişik birinci fıkra : 21/1/1981- 2376/1 md.) Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak askeri mahkemeler; kolordu, ordu, (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı teşkilatında, Milli Savunma Bakanlığınca kurulur." demektedir. İlgili maddeye göre mahkemelerin kuruluşunda askeri yapılanma dikkate alınmış, mahkemelerin yargı alanı "kolordu", "ordu" gibi askeri

⁵ Sahir Erman, *Askerî Ceza Hukuku*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1970, s.299-613.

birimler dikkate alınarak belirlenmiştir. Göze çarpan özellik ise askeri hiyerarşinin mahkemeye nasıl etki ettiği.

- **SAVCILIK ÜZERİNDEKİ VESAYET VE REFAKAT İLİŞKİSİ**

Askeri Mahkemelerin asli unsuru olan iddia makamını sivil yargıda olduğu gibi savcıların işgal ettiğini söylemek mümkündür. 353 sayılı Kanun, askeri mahkemelerin yargılaması içerisinde savcılarının da bulunduğunu belirtmiştir.

353 sayılı Kanununun 6. Madde'sine göre "Teşkilatında askeri mahkeme kurulan her kıta komutanı veya askeri kurum amirinin refakatinde bir askeri savcı ile yeteri kadar askeri savcı, yardımcı olarak bulunur." İddia Makamı olan savcılığın kuruluşunda ise madde metninden de anlaşılacağı üzere "kıta komutanlığı" ve eş değerdeki "askeri kurum amirliği" gözetilmiştir. Fakat burada göze çarpan husus şudur ki, iddia makamı gibi önemli bir makam kendi başına örgütlenmiş bir yapı niteliğinde değildir. Nasıl bir ilişkiyi anlattığı belirsiz bir kelime olan "refakatinde" kelimesi ile savcılıklar kıta komutanlıklarına veya kuruldukları kurumun amirine bağlanmışlardır.

Yukarıda değindiğimiz husus olan "refakat" meselesi hukuki bir terim olmadığı gibi tespit edebildiğimiz kadarı ile Askeri bir terim de değildir. Fakat kanununun 8. Maddesi ile savcılıkların kuruluşunu düzenleyen 6. Madde'si beraber değerlendirildiğinde "refakat" kelimesinin bir hiyerarşik kavram olduğu ortaya çıkmaktadır. Öyle ki 8. madde "Nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri bir suçun işlendiğini öğrendiklerinde refakatlerindeki askeri savcıya soruşturma açtırır ve yapılmakta olan soruşturma hakkında askeri savcıdan her zaman bilgi isteyebilirler." demektedir.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere Askeri Savcılık klasik manada bir savcılık(iddia) makamı vasfında kurulmayıp, yardımcı bir kurum niteliğindedir. Kıta Komutanı ve Kurum Amiri, sivil mahkemelerdeki Cumhuriyet Başsavcı vasfına haiz kişiler mesabesinde olmaktadır. Dolayısı ile idari birer makam olan, daha ötesi askeri makam olan komutanlık ve amirlik, karar mercii konumunda kabul edilip tamamen iddia faaliyetlerini başlatan, savcılık eli ile yürütülen yetkilere sahip kabul edilmişlerdir. Bu durumda mahkemelerde bağımsız yargılamanın en önemli ayaklarından biri olan Savcılıklar ile Askeri Savcılık olarak anılan birimlerin birbiri ile alakası olmayan iki ayrı husus olduğu ortaya çıkmaktadır. Askeri savcılık olarak anılan askeri birimlerin tabiri caizse yetkileri geniş birer kalem teşkilatı olmaktan öteye geçemedikleri görülmektedir.

b. ASKERİ MAHKEMELERİN GÖREVLERİ

Önceki başlıkta kuruluşunu inceldiğimiz askeri mahkemelerin görev alanları ile ilgili düzenlemeler, Anayasanın 145. Madde'si ve 353 sayılı Kanun'da yapılmıştır.

Anayasa 145. Maddesine göre;

(Değişik: 5982 - 7.5.2010 / m.15) Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde 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 görevli buldukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. İlgili kanun ve Anayasa ile karşılaştırıldığında Askeri Mahkemelerin görevleri aşağıdaki suçlarla sınırlanmıştır;

1. Asker kişiler tarafından işlenen askerî suçları (askerî suç, Askerî Ceza Kanununda düzenlenen suçlardır).
2. Asker kişilerin asker kişiler aleyhine işledikleri suçlar.
3. Askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar.

Bu üç madde beraber incelendiğinde, mahkemenin görev alanı belirlenirken temelde “asker kişi” dikkate alınmış ve mahkemenin görev alanı bu sıfat üzerine belirlenmiştir. Ayrıca 2010 tarihinde gelen değişiklikle “Askeri Mahal” ifadesi de metinden çıkarılmıştır.

353 sayılı Kanunun 10. Maddesi, “asker kişilerin” kimler olduğu hususunda açıklık getirmiştir. Burada da 2010 anayasa değişikliği ile asker kişi tanımının sınırlandırılmış olması isabetlidir. Mezkur düzenlemelere göre;

MADDE 10 - (Değişik: 1596 - 8.6.1972) Bu Kanunun uygulanmasında aşağıda yazılı olanlar **asker kişi sayılırlar**:

A) (Değişik: 5530 - 29.6.2006 / m.2 - Yürürlük m.64) Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askeri öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, (Ek ibare: 6191 - 10.3.2011 / m.10/4)“sözleşmeli erbaş ve erler,” erbaş ve erler,

B) Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece),

C) (...) Madde 10'un birinci fıkrasının C bendi, Anayasa Mahkemesi'nin 1.12.2012 tarih ve 28484 sayılı R.G.'de yayımlanan, 20.9.2012 T., 2012/45 E. ve 2012/125 K. sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

D) (...) Madde 10' un birinci fıkrasının D bendi, 6.3.2013 tarih ve 28579 sayılı R.G.'de yayımlanan, 27.12.2012 T., 2012/117 E. ve 2012/204 K. sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

E) Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar,

F) - (...) (Madde 10'un birinci fıkrasının F bendi, 5.7.2006 tarih ve 26219 sayılı R.G.'de yayımlanan Kanunun 62. maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.)

Buna göre kanunun uygulamasında şu kişiler “asker kişi” sayılırlar:

- a. Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askeri öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler,
- b. Yedek askerler (Askeri hizmette buldukları sürece),
- c. Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar,

Bu sayılanlar dışındaki herkes, kanun anlamında sivil kişi vasfındadır. Önceki düzenlemedeki Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler kapsamdan çıkarılmıştır.

- **ASKERİ MAHKEMELERDE SİVİL KİŞİLERİN YARGILANMASI SORUNU – EMASYA PROTOKOLÜ KAPSAMINDA SİVİLLERE YÖNELİK YAPILAN İÇ GÜVENLİK MÜDAHALELERİNDE ASKERİ MAHKEME**

Peki Askeri Mahkemelerin “sivil kişileri” yargılama görevleri var mıdır? Anayasa’da yapılan son değişiklik ve 353 sayılı yasada yapılan değişiklikle esasında askeri mahkemelerin asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları kapsam dışında bırakılmıştır. Bu, 2010 yılındaki önemli gelişmelerden biri olarak değerlendirilmiştir. 2013 yılında İl Özel Kanunu’nda yapılan bir değişiklik ile Emniyet Asayiş Yardımlaşma Protokolü (EMASYA Protokolü) kapsamında görevli olanların askeri yargıda yargılanmalarını sağlayacak şekilde

düzenleme getirilmiştir. Mezkur durum sivil ve sosyal bir olaya Vali veya Bakanlar Kurulu emriyle Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin, iç güvenliğe yönelik faaliyetleriyle müdahale etmeleri akabinde, asker kişiler olması sebebi ile yargılamanın sivil mahkemeye değil, askeri mahkemeye taşınması neticesini doğuracaktır.

İl Özel İdaresi Kanunu 11. maddesinde D bendinde; (Değişik : 4178 - 29.8.1996) Valiler, ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri; aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulayamadıkları takdirde, diğer illerin kolluk kuvvetleriyle bu iş için tahsis edilen diğer kuvvetlerden yararlanmak amacıyla İçişleri Bakanlığında ve gerekirse Jandarma Genel Komutanlığının veya Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dahil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından mümkün olan en hızlı vasıtalar ile müracaat ederek yardım isterler. Bu durumlarda ihtiyaç duyulan kuvvetlerin İçişleri Bakanlığında veya askeri birliklerden veya her iki makamdan talep edilmesi hususu, yardım talebinde bulunan vali tarafından takdir edilir. Valinin yaptığı yardım istemi geciktirilmeksizin yerine getirilir. Acil durumlarda bu istek sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir. Vali tarafından askeri birliklerden yardım istenmesi halinde, muhtemel olaylar için istenen askeri kuvvet, valinin görüşü alınarak olaylara hızla el koymaya uygun yerde, cereyan eden olaylar için ise olay yerinde hazır bulundurulur. **(Değişik 2. cümle: 4897 - 17.6.2003 / m.1)** Olayların niteliğine göre istenen askeri kuvvetin çapı, vali ile koordine edilerek askeri birliğin komutanı tarafından, görevde kalış süresi, askeri birliğin komutanı ile koordine edilerek vali tarafından belirlenir. Askeri kuvvetin müstakilen görevlendirilmesi durumunda; verilen görev askeri kuvvet tarafından kendi komutanının sorumluluğu altında ve onun emir ve talimatlarına göre Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkiler kullanılarak yerine getirilir. Güvenlik kuvvetleri ile yardıma gelen askeri kuvvet arasında işbirliği ve koordinasyon, yardıma gelen askeri birliğin komutanının da görüşü alınarak vali tarafından tespit edilir. Ancak, bu askeri birliğin belirli görevleri jandarma ya da polis ile birlikte yapması halinde komuta, sevk ve idare askeri birliklerin en kıdemli komutanı tarafından üstlenilir. Birden fazla ili içine alan olaylarda ilgili valilerin isteği üzerine aynı veya farklı askeri birlik komutanlarından kuvvet tahsis edilmesi durumunda iller veya kuvvetler arasında işbirliği, koordinasyon, kuvvet kaydırması, emir komuta ilişkileri ve gerekli görülen diğer hususlar yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde **(Değişik ibare : 6496 - 13.7.2013 / m.16)** “Bakanlar Kurulu” tarafından

belirlenecek esaslara göre yürütülür. Bu esasların uygulanmasında, işbirliği ve koordinasyon sağlamak amacıyla gerekli görülen hallerde İçişleri Bakanı ilgili valilerden birini geçici olarak görevlendirir. Olayların sınır illerinde veya bu illere mücavir bölgelerde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komşu ülke topraklarına sığındıklarının tespit edilmesi durumunda valinin talebi üzerine ilgili komutan eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadı ile her defasında Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre kara, hava, deniz kuvvetleri ve Jandarma Genel Komutanlığı unsurları ile komşu ülkelerin mutabakatı alınmak suretiyle mahdut hedefli sınır ötesi hareket planlayıp icra edebilir. **(Değişik 9.cümle : 6496 - 13.7.2013 /m.16) Bu fıkra uyarınca görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin, bu fıkra kapsamındaki faaliyetleri, askerlik hizmet ve görevlerinden sayılır.**

Sonuç itibari ile mevcut düzenleme ile askerin iç güvenlikle ilgili müdahalelerde işlediği suçlara askerî mahkemeler bakacaktır. Önceki düzenlemede “ askerlik hizmet ve gereklerinden sayılır” şeklinde bir ifade olmadığı için sivil mahkemede yargılanmaları da kanunen mümkün görünmekteydi.

c. ASKERİ MAHKEMELERİN YARGILAMA USULLERİ

Askeri mahkemelerde yargılama usulü 353 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olup sivil mahkemelerden çok farklı bir yapıya sahip değildir. Yargılama usulü Kanun'da soruşturma evresi ve kovuşturma evresi olarak ikiye ayrılmıştır. Soruşturma evresini her ne kadar savcılığın bağlı olduğu kıta komutanlığı ve kurum amiri başlatsa da, devamı iddia makamı olan savcılıklar tarafından yürütülmektedir.

Bu bölümde iki ciddi sorun göze çarpmaktadır.

1. Birincisi yukarıda belirtmiş olduğumuz soruşturma açılmasının savcılık tarafından değil, **nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri** tarafından yapılmasıdır.

- **REFAKAT İLİŞKİSİ SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ İLKESİNİ DE İHLAL ETMEKTEDİR**

353 sayılı Kanun'a göre, nezdinde Askeri Mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri bir suçun işlendiğini öğrendiklerinde refakatlerindeki askeri savcıya soruşturma açtırır ve yapılmakta olan soruşturma hakkında askeri savcıdan her zaman bilgi isteyebilirler. Bu aşamada savcılık, suçun işlendiğini ihbar ve şikayet (silsile takip edilerek) yolu ile öğrenen

kıta komutanı ve kurum amirinin emri ile soruşturma açarak, şüphelinin leh ve aleyhine deliller toplayıp, gerektiğinde iddianame hazırlayarak dava açılması için mahkemeye sevk edecektir.

Suçun işlendiğini bizzat kendisi öğrenen savcının kendiliğinden soruşturma açma imkanı kısıtlıdır. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren suçlar veya gecikmesinde sakınca umulan hallerde askerî savcılar derhal soruşturmaya başlayabilirler. Fakat bu durumda derhal amirlerine haber vermeleri gerekmektedir.⁶

Böylece kıta komutanı veya kurum amirinin de suça karışma ihtimali karşısında soruşturmanın gizliliği kuralının ne derece ihlal edildiği açıktır. Bu yönüyle soruşturmanın kısıtlı olmasının yanı sıra, kıta komutanı ve kurum amirinin suç olarak görmediği hatta kesinlikle soruşturma başlatılmaması gerektiğini düşündükleri iyi çocuklar için, savcının kendiliğinden hareket etmesi bir başkaldırı niteliğinde olacaktır. Bu sebeple komutan veya amir ile karşı karşıya gelmek istemeyen savcının kendiliğinden soruşturma açmasının “uygulanabilme kabiliyeti” gerçekçi değildir. Bu sebeple başlangıçta belirtildiği gibi askeri savcılık makamı klasik manada bir iddia makamı olarak kurulmayıp yardımcı bir kurum niteliğindedir.

Soruşturma başladıktan sonra, gerek görüldüğünde bu aşamada savcı veya teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirinin istemi üzerine, askeri mahkemece tutuklama, yakalama gibi tedbir kararları da uygulanabilir. Askeri mahkemece ayrıca istem üzerine arama ve zapt kararları verilebilir. Delillerin toplanması için ifade alma, tanık dinleme gibi bazı işlemler de, yine soruşturma aşamasında yapılır. Bütün bu koruma tedbirleri, delillerin toplanarak işlenen veya işlendiği iddia edilen suçun kovuşturulmaya hazırlanması için soruşturma aşamasında, soruşturmayı yapan iddia makamınca yapılan iş ve işlemlerdendir.

Kovuşturma evresinde ise, suça ilişkin iddianame kabul edilerek yargılama aşamasına geçilir. Bu aşamada ilk olarak askeri yargılamada görev yapacak olan subay belirlenir. Bu belirlemeden sonra duruşma günü belirlenir ve yargılamaya geçilir. Bu safha kesin hükmün verildiği ana kadar devam eder. Süreç içerisinde mahkemeye en kıdemli hâkim başkanlık eder ve gerek gördüğünde re'sen delil toplar; tanık dinler; bilgi ve belgeleri toplarlar.

2. Bu aşamada diğer önemli husus ise askeri hiyerarşinin mahkeme usulüne etki ettiğini gösterir 141. maddedir.

⁶ bkz 353 Sayılı Kanun, 95. Maddesi

- **DURUŞMALARIN ALENİLİĞİ İLKESİNİN ZEDELENMESİ SORUNU**

Duruşmanın aleniliğinin de zedelenmesi sonucunu doğuran bu maddeye göre sanığın astı eğer zarar gören sıfatına haiz değil ise duruşmada bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır.

*“ Duruşmada asker kişilerden, sanığın astı olanlar dinleyici olarak bulunamazlar. Sanıklar birden çok ise en büyüğünün rütbe ve kıdemi esas alınır. Suçtan zarar gören asker kişi, rütbesi ne olursa olsun, duruşmada hazır bulunabilir. Ancak, askeri mahkeme disiplin sebeplerinden dolayı bu kimseyi de duruşma salonundan çıkarabilir. Sanığın astı eğer zarar gören sıfatına haiz değil ise duruşmada bulunmayacağı hüküm altına alınmıştır.”*Anayasada hüküm altına alınan “Yargılamanın Aleniliği” ilkesine rağmen sırf sanığın altında bir rütbeye sahip olduğu için astların yargılamayı izleme hakları engellenmiştir. Bu hüküm yüksek (amiral-general) rütbeli kişilerin yargılama sadece mahkeme heyeti ve ilgili kişiler dışında kimsenin yargılamaya katılmayacağı gibi birçok sakıncayı içerisinde taşımaktadır.

Kesin hüküm veren mahkeme bundan sonra davadan el çekecek ve yargılama (tahkikat) safhası son bularak gerek görüldüğünde (bazen de kanunen zorunlu hallerde) bir üst safha olan temyiz yoluna geçilecektir. Bu yola başvurulmadığında gereken sürelerin geçmesi veya bu yola başvurulduktan sonra hükmün onanması ile hüküm kesinleşir. Açıkça adil yargılanma hakkının vazgeçilmezlerinden olan “alenilik ilkesinin” ihlali vardır.

d. ASKERİ MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI

Askeri Mahkemelerle ilgili bütün anlatımlarımız aslında bu başlığa ilişkin anlatılacakların sağlam zemine oturtulması için yapılmış olup, bu başlıkta “Bağımsız” olması gereken ama “sözde bağımsız” olan askeri mahkemelerin “bağımlılık halleri” ortaya konulacaktır.

Türkiye’nin taraf olduğu ulusal üstü mevzuatta, adil yargılanma ilkesi bağlamında mahkemelerin bağımsızlığı ve bu ilkenin devamı niteliğindeki, “tarafsızlık”, “bağımsız hakim” ve “hakim güvencesi” gibi ilkeler bakımından Askeri Yargı ve Askeri Mahkemeler değerlendirildiğinde, söz konusu mahkemelerin “mahkeme” ve “yargı” nitelikleri tartışılır hale gelmektedir.

Anayasa düzenine bakıldığında Askeri Yargı’nın temel sivil yargı düzeni dışında olduğuna giriş kısmında değinmiştik. Keza, Askeri Hâkim ve Askeri Savcılık olarak ifade edilen meslek sıfatları Anayasa tarafından öngörülmemiştir. Öyle ki, Anayasanın Hâkimlik ve Savcılık Mesleği başlıklı 140. Maddesi’nde “Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar.” demekle askeri düzen içerisindeki hâkim ve savcıları sivil

düzenlenen ayrı tutmuştur. Yine Anayasa 138. Maddesi'nde "Mahkemelerin Bağımsız" olduğunu belirtmiştir. İlgili hükme göre;

Madde 138 – *Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Demek sureti ile mahkemelerin bağımsızlığı güvence altına alınmıştır. Buna rağmen mahkemelerdeki "hâkim ve savcılarının durumu, mahkeme vasfına haiz Askeri Mahkemeleri adeta askeri hiyerarşi düzeni içinde birer "disiplin" şubesi haline getirmektedir.

Şimdi aşağıda bu iki hususun yargı üzerindeki gölgesinin derinliğini ve yarattığı karanlığı inceleyelim.

- **AST-ÜST İLİŞKİSİ YARGI BAĞIMSIZLIĞINA GÖLGE DÜŞÜRMEKTEDİR**

Yukarıda birinci başlıkta verdiğimiz mahkemelerin kuruluşu ile bundan sonra inceleyeceğimiz "mahkeme hâkim ve savcılarının seçim" usulü beraber değerlendirildiğinde, Askeri Yargı düzeninde iki kimlikli mevkie sahip hâkim ve savcılarının ortaya çıktığı görülecektir. Mahkemede hâkim veya savcı olan görevliler, bir yandan da subay kimlikleri ile ordu hiyerarşisi içerisinde yer almaktadırlar. **Dolayısıyla anayasal hükümle görevlerinde bağımsız olması gereken hakimler, pratikte üstlerine bağlı olmak zorundadırlar.**

Değindiğimiz bu iki kimliklilik, yargılama yapan hâkimlerin gerek özlük hakları gerekse vicdani kanaatlerini etkiler niteliktedir. Yargılama yapan yargı makamının bir yandan 926 sayılı Askeri Personel Kanunu tarafından kendisine uygulanan ve subay olması hasebi ile kıdem ve yükselmesini etkileyen hususları düşünürken, bir yandan da vicdani kanaatinin bağımsızlığından bahsetmek beraberce düşünülmesi güç mevzulardandır. Öte yandan gerek İHAS madde 6 da öngörülen, gerekse Anayasa'nın 138. Maddesi'nde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Hakimlik mesleğinin

gerektirmiş olduğu teminatı zedeler nitelikteki bu hiyerarşik düzende, tabiiyet, ast-üst ilişkisi içindeki kişilerden birinin (bazen astı) yargıçlık yaparken, diğerinin ise sanık olarak (bazen üst) astın karşısına çıkması söz konusudur. Unutulmamalıdır ki burada yargılama yapan yargıç amirini yargıladığını bilmekte, çoğunlukla da hala nüfuz sahibi olan bu şahsın nüfuzunu aşmamaktadır.

Hâkimlik makamı için yaptığımız bu açıklamada dikkat edilmesi gereken, yaptığımız açıklamaların münhasıran mahkeme heyetini oluşturan kişilerden sadece hâkim olanlar için yapıldığıdır. **Eski düzenlemede**, subay üyenin varlığı ise işin en vahametli yönünü oluşturmakta idi. Şöyle ki, subay üye kontenjanından yargı makamını işgal eden kişi, yukarıda değindiğimiz üzere ne bir hâkimlik ehliyetine sahipti, nede uzman bir bilirkişi idi. Ayrıca subay da olan hakimler mahkeme heyetinde daimi üyeler iken heyetin üçüncü üyesi olan subay üye her spesifik yargılama için ayrıca belirlenmekte, dolayısı ile zaten hakim ehliyet ve yeterliliğine haiz olmayan bu üye, uygulama içinde rutin bir yeti ve hukuki refleks de kazanmamakta idi. Yıllarca çok sayıda kişi bu şekilde, gerek Anayasa gerekse İHAS madde 6 da öngörülen “kanuni hakim” güvencesi ilkesindeki hakimlik vasfını bile taşımayan kişiler tarafından yargılanarak, ciddi insan hakkı ihlallerine maruz kalmıştır.

2. ASKERİ HÂKİM VE SAVCILAR

Hâkimlik mesleği, yapılan vazifenin memnuniyetinin veya hüsrânının, yalnızca hak dağıtıcısının kendi vicdanında resmedildiği bir meslektir. Bu yüzden, kendini gayretle ve hassasiyetle vazifesine verenler için en faziletli mesleklerden addedilir.

Bu başlıkta inceleme konumuz Askeri Mahkemelerin asli unsurları olan hâkim ve savcılarının seçim usulleridir. Bunu yaparken üst başlıkla bağlantı kurmaya çalışacağız.

Askeri Mahkemeler birçok hususta sivil mahkemelerden farklı özelliklere sahiptirler. Bunların başında da Askeri Mahkemelerde görev yapan hâkim ve savcılarının statüleri gelmektedir. Askeri Mahkemelerde yukarıda değindiğimiz gibi bir subay üye bulunmakla beraber, bu subay üyenin bulunmaması halinde bile bu mahkemelerin tam bağımsızlıkları hiyerarşinin gölgesi altındadır. Söylemimizin temel dayanağını da hâkim ve savcılarının “iki kimlikli” statüleri oluşturmaktadır. **Statü kavramı ile şüphesiz hakim ve savcılarının bu sıfatları yanında bir de “subay” olmalarını işaret etmeye çalışmaktayız.**

Mevzu bahis yönü nedeni ile aşağıdaki başlıklarda kısaca Hâkim ve Savcı unvanına sahip “subayların” seçim usullerine kısaca değineceğiz.

a. Askeri Hâkim ve Savcıların Seçim Usulü

Askeri Mahkemelerde görev yapacak olan subay “Hâkim” ve “Savcılar” Anayasada statüleri tamamen muğlak olan, hatta 140. Maddesi’nde “Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları” ndan ibarettir denilmekle rahatlıkla **askeri hakim ve savcılarının anayasal statüden yoksun asker kişiler, memurlar olduklarını söyleyebiliriz.** Anayasa’nın bu formüle yanlışlığına rağmen 26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu, hâkim ve savcı subay üyelerin seçim usulünü düzenlemiştir. Bu kanunda ayrıca subay üyelerin özlük işleri, atanma biçimleri gibi birçok hususta düzenlenmiştir.

- **ASKERİ HAKİM VE SAVCILAR HSYK’NA BAĞLI OLMAYIP MSB’NA BAĞLIDIRLAR BAĞIMSIZLIK İLKESİ BU YÖNÜYLE BAŞKA BİR AÇIDAN DA ZEDELENMEKTEDİR**

Kanunda göze çarpan ilk husus şudur ki, Askeri Subay Hâkim ve Savcılar, sivil mahkemelerde görev yapan meslektaşları gibi Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi bağımsız (kısmen de olsa) bir kurul tarafından seçilip atanmamaktadırlar. Ayrıca Askeri Mahkemelerin idari işleri ile askeri savcılıkların bütün işlemleri Milli Savunma Bakanının gözetimine tabi tutulmuştur.⁷ Tamamen siyasi bir organ olan, yürütmenin bir organı olan Savunma Bakanlığı’na bu bağlılık hususu ise mahkemelerin bağımsızlığı açısından izahı zor bir durumdur.

357 sayılı Kanun’un 1. Maddesi’nde, “Hâkim” ve “Savcı” üyelerin seçilebilmeleri için sahip olmaları gereken nitelikler sayılmıştır. Bu maddeye göre subay hâkim veya savcı olabilmek için “Türk vatandaşı olmak, Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde belirlenen sağlık şartlarına sahip olmak, taksirli suçlar hariç olmak üzere; affa veya zamanaşımına uğramış yahut ertelenmiş olsa bile, bir cürümden hükümlü bulunmamak veya ceza soruşturması veya kovuşturması altında olmamak; sarhoşluğu, kumar oynamayı adet edinmiş veya kumar oynatmış olmamak yahut kendisinin veya ana ve babasının ve varsa eşinin ahlak yönünden kötü hali bulunmadığının veya kendisinin yasa dışı tutum ve davranışları olmadığının yaptırılacak araştırma sonunda anlaşılması bulunmak” gerekmektedir. Genel itibari ile diğer devlet görevlilerinin seçiminde aranan şartlardan farklı olmayan bu maddenin Yeni Türk Ceza Kanunu ile uyumlu hale getirilmeyişi ise göze çarpmaktadır.

Kanunun 2. Maddesi’nin başlığı askeri bir bakış açısı ile “kaynaklar” olarak belirlenmiş, Madde metninde askeri hâkim ve savcı subayların kimler olabileceği belirtilmiştir. Maddeye

⁷ 353. sayılı kanun m.35

göre “Muvazzaf subaylar, Askeri liseleri bitirerek Harb Okulları’na kabul olunan askeri öğrenciler, Kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylar, TSK nam ve hesabına harbiye veya hukuk fakültesi okuyan muvazzaf subaylar ile hukuk fakültesini bitirip de düzenlenen sınavlarda başarılı olanlar” subay hâkim ve savcılık yapabilecek kişiler olarak belirlenmiştir. Ayrıca muvazzaf subaylardan hâkim ve savcı olunabilmesi için Kanun’un 3. Maddesi’nde ek bir şart öngörülerek, ancak muharip sınıftan subayların hâkim ve savcı olabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu özelliklere sahip kişilerin seçimlerinden sonra, bir yıl aday hâkim ve savcı (657 sayılı kanuna paralel olarak) kaldıktan sonra sicil ve sicil amirlerince verilen puanlamaya göre (başarılı olmaları halinde), 3 yıllık hâkim ve savcı yardımcılığına atanarak burada gördükleri hizmetten sonra sicillerine istinaden verilen notlarla hâkim ve savcılığa geçmeye hak kazanmaktadırlar.

Söz konusu hâkim ve savcılar bu sıfatlara sahip olduktan sonra, daha önceden subay vasfına sahip olmayan kişiler ayrıca idari olarak da TSK’ye bağlanarak, subay unvanı almaktadırlar. Bundan sonra hâkim, savcılar idari olarak TSK’ye bağlanarak iki farklı unvana bir anlamda iki farklı kimliğe sahip olmaktadır.

Yukarıda anlattıklarımız Adli Askeri Mahkemeler hakkındaki genel durumdur. Bunun dışında fakat paralelinde olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ne üyelerin atanma usûlü 1982 Anayasası’nda ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda (AYİMK) düzenlenmiştir.

b. Askeri Hâkim ve Savcılarının Sicilleri, Özlük Hakları ve Askeri Hiyerarşi İçindeki Yerleri

Anayasa Mahkemesi bir kararında “Askerilik üste doğru hiyerarşi, alta doğru ise otoritedir”⁸ demek sureti ile Askeri Mahkeme’nin varlığının altında yatan mantalitenin tespiti açısından önemli bir saptamada bulunmuştur. Belirlenen bu düşünce ekseninde yapılandırılan Askeri Mahkemeler, iki kimlikli subay (hâkim) üyelerle yönetilirken bu üyelerin sicilleri hakkında, 357 sayılı Kanun iki farklı sicil düzeni öngörmüştür. Kanunda öngörülen düzenin ilki idari sicil, ikincisi ise mesleki sicil düzenidir.

• ASKERİ HAKİMLİKTE SİCİL SORUNU, ÇİFT BAŞLILIK

⁸ Anayasa Mahkemesinin 11.12.1990 tarihli 1989/17 E. 1990/33 K. Nolu kararından.

Mesleki sicil düzeninde tutulan tek belge niteliğindeki sicil 357 sayılı Kanun'un 12. Maddesi'nde "Mesleki Sicil Belgesi" olarak belirlenmiştir. Bu sicil sivil mahkemelerdeki hâkim savcılar için de tutulmakta ve genel itibari ile Hâkim Savcılık yeterliliğini ölçen, gördükleri işe göre içersinde buldukları mahkemenin üst organlarınca tutulan sicildir. Esasen bu sicil belgesi askeri hâkimlik, askeri savcılık, adli müşavirlik ve disiplin subaylığı görevlerinde bulunanların tamamı hakkında düzenlenmektedir. Nitekim 357 sayılı Kanunun 13. Maddesi'nde bu sicilin Hâkim ve Savcılar için Askeri Yargıtay dairelerince tutulacağı hükme bağlanmıştır (m.13/f1, b1)

İdari sicil düzeni olarak bahsettiğimiz diğer düzende ise iki farklı sicil belgesi düzenlenmektedir. 357. sayılı Kanun 12. Maddesi bunları general - amiral sicil belgesi, subay (Asteğmen - Albay) sicil belgesi olmak üzere iki türlü olduğunu belirtmiştir. General-amiral sicil belgesi; idari sicil üstlerince askeri hâkim general-amiraller hakkında; Subay (Asteğmen - Albay) sicil belgesi, idari sicil üstlerince askeri hakim subaylar hakkında tutulmaktadır.

Subay (Asteğmen - Albay) sicil belgesi subay rütbesi olarak Asteğmen, Teğmen, Üsteğmen, Yüzbaşı, Binbaşı, Yarbay ve Albay⁹ rütbelerine sahip subaylar hakkında tutulan sicil belgesidir. Bu sicil belgesini tutmaya yetkili kişiler ise bir sınıflandırmaya tabi tutularak "Birinci, ikinci ve üçüncü sicil üstler" olarak üç sınıfa ayrılmışlardır.

357 sayılı Kanun'un askeri mantığı hâkimleri kendilerinden ayrı düşünemediği için subay unvanı verdikleri hâkimlere not vermeye yetkili sicil üstlerini de 12. Maddesi'nde şöyle belirlemiştir;

Hâkim olarak görev yapan kişilerin ayrıca kendi mesleklerinde ilerlemeleri bu madde ile "mesleki başarı" dışında bazı etmenlere tabi tutulmuş, adeta askeri vesayet kurarak, Karar Mercii olması gereken hâkimler, askeri hiyerarşi içersine sokulmuşlardır. Nitekim Kanun'un 14. Maddesi'nde, "askeri hâkim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemesi hakkında 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümleri uygulanır." demek sureti ile hâkimleri ayrıca subay unvanları ile 926 sayılı TSK personel kanununa bağlamıştır. 926 sayılı Kanun incelendiğinde ise görüleceği üzere subayların yükselebilmesi için "subay mesleğinin gerektirmiş olduğu yeterlilikleri" yerine getirmiş olması gerektiği vurgulanmıştır. Sonuç itibariyle, subay hâkimlik mesleği, iki yönlü ve hiyerarşi içersinde yer alan "üste doğru hiyerarşiye itaat; aşağıya doğru ise asta karşı kendini üst görerek otorite kurmaktan mürekkep bir emir komuta (karar merci olmaktan ziyade) zincirinin" unsuru olarak ifa edilmektedir.

⁹ 27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı TSK Personel Kanunu m.29

Bütün bu hususlar beraber değerlendirildiğinde Hâkim ve Savcı vasfına haiz kişilerin, bu vasıflarından ziyade subay vasıfları öne çıkarılmıştır. Bu da ilgili makamları işgal eden kişilerin hâkim, savcılık yapmak yerine emir komuta zinciri içerisindeki **komutanlar** gibi davranmalarına sebep olabilmektedir.

c. Askeri hâkim ve savcılarının “hâkim ve savcılık teminatı”

Hâkimlerin ve savcılarının bağımsızlığını garanti altına almak için 1982 Anayasası'nın 139. Maddesi'nde “hâkimlik teminatı” düzenlenmiştir.

Hâkimlerin azlolunamaması, hâkimlerin 65 yaşından önce emekliye sevk olunamaması, hâkimlerin bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık ve ödeneklerden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaması gibi unsurlar hâkimlik teminatının gerekleri ve sonuçlarıdır.

Mahkemelerin organ olarak bağımsızlığı, ancak yargı fonksiyonunu ifa eden hâkimlerin teminatlı bir statüye kavuşturulmaları, yani herhangi bir baskı veya tehditle karşılaşmaksızın görevlerini tam bir serbestlik ve tarafsızlıkla yerine getirebilmeleri ile gerçek bir anlam kazanır.¹⁰

Özetle hakim teminatı, hakimlerin her türlü dış baskı, tehdit, teşvik, tavsiye, telkin ve yönlendirmeye karşı korunması ve en önemlisi azlolunamamasıdır.

Askeri muhakemenin bağımsız organlarca yürütülmemesi, yürütmenin yukarıdaki belirttiğimiz çeşitli durumlarda hâkimlerin kararlarına (en azından ve en iyimser şekilde) psikolojik olarak müdahil olması dahi hâkim teminatına gölge düşürmektedir.

3. DEĞERLENDİRME

Avrupa ülkelerinin pek çoğunda barış zamanlarında Askeri Mahkeme bulunmamaktadır. Askeri Mahkeme bulunan ülkeler ise, Askeri Mahkemelerine sivil yargıçların katılımını sağlamaya yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Yine pek çok ülkede, Askeri Yargıtay'dan bahis dahi edilmediği gibi, iki başlı, üç başlı yargı sistemleri de kabul görmemektedir.

Yargı sistemimize ait yukarıda belirttiğimiz sıkıntılar, karşılaştırmalı hukuk bağlamında düşünüldüğünde, yargının bağımsızlık serüveninde akıllara şu sorular takılmaktadır; acaba hâkim ve savcılık yapan subaylar bütün baskılardan uzak bir şekilde yargılama yapabilmekteler midir? Ya da böyle bir imkânları var mıdır? Askeri Mahkeme olarak bilinen

¹⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (Ankara, 2005; Yetkin Yayınları) s.358

kurum bir disiplin şubesi midir? Askeri hâkim üste bağlı iken aynı zamanda bağımsız olabilir mi?

Askeri yargının, kapsam olarak arızı olmadığı gerçeği bir tarafa, askeri yargının ve Askeri Mahkemelerin mevcut halleriyle, “yargı” vasfını haiz olup olmadığı da tartışmalıdır. Yani Türkiye’nin taraf olduğu ulusal üstü mevzuatta, adil yargılanma ilkesi bağlamında mahkemelerin bağımsızlığı ve bu ilkenin devamı niteliğindeki, “tarafsızlık”, “bağımsız hâkim” ve “hâkim güvencesi” gibi ilkeler bakımından askeri yargı ve Askeri Mahkemeler değerlendirildiğinde, söz konusu Mahkemelerin “mahkeme” ve “yargı” nitelikleri tartışılır hale gelmektedir.

Askeri hiyerarşiye, emir ve komutaya tabi bir mahkemenin, bağımsızlığından söz edilemeyeceği açıktır. Yine, emir-komuta hiyerarşisinin katı bir biçimde uygulandığı orduda, asker kişileri yargılamakla yükümlü askeri hâkimin, başka bir kişi ve organdan emir almamak anlamına gelen tarafsız ve bağımsızlığı, askeri hâkimin ve askeri savcının, emir ve talimatla bağlı olması bakımından sorunlu iken, kendi sınıfından olan silah arkadaşlarını yargılaması bakımından ise de bu defa “kendine karşı” bağımsız ve tarafsızlığı sorunludur. Bunlara ek olarak, askeri yargıda, amir konumunda bulunan sicil amirlerinin hazırladığı siciller doğrultusunda yapılan hâkim ve savcı atamalarının da, mahkemenin ve hâkimin bağımsız olmadığına ve hâkimlik güvencesinden yoksun olduğuna karine teşkil ettiğini belirtmekte fayda var. 28 Şubat döneminde Emniyet İstihbarat Dairesi Başkanı Bülent Orakoğlu ve Onbaşı Kadir Sarmusak’ın askeri mahkemede yargılandıkları davada beraat etmeleri sonrasında, beraat kararı veren mahkeme üyelerinin zorunlu atamaya tabi tutulmuş olmaları bu karineyi destekleyen örneklerden sadece biridir.

Yine, Şemdinli davasında, sivil mahkemelerin sanıklar hakkında 39 yıl hapis cezasına hükmetmesi üzerine, Yargıtay tarafından, davaya konu eylemlerin, askeri suç kapsamında değerlendirilerek davanın askeri yargının görev kapsamında olduğuna hükmedilmesi sonrasında Askeri Mahkeme’nin sanıklar hakkında tahliye kararı vermesi, Mahkeme’nin yapısı ve doğası itibariyle anlaşılabilir iken; sivil bir üst mahkeme olan Yargıtay’ın yerel mahkeme kararını görevsizlik nedeniyle bozarak dosyayı askeri yargıya göndermesi anlaşılabilir değildir. Böylece sivil bir mahkeme, kendi görev alanını gönüllü olarak daraltarak, askeri yargının görev alanını kendi aleyhine genişletme eğiliminde olmuştur. Elbette bu sorun, bir dönem askeri brifingler almış ve sivil siyaset alanının daraltılmasına

büyük katkılarda bulunmuş bazı yargı üyelerinin gerçek anlamda sivil olup olmadığıyla da ilgilidir.

Son olarak, Ergenekon Davası kapsamında, sanıklardan birinin ofisinde ortaya çıkan “İrticaya Karşı Eylem Planı”nın, Taraf Gazetesi’nde yayınlanmasından sonra, Askeri Savcılığın tartışmalı bir yayın yasağına karar vermesi, Eylem Planında imzası bulunan Albay’ın çağrıldığı ifadeye gitmeyeceğinin açıklanması ve olay hakkında soruşturma yürüten Askeri Savcılığın, eylem planı hakkında, soruşturmaya gerek bulunmadığı yönünde karar vermesi bu çalışmada açıklanan hususları ispatlar mahiyetindedir.

4. SONUÇ

Böyle bir raporlama çalışmasının hacmini aşacak iddialara değinmeden, sonuçları şöyle özetlemek mümkündür;

1. Askeri hâkim ve savcılık yapan subaylar öncelikle, subaylık yönleri ile göz önünde bulundurulmalı, çifte kimlik taşıyan astın, yani üstleri nazarında bir emir muhatabının, hiyerarşi içindeki yerini unutarak yargılama yapması olanak dışı görünmektedir. Öncelikle bu husus askeri mantıkla ters olup, Anayasa Mahkemesinin tabiri ile “üste karşı hiyerarşi” kuralına aykırıdır. Öte yandan, yargılama yapan subaylar, askeri unvanları ile mahkemede hâkimlik makamını işgal etmektedirler. Yargılamalarda ortaya çıkacak ilk ve en büyük sorun ise zaten buradan kaynaklanmaktadır; “üstünü yargılamaya çalışan, bir astın varlığı”.
2. Tarafsız, baskılardan uzak yargılama yapma, mahkemelerin hem görevi, hem de hakkı niteliğindedir. Askeri yargı kapsamında yaptığımız incelemede değinildiği üzere, “kıta komutanı veya kurum amirinin refakatinde kurulan” savcılık makamı kendi başına hareket kabiliyetine haiz değildir. Kıta komutanı veya kurum amirinin istemi ile daha doğrusu emri ile harekete geçen bir mekanizmanın, yani re’sen soruşturma yetkisi olmayan bir mahkemenin yargılama yapma hakkına sahip olmadığı ortadadır.
3. İdari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yapmakta olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinin fazlaca deneyime sahip olmaması, subay üyelerin en fazla 4 yıl ve pratikte genelde 2 yıl görev yapıyor olmaları, idarenin lehine hareket etmelerinin sonraki görevleri için gerekli oluşu vb. muhtemel sakıncaları nedeniyle bağımsız bir mahkemeden söz etmek imkânsızdır.

4. Özetle, yukarıda değindiğimiz bütün hususlar; subay hâkim ve savcılarının varlığı, yargılama sürecini kıta komutanı veya muadili kurum amirinin başlatması, hakim ve savcı teminatının olmayışı gibi hususlar, Askeri Mahkemelerin bağımsız olmadığı gerçeğini ortaya çıkarmaktadır.

ÇÖZÜM ÖNERİLERİ;

Askeri yargı konusunda temel sorunun, bir darbe Anayasası olan 1961 Anayasası ile ihdas edilen ve yine bir askeri darbe ürünü olan 1982 Anayasası ile güçlendirilen Türk Askeri Yargısı'nın, Türk yargı teşkilatı içerisinde meşruiyetinin bu güne kadar sorgulanmadan yerini koruyabilmesi, darbelerin sonuçlarını ve etkilerinin, büyük ölçüde yürürlükteki darbe Anayasası sayesinde sürmekte olduğu gerçeği hatırlanarak, somut çözüm önerisi bağlamında, askeri yargıyı da içine alan kapsamlı bir yargı reformu ve sivil bir Anayasanın gerekli olduğu açıktır.

Çok başlı ve dağınık bir yargı sisteminde, bağımsız yargılamadan da söz edilemeyeceğinden ve Askeri Mahkemelerin bağımsız yargılama yapmalarının mümkün olmadığından, MAZLUMDER olarak aşağıdaki önerileri teklif etmekteyiz;

1. Askeri yargı da dâhil, adli ve idari bütün yargı mercileri birleştirilmelidir.
2. Ceza Kanunu tek bir Ceza Kanunu olarak var olmalı, ayrıca Askeri Ceza Kanunu şeklinde başka bir ceza normu ortadan kaldırılmalıdır.
3. Bir ülkede birden fazla Yargıtay olması yargıda birliğe ve tabii hâkim ilkesine aykırı olduğundan bu konuda yeni bir düzenlemeye gidilmelidir. Bu çerçevede gerekirse halihazırda Yargıtay'ın içerisinde mevcut olan 21 hukuk, 11 ceza dairesine, her biri görev bölüşümü esasına göre görev yapan bu dairelere ek bir daire oluşturularak sorunun çözümü sağlanmalıdır.
4. Sivil adli yargıdaki özel dairelerde yargılama yapma usulü ile, İş Mahkemesi, Aile Mahkemesi, Vergi Mahkemesi, Kadastro Mahkemesi gibi, yargılama yapılması usulü ön görülmeli, sonuç itibari ile sivil yargıya bağlanarak, bağımsız ve hiyerarşi dışı yargının bir şubesi olmalı, asker kişilerin görevlerinden doğan spesifik olaylara bu şekilde bakmalıdır.

5. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de 1. maddede de zikrettiğimiz üzere tamamen kaldırılmalı, askeri bünye ile ilintili tüm idari eylem ve işlemlere ilişkin olarak mevcut İdare Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemeleri görevli olmalıdır.
6. Sivil yargıda oluşturulacak yargı birliği içerisinde, askeri mahallerde disiplin bozucu fiilleri kovuşturmaya yetkili Disiplin Mahkemeleri görevlerine devam etmeli, bütün idari kuruluşlarda olduğu gibi sadece disiplini ilgilendirir fiilleri yargılamakla görevli olmalıdır.
7. Yargıda birlik ve adalet sağlanmalı, yargının tek rengi ise, kırmızı veya yeşil değil, sadece ve sadece “vicdan” olmalıdır... Çünkü yargı bizim “kokmayan tuzumuz” dur. Toplumunu ayakta tutabilecek tek dayanak ta odur...