

ASKERİ YARGI VE ASKERİ VESAYET

Prof. Dr. Fazıl H. ERDEM¹
Yrd. Doç. Dr. Vahap COŞKUN²

ÖZET

Türkiye’de askeri yargı sistemi, 1961 Anayasasıyla birlikte anayasal bir hüviyet kazanmış ve bu konumunu 1982 Anayasasında da muhafaza etmiştir. Sivil kişileri askeri mahkemelerde yargılamaya tabi tutan ve asker kişilerin askeri suçları dışında kalan diğer suçlarını da askeri yargılamanın görev alanı içine sokan bu sistemde askeri yargı, adli yargıya paralel özerk bir yapılanmaya kavuşturulmuştur.

Bir bütün olarak sistem içerisinde özerk, imtiyazlı ve üstün konumunu muhafaza etmek isteyen ordu, toplumsal ve siyasal alana birtakım müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahalelerin etkin ve kalıcı olması ise, söz konusu müdahalelerin mümkün olduğunca yargı denetiminin dışında tutulmasına bağlıdır. Askeri yargının konu, kişi ve görev bakımından bu kadar geniş bir sahaya tesir eder hale gelmesi ve son derece geniş çizilmiş sınırlara sahip olması, orduya, tasarruflarını yargı alanı dışında tutma olanağı sağlamaktadır.

Askeri yargının bu hali, günümüzün evrensel hukuk değerleriyle ters düşmektedir. Daha açık bir ifadeyle demokrasi,

¹ Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

² Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

"Bu makale, ilk olarak Temmuz 2009, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA) tarafından yayınlanmıştır."

hukukun üstünlüğü, yargı birliği, adil yargılanma hakkı ve doğal yargıç ilkelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu çerçevede, son yıllarda askeri yargı sistemini çağdaş standartlarla uyumlu hale getirmek için çeşitli yasal değişiklikler yapılmıştır. Bu amaca matuf değişikliklerin sonuncusu, 26 Haziran 2009 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 8 Temmuz 2009 tarihinde Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe giren değişikliktir. Bu değişiklikle, hem askeri mahkemelerin sivilleri yargılama yetkisi ortadan kaldırılmış hem de asker kişilere –içinde örgütlü suçlar ile Cumhurbaşkanı, Meclis’e ve siyasal iktidara karşı işlenen suçlar da bulunan- bazı suçlardan dolayı askeri mahkemelerde değil sivil mahkemelerde yargılanma yolu açılmıştır.

Bu yasal değişiklik, Türkiye’de öteden beri devam etmekte olan askeri yargı-adli yargı tartışmasını ve Türkiye’deki çift başlı yargı sorununu alevlendirmiştir. Tartışmanın tarihi kodlarına eğilen, askeri yargının Türkiye’nin hukuki ve siyasi yapısındaki işlevlerine değinen ve buradan hareketle birtakım öneriler geliştiren bu çalışma, süre giden tartışmalara katkı sunmak amacıyla kaleme alınmıştır.

I. DÜNYADA ASKERİ YARGI

Genel olarak askeri yargı, esasen milli savunma hizmetinin icrası sırasında hiyerarşik bir yapılanmanın zorunlu olduğu ordu içerisinde, askeri hiyerarşiyi korumaya ve askeri disiplini sağlamaya yönelik olarak konulmuş kuralların ihlalini kovuşturur. Ordunun, ülke savunmasını ve bununla ilişkili askeri hizmetleri yürütebilmesi, kendi içinde disiplinin sağlanmasına bağlıdır. Askeri yargı, disiplinin bozulması ihtimaline dayanan ve bozulan disiplini adli bir şekilde ve kısa süre içinde tesis etmeyi amaçlayan bir mekanizmadır.³ Bu amaçla, askeri birlikleri izler ve askerlerin ordu disiplinini bozan eylemlerini yargılayıp cezalandırır.

Askerlerin silah arkadaşları tarafından kurulan bir mahkemede yargılanması düşüncesi, Ortaçağ feodal anlayışının bir ürünüdür. Ortaçağın hiyerarşik toplum modeli içerisinde ayrıcalıklı zümreler, ancak kendisiyle aynı zümreye mensup insanlar tarafından yargılanabilirdi. Feodalitenin çözülmesi ve mutlakiyetçi krallıkların kurulmasıyla birlikte, 15. yüzyılda İtalya, Fransa ve İspanya gibi Avrupa ülkelerinde daimi ordular kurulmaya başlandı. Bugün kullanıldığı anlamda askeri yargının ilk belirtileri de bu zaman diliminde ortaya çıktı. Söz konusu dönemde -sadece Kral'ın müdahale edebildiği- komutan, kural koyma, hüküm verme ve cezalandırma

³ Sahir Erman; "Askeri Yargı", Askeri Adalet Dergisi, Yıl 22, Mayıs 1994, Sayı 90, s. 7-8.

yetkilerini haizdi. 16. yüzyılda İspanya ve İtalya'da askeri yargı, “savaş konseyi” ve “denetçiler” adıyla subaylardan oluşan kurullar tarafından yerine getiriliyordu. Fransa'da –ihtilalın etkisiyle- bu kurumlara bir askeri hâkim, bir hükümet komiseri ve bir de kamu temsilcisi katılıyordu. Böylece Avrupa'da askeri yargılama, yargılamanın farklı aşamalarında özel organlar eliyle yerine getirilmeye başlandı.⁴

Ancak ilerleyen yüzyıllarda, askeri yargının etkinliğinde bir kırılma yaşandı. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Batılı ülkelerde demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi ilkelerin gelişmesi ve yerleşmesiyle birlikte askeri yargının etki alanı daraltıldı, askeri yargı adli yargının denetimi altına girdi ve hatta bazı ülkelerde askeri yargı tamamen ortadan kaldırıldı.

II. TÜRKİYE'DE ASKERİ YARGI

Türkiye'de askeri yargının tarihsel süreç içindeki gelişimini, Osmanlı Dönemi ve Cumhuriyet Dönemi olmak üzere, iki ana başlık altında incelemek mümkündür.

⁴ 2. J. Gilisen; “Aske-i Hukukun Bugünkü Evrimi Üzerine Genel Bildiri II”, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1982, C.8. S.3, s. 313–314.

A. Osmanlı Döneminde Askeri Yargı

Türkiye’de askeri yargının doğuşu, Osmanlı Devleti’nin kuruluş yıllarına kadar götürülebilir. Askeri yargının nüvesi, Orhan Bey döneminde daimi ordunun kurulmasıyla birlikte oluşmaya başladı. İlk kez, I. Murat zamanda, askeri sınıfın hukuki ihtilaflarına bakmak amacıyla bir **kazaskerlik** kurumu oluşturuldu.⁵ Böylece askeri yargı, genel yargının dışında bir yargı kolu olarak ortaya çıktı.

Osmanlı daimi ordusunu oluşturan yeniçeriler, işledikleri suçlardan dolayı, yeniçeri anayasası olarak kabul edilen **Kanunname-i Yeniçeriyan** çerçevesinde yargılanırlardı. Yeniçeri ordusunda düzeni ve disiplini sağlamak amacıyla öngörülen suçları ve bunlara dair cezaları içeren bu Kanunname’ye göre yeniçeriler, ancak kendi ocaklarında ve komutanlarınca cezalandırılabilirlerdi. Vezirlerin dahi yeniçerilere ceza verme yetkileri yoktu.⁶

II. Mahmut tarafından Yeniçeri Ocağı’nın kaldırılması sonrasında 1826’da kurulan **Asakir-i Mansure-i Muhammediye** adlı orduya ilişkin sonraki tarihlerde (1837) çıkarılan iki ayrı kanunnameyle askeri yargı konusu da düzenlendi. **Kanunname-i Asakir-i Mansure-i Muhammediye** başlıklı ilk kanunnameyle, askeri yargı sisteminde çok ciddi bir değişiklik yapılmadı. Yeniçeriler döneminde yalnızca subaylara (komutanlara) tanınan ceza verme

⁵ Mehmet Akif Aydın; Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2005. s. 147.

⁶ Orhan Köprü; “Türkiye’de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl 22, Ocak 1994, Sayı 89, s.3.

yetkisi, bundan sonra subaylardan oluşan bir mahkemeye verildi.⁷ Esas önemli değişiklik, 1837 tarihli **Kanunname-i Ceza-i Askeriye** ile gerçekleştirildi. Çağdaş ceza hukukuna ilişkin birçok ilkeye yer veren bu Kanun, askeri suçların yalnızca bu kanunda sayılı suçlarla sınırlı olduğunu söyleyerek, askeri yargı ile adli yargının görev alanını kesin çizgilerle birbirinden ayırmış oldu.⁸ Ancak, bu kanunla elde edilmiş olan kazanımlar, Fransız askerî ceza kanunundan iktibas edilen ve 1930'a kadar yürürlükte kalan 1869 tarihli **Askeri Ceza Kanunname-i Hümayun**'la geri alındı. Ceza verme yetkisini Divan-ı Harp denilen subaylardan oluşan bir askeri mahkemeye bırakan bu kanunda, takibat, tahkikat ve yargılamanın ne şekilde yapılacağına dair bir kural da yoktu. Gizlilik içerisinde ve basit bir sorgulama şeklinde yürütülen yargılama faaliyetine savcı ve müdafinin, yani davanın taraflarının katılımı yasaktı.⁹

II. Meşrutiyet döneminde (1914 tarihli ve 233 sayılı bir kanun-u muvakkatla) askeri yargı alanında yapılan bir yenilikle, Divan-ı Harp'lerin verdikleri kararları temyizen incelemek üzere **Divan-Temyiz-i Askeri** kuruldu. Askeri Yargıtay'ın temellerinin atıldığı bu kanun-u muvakkatla, aynı zamanda askeri yargıya ilişkin bir yargılama usulü öngörüldü.

⁷ Niyazi İpeksümeroğlu; "Askeri Kaza Sistemine Bir Bakış", *AÜHFĐ*, Yıl 1951, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 467.

⁸ Köprü; s. 3-4.

⁹ İpeksümeroğlu; s. 469.

B. Cumhuriyet Döneminde Askeri Yargı

Cumhuriyetle birlikte, -diğer alanlarda olduğu gibi- askeri yargı alanında da reform niteliğinde önemli adımlar atılmış ve askeri yargı yeni bir çehreye kavuşturulmuştur. Cumhuriyet yönetiminde askeri yargının aldığı hal ve rejimin askeri yargıya biçtiği misyon üç ayrı döneme ayrılarak ele alınabilir:

1. 1961 Anayasasından Önceki Dönemde Askeri Yargı

Cumhuriyet dönemi hukuk reformlarının bir parçası olarak 22 Mayıs 1930 tarihli ve 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu (ACK)** ile aynı tarihli ve 1631 sayılı **Askerî Muhakeme Usulü Kanunu (AMUK)** kabul edilmiştir. ACK, geçirdiği sayısız değişikliklerle birlikte hâlâ yürürlükte bulunmaktadır. AMUK ise, 25 Ekim 1963 tarihli ve 353 sayılı **Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu**'yla (AMKYUK) ilga edilmiştir.

Her iki kanunla getirilen yenilikler, daha önceki döneme kıyasla olumlu bir gelişmeyi ifade etmektedir. Yeni askeri yargı düzeninin; askeri mahkemelere hukukçu üye atamayı öngörmesi, gizlilik esasını kaldırarak aleni yargılama usulünü kabul etmesi, yargı bağımsızlığı ilkesini nispeten güçlendirmesi, savunma hakkını ve mahkemelerde müdafî bulundurma hakkını tanınması, askeri suçlar için

daha önceden öngörülmüş olan cezaları hafifletmesi ve kimi cezaları kaldırması bu çerçevede değerlendirilebilir.¹⁰

Ancak, AMUK'un askeri mahkemelerin görev alanına ilişkin hükümlerine bakıldığında aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. AMUK'a göre askeri mahkemeler, asker kişilerin, ACK' da ve bu kanunun atıf yaptığı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun ilgili maddelerinde suç teşkil eden fiillerini yargılamaya yetkilidir. Ayrıca asker kişilerin; TCK gereğince cezayı gerektiren fiillerinden askeri görevlerine ilişkin veya askeri kişilere karşı işledikleri suçlarla, askeri mahallerde işledikleri suçlar, askeri mahkemelerin görev alanına girmektedir (m. 1). Kanun, asker ve sivil kişilerin müştereken işledikleri suçlarda, suçun ACK' da düzenlenmiş olması halinde bu kişilerin askeri mahkemelerde, aksi takdirde ise adli mahkemelerde yargılanacaklarını öngörmektedir (m. 2). Kanun'un 3. maddesi ise, ACK'daki bazı suçları (askerliğe ve vatana karşı işlenmiş ağır suçları) işleyen sivillerin askeri mahkemelerde yargılanacaklarını hükme bağlamaktadır.¹¹

Görüldüğü gibi AMUK, asker kişilerin askeri olmayan suçları ile sivillerin işledikleri bazı suçları askeri mahkemelerin görev alanına dâhil ederek, tabii hâkim ilkesine aykırı düşmektedir. Bundan daha önemlisi, askeri yargıyı, emir ve komuta zinciri içinde ve onun bir

¹⁰ Köprü; s. 5-6.

¹¹ İpeksüneroğlu; s. 475-476.

parçası olarak gören AMUK, askeri suçlarda yargılama yetkisini, askeri birliklerin komutanlarından oluşan adli amirlikler ile içinde hukukçu üye ve savcının bulunmadığı Alay Askeri Mahkemelerine ve üyeleri arasında yalnızca bir hukukçunun bulunduğu Tümen ve Daha Yukarı Makamların Askeri Mahkemelerine bırakmaktadır.¹²

Esas itibariyle, hâkimlik vasfını taşımayan asker kişilere yargılama yetkisinin tanınmış olması, “Hakkı kaza, millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mehakim tarafından istimal olunur” (m. 8) diyen 1924 Anayasasına aykırılık arz etmektedir. Ancak bu dönemde kanunların anayasaya aykırılığını denetleyen bir yargısal mekanizma mevcut olmadığından, bu aykırılığı ileri sürebilmenin imkânı da yoktu.

2. 1961 Anayasasında Askeri Yargı

1961 Anayasasıyla birlikte, 1930’larda oluşturulan yapı, önemli ölçüde tasfiye edilmiştir. Bu dönemde askeri yargı adli yargıdan bağımsız ve yepyeni bir yargı kolu olarak ortaya çıkmıştır. Askeri yargı alanındaki bu radikal değişimin sebepleri, 1961 Anayasasının kodlarında saklıdır. Bu nedenle, söz konusu kodları deşifre eden 1961 Anayasasının temel felsefesine ve vazediliş sebeplerine kısaca bakmakta yarar bulunmaktadır.

¹² İpeksümeroğlu; s. 479

1961 Anayasası, sınırlı ve vesayetçi bir demokrasi tasavvuru üzerine kurulmuştur. Özgürlükçü değil, seçkin kaygılar nedeniyle çoğunluk iradesine duyulan kuşku ve korkudan beslenen bu düşüncenin anayasal yansıması olarak, devletçi seçkinlerin temel siyasi değerlerini ve çıkarlarını kollama adına, milli iradenin kullanımını sınırlayacak çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür. Cumhuriyet Senatosu, Anayasa Mahkemesi ve Milli Güvenlik Kurulu gibi kurum ve kuruluşlara, askeri vesayet ideolojisi çerçevesinde siyasi iktidarı (parlamento ve hükümeti) gözetleme ve denetleme yetkileri tanınmıştır. Resmi ideoloji doğrultusunda demokratik siyasete vesayet eden bu devlet iktidarı bloğunun merkezinde ise Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) yer almıştır. TSK'ya sistem içerisinde üstün ve imtiyazlı bir konum tanınmıştır. Genelkurmay Başkanı'nın Milli Savunma Bakanı'na değil de Başbakan'a karşı sorumlu tutulması, milli güvenlik siyasetinin tayininde Milli Güvenlik Kurulu'na kritik yetkiler tanınması ve TSK'nın Sayıştay denetimi dışında bırakılması bu kapsamda ele alınmalıdır.

1961 Anayasasıyla ordunun sistem içerisindeki özerk ve imtiyazlı konumunu güçlendirmeye yönelik getirilen bir başka yenilik, askeri yargının anayasal bir organ olarak düzenlenmesidir. Askeri yargının anayasa seviyesinde düzenlenmesi dahi tek başına bu kuruma verilen önemi ortaya koymada yeterliyken, bununla yetinilmeyip, askeri yargının, adli yargıya paralel özerk bir yargı kolu olarak dizayn edilmesi, TSK'nin sistem içerisindeki özerk konumunu tahkim etme

anlamına gelmektedir. Bu çerçevede 1961 Anayasasıyla, bir yandan askeri yargının görev alanı genişletilmiş, diğer yandan da Askeri Yargıtay ve 1971 anayasa değişikliğiyle de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), birer yüksek yargı organı olarak anayasal düzenlemeye kavuşturulmuşlardır.

1961 Anayasasının “askeri yargı” başlıklı 138. maddesinin birinci fıkrası, “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” diyerek, askeri yargı alanına ilişkin iki önemli değişiklik öngörmüştür. Bunlardan birincisi, disiplin mahkemelerinin askeri yargı sistemine dâhil edilmesi, ikincisi ise askeri yargının görev alanının genişletilmesidir.

Bu maddenin ikinci fıkrasında, “askeri mahkemeler, asker olmayan kişileri ancak özel kanunda belirtilen askeri suçlardan dolayı yargırlarlar” denilerek, sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmalarına anayasal meşruiyet kazandırılmıştır. Böylelikle gerek asker kişiler ve gerekse siviller bakımından tabii hâkim ilkesi ihlal edilmiştir.

Anayasa'nın bu maddesinin askeri yargıya dair getirdiği yeniliklerden olumlu olanı, askeri mahkemelerde görevli olan üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olmasını şart koşmasıdır (m.

138/4). 1631 sayılı AMUK'a göre askeri mahkemelerdeki üyelerin çoğunluğu, hukukçu olmayan asker kişilerden oluşurken, bu düzenlemeyle çoğunluğun hukukçu üyelerden oluşması sağlanmıştır.

1961 Anayasasının ilk bakışta tümüyle olumluymuş gibi görünen bir başka düzenlemesi, “askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre özel kanunla düzenlenir” hükmüdür (m. 138/5). Aslında, bu hüküm, “**askerlik hizmetinin gerekleri**” ibaresini içermemiş olsa, askeri yargının bağımsızlığını sağlama noktasında çok önemli bir anayasal güvence oluşturacaktı. Ancak söz konusu ibareye yer verilmek suretiyle bu güvence, çok ciddi ölçüde kayıtlanmıştır.

Askeri yargının askeri vesayet ideolojisi açısından taşıdığı kritik önem nedeniyledir ki, Anayasa'nın 138. maddesi iki kez değişikliğe tabi tutulmuştur. 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunla yapılan ilk değişiklikle, sivillerin askeri mahkemelerde yargılanacakları alan daha da genişletilmiştir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle, askeri mahkemeler, sivil kişileri sadece özel kanunda belirtilen askeri suçlarından dolayı değil, ayrıca kanunda gösterilen görevleri ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçları nedeniyle de yargılar hale getirilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde gerçekleştirilen ikinci değişiklikten, bu maddenin iki ayrı fıkra hükmü etkilenmiştir. 15.03.1973 tarih ve 1699 sayılı Kanunla Anayasa'nın 138. maddesinin 4. fıkrasında yapılan değişiklikle, bu fıkra hükmünde yer alan "askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır" cümlesine, "Ancak, savaş halinde bu şart aranmaz" hükmü eklenmiştir. Bu maddenin son fıkrasında gerçekleştirilen değişiklikle de, "askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük İşleri"nden sonra gelmek üzere, "askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin refakatinde buldukları komutanlarla ilişkileri" ibaresi eklenmiştir.

3. 1982 Anayasasında Askeri Yargı

1961 Anayasasının yapılmasında etkin olan ideolojik kaygılar, 1982 Anayasasında çok daha belirleyici olmuştur. Askeri vesayet ideolojisinin en otoriter ve en devletçi yorumunu esas alan anayasa koyucu, devlet iktidarı-siyasi iktidar ayrımı üzerinden işleyen vesayet olgusunun alanını genişletmiş, vesayet organlarının (devlet iktidarının) demokratik siyaset ve toplum üzerindeki güç ve yetkilerini tahkim etmiştir. Bu güçlendirme ve yetkilendirmeden en fazla askeri otoriteler nasiplenmiştir.

1961 Anayasasıyla mukayese edildiğinde 1982 Anayasasının askerin sistem içerisindeki özerk ve üstün konumunu daha da pekiştirdiğini söylemek mümkündür. Bundan, -az da olsa- askeri

vesayet ideolojisinin önemli saç ayaklarından birini oluşturan askeri yargı da etkilenmiştir.

Esas itibarıyla 1982 Anayasası, askeri yargıya ilişkin 1961 Anayasasıyla kurulan düzeni büyük ölçüde koruma altına almıştır.¹³ Buna ek olarak 1982 Anayasası, AYİM'in görev alanını daha da genişletmiştir. 1961 Anayasasının Danıştay başlıklı 140. maddesinin son fıkrasında düzenlenen bu yüksek mahkeme, 1982 Anayasasında bağımsız bir maddede (m. 157) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece AYİM, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece bir yüksek mahkeme durumuna getirilmiştir.¹⁴

Öte yandan, 1982 Anayasası, askeri mahkemelerde görevli olan üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olmasını şart koşan 1961 Anayasası hükmüne yer vermemiştir. Ayrıca 1961 Anayasasının 138.maddesinin 5.fıkrasında,“(...) askeri hâkimlerin refakatinde buldukları komutanlarla ilişkileri”nin kanunla düzenleneceği ifade edilmekteyken, 1982 Anayasasının paralel hükmünde, “(...) askeri hâkimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkileri”nin kanunla düzenleneceği

¹³ Köprü; s.7.

¹⁴ Ümit Kardaş; “Askeri Gücün Anayasal Bir Yargı Alanı Yaratması ve Yürütme Erkini Etkin Bir Şekilde Kullanması”, Birikim. Ağustos-Eylül 2002, Sayı 160-161. s. 110

belirtilmiştir. Askeri hâkim açısından düşünüldüğünde, bir komutanın refakatinde olmakla, komutanlığın mahkemesinde görevli olmak arasında fark olduğu açıktır. Zira ikinci ifade, emir komuta zincirine ve ast-üst ilişkisine vurgu yapmaktadır.

III. TÜRKİYE'DE ASKERİ YARGI TEŞKİLATI

1961 Anayasasıyla başlayıp 1982 Anayasasıyla tahkim edilerek devam ettirilen askeri yargı sistemi, 1921 ve 1924 Anayasalarından keskin bir kopuşu ifade etmektedir. Zira 1960 sonrası dönemde, askeri yargıya ve askeri yüksek yargı organlarına anayasada yer verilerek askeri yargının bir anayasal kurum olarak düzenlenmesi, askeri yargıyı, adli yargıdan özerk ve bağımsız hale getirmiş ve yargıda çift başlılığa sebebiyet vermiştir.

Mevcut durumda, adli yargıya paralel bir yargı odağı olarak konumlandırılan askeri yargının teşkilatlanması, genel olarak Askeri Ceza Yargısı ve Askeri İdari Yargı olmak üzere iki başlık altında toplanabilir:

A. Askeri Ceza Yargısı

Askeri ceza yargısı, adli ceza yargısına paralel bir şekilde, iki derecelidir. İlk derece mahkemeler, disiplin mahkemeleri ve askeri mahkemelerdir; üst derece mahkeme ise Askeri Yargı'tır.

1. Disiplin Mahkemeleri

1961 ve 1982 Anayasalarında öngörölmüş olan disiplin mahkemelerinin yasal dayanağı, 16.06.1964 tarih ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluş, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'dur. Anılan Kanun'un 1. maddesine göre; disiplin mahkemeleri, tugay ve daha büyük kıt'a, karargâh ve askeri kurumlar ile Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilatında kurulurlar. Ayrıca Genelkurmay Başkanlığı, doğrudan doğruya veya Sahil Güvenlik Komutanının, Jandarma Genel Komutanının, kuvvet komutanlarının ve Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarının göstereceği lüzum üzerine diğerkomutanlıklarda, karargâhlarda veya askeri kurum amirlikleri teşkilatında da disiplin mahkemesi kurabilir.

Kanun'un 2. maddesine göre, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulan Disiplin mahkemelerinde yargılama, hâkimler tarafından değil, subaylar tarafından yapılır. Disiplin mahkemesindeki görevli subaylar, birlik komutanı tarafından seçilir ve normal kıta görevlerini de devam ettirirler.

Birlik komutanı –aynı zamanda- bu mahkemede iddianame düzenleyerek dava da açar. Disiplin mahkemelerinde savcılık görevi, “disiplin subayı” adı verilen ve yine birlik komutanı tarafından atanan bir subay tarafından yerine getirilir. 12.06.2003 tarih ve 4895 sayılı Kanunla disiplin subayının “yardımcılığı kaldırılan hâkim sınıfına mensup subaylar arasından atanması” öngörölmüşse de, bu sınıftan

atama yapılmadığı takdirde, bu görev, normal subaylar tarafından da yerine getirilebilir.

Disiplin mahkemeleri üç günden iki aya kadar oda ve göz hapsi cezası verebilir. Verilen cezalar disiplin cezaevlerinde çektirilir. İtiraz halinde disiplin mahkemesi kararları bir üst disiplin mahkemesi tarafından incelenir.

Bu yapısıyla disiplin mahkemeleri Anayasaya aykırılık taşımaktadır. Çünkü Anayasa, yargı yetkisinin Türk milleti adına “bağımsız mahkemeler” tarafından kullanılacağı hükmünü içermektedir. Oysa disiplin mahkemelerindeki üyeler, bağımsız ve tarafsız nitelikteki hâkimler değil, emir-komuta zinciri altındaki subaylardır. Bunun yanında üyelerinin atanma biçimi, mahkemenin kuruluşu ve çalışma usulleri de Anayasa’nın 138. maddesindeki “mahkemelerin bağımsızlığı” ve 139. maddesindeki “hâkimlik ve savcılık teminatı” ilkeleriyle çelişmektedir.

2. Askeri Mahkemeler

Askeri mahkemeler, 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir. Bu Kanun’da, 29.06.2009 tarih ve 5530 sayılı kanunla pek çok değişiklik yapılmıştır.

Askeri mahkemeler, iki askeri hâkim üye ve bir subay üyeden oluşmaktadır. (Ancak Genelkurmay Başkanlığı nezdindeki askeri mahkeme general ve amiralleri yargıladığı zaman, üç askeri hâkim ile

iki general veya amiralden kurulmaktadır.) Subay üye, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan tarafından belirlenmektedir. Subay üyelerin, en az yüzbaşı rütbesinde muharip sınıftan bulunmaları, sanığın astı ve yargılama süresince en yakın amiri olmamaları ve taksirli suçlar hariç bir cürüm ile hükümlü bulunmamaları şarttır. Bu mahkemede başkanlık kıdeme göre belirlenmekte, en kıdemli üye başkan olmaktadır. Dolayısıyla askeri mahkemelerin başkanları, hâkim üye olabileceği gibi subay üye de olabilmektedir. Bu mahkemelerde savcılık görevini, “askeri savcı” yapmaktadır. Askeri mahkemelerin iki açıdan Anayasa’ya aykırılık teşkil ettiği söylenebilir: İlki, askeri mahkemelerin bünyelerinde subay üyeleri barındırması, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ters düşmektedir. Zira subay üyenin bir bağımsızlığı yoktur; Onun birlik komutanının etkisi altında olması çok güçlü bir ihtimaldir. İkincisi, askeri mahkemelerdeki askeri hâkim üyelerin de bağımsızlık ve tarafsızlık sorunuyla malul olmalarıdır. Askeri hâkimler, adli yargıda görev yapan hâkimler gibi, bağımsız bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından atanmamaktadırlar. Bunların mesleğe alımı ve görev yerlerine atanmaları, Milli Savunma Bakanlığınca yapılmaktadır. Bunun da ötesinde, askeri hâkimlerin özlük işlerinde ve bilhassa meslekte yükselmelerinde, bağımsızlık söz konusu değildir. Çünkü askeri hâkimler, hâkim ve subay oldukları için iki ayrı sicil değerlendirmesine tabi tutulmaktadırlar. Buna göre “mesleki sicil belgesi”nin yanı sıra, askeri hâkimler hakkında bir de “subay sicil

belgesi” düzenlenir ve yükselmelerinde bu iki belgedeki notların ortalaması dikkate alınmaktadır. Subay sicil belgesini, askeri hâkimin birinci, ikinci ve üçüncü sicil üstleri düzenler ki, bunlar, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri amirdir.

Görüldüğü gibi askeri hâkimlerin terfileri yarı yarıya adli bir makam olmayan askeri komutanlarının verecekleri sicil notuna bağlıdır. Bu nedenle askeri hâkimlerin kendileri hakkında subay sicil belgesi düzenleyecek sicil üstleri durumunda olan komutanlara karşı bağımsızlıklarından şüphe edilebilir. Askeri hâkimler yükselmeleri yarı yarıya takdirine bağlı olduğu bir kişi karşısında kendilerini bağımsız hissetmeyebilirler.¹⁵ Bu ise hem Anayasa’daki (9. ve 138. madde) hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki (6. madde) bağımsızlık ilkesine aykırıdır.

3. Askeri Yargıtay

Anayasa’nın 156. maddesinde yer alan Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerde verilen karar ve hükümlerin son inceleme makamı, ayrıca asker kişilerin yasa ile belirlenen bazı davalarına bakan ilk ve son derece mahkemesidir. Askeri Yargıtay’ın kuruluşu ve çalışma usulleri, 08.07.1972 tarih ve 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu ile düzenlenmektedir. Askeri Yargıtay’da, beş daire (ilk derece mahkemelerden gelen dosyaları inceler), bir Daireler Kurulu (daire kararlarına karşı ilk derece mahkemelerin verdikleri direnme

¹⁵ Kemal Gözler; Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 2006, Bursa, s. 144.

kararlarını inceler), bir Genel Kurul (içtihatları birleştirir) ve bir de Başkanlar Kurulu vardır.

Askeri Yargıtay üyeleri birinci sınıf hâkimler arasından, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir.

B. Askeri İdari Yargı

Askeri idari yargı tek derecelidir. Bunun anlamı, idari yargı alanında ilk ve son derece Mahkemesi olarak tek bir mahkemenin bulunmasıdır ki, bu da AYİM'dir. AYİM, 1971 yılında, 1961 Anayasasının 140. maddesinin değiştirilmesiyle kurulmuştur. AYİM'in kuruluş ve görevleri, 04.07.1972 tarih ve 1602 sayılı Kanunla düzenlenmiştir.

1982 Anayasasının 157. maddesine göre AYİM'in görev tanımını, "asker olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa dahi, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini ilk ve son derece mahkemesi" olarak yapmaktır. Anayasa'nın ve 1602 sayılı Yasanın öngördüğü bu görev kuralı uyarınca AYİM'in bir davaya bakabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gereklidir. Bunlar;

- İdari işlem veya idari eylemin asker kişiyi ilgilendirmesi,

- İdari işlem veya eylemin askeri hizmete ilişkin olmasıdır.

Bu ikisinden özellikle “askeri hizmet” koşulu son derece tartışmalıdır. Çünkü askeri hizmete ilişkin idari işlem ve idari eylemin ne olduğu konusu pek net olarak sınırları çizilebilecek bir kavram değildir. Bu nedenle AYİM’in görev alanının sınırları çoğu kez açık olarak belirlenemediğinden uygulamada sorunlara neden olmaktadır.¹⁶

AYİM üyelerinin bir kısmı askeri hâkim, bir kısmı ise kurmay subaydır. 1602 sayılı Yasanın 8. maddesine göre; askeri hâkim olan üyeler; bu sınıftan olan başkan ve üyeler, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterilecek üç aday arasından; hâkim sınıftan olmayan üyeler ise, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday arasından Cumhurbaşkanınca seçilir.

Seçilenler arasından rütbe ve kıdem sırasına göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına, Başsavcılığına, daire başkanlıklarına ve üyeliklere, Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın imzalayacağı, Cumhurbaşkanının onaylayacağı kararname ile atama yapılır (m.9). Kurmay subay üyelerin görev süresi –en fazla- dört yıldır.

AYİM’in yapısının birçok sorun içerdiği açıktır. Öncelikle, hâkim olmayan subay üyelerin varlığının, bu mahkemenin bağımsızlığını zedelediği bir kez daha yinelenmelidir. Ek olarak,

¹⁶ Sezai Aydınalp; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanı Sorunu”, Askeri Adalet Dergisi, Yıl 22, Ocak 1994, Sayı 89, s. 52–53.

AYİM'in subay üyelerine ilişkin düzenlemesinde bu üyelerin görev süresini –bir alt sınır belirtilmeden- en çok dört yılla sınırlaması ve bu sürenin sonunda statüden ayrılarak kıt'a görevine gönderilmelerinin de yargıçlık teminatıyla hiçbir şekilde bağdaştırılamayacağını altı çizilmelidir.

Danıştay ile yapılacak bir karşılaştırma sonucu, durumun“garabet ve vahameti” daha açık bir görüntü olarak karşımıza çıkar. Danıştay'ın hâkim sınıfından olmayan üyeleri için herhangi bir sınırlama söz konusu olmayıp bunlar Anayasa'nın öngördüğü yaş haddine kadar hem göreve devam ederler, hem de gerekli güvencelerden yararlanırlar. Buna karşılık AYİM'in hâkim sınıfından olmayan üyeleri için hem dört yıllık bir görev süresi öngörülmüş ve bunun sonunda statüden ayrılarak kıt'a görevine dönmeleri esas kabul edilmiş hem de böylece anayasal güvenceleri görev süreleri ile sınırlı tutulmuştur.¹⁷

AYİM'de üç daire, bir Daireler Kurulu, bir Başkanlar Kurulu ve bir Genel Kurul bulunmaktadır. Her daire bir başkan ve altı üyeden oluşmaktadır. Üyelerden dördü askeri hâkim, ikisi ise kurmay subaydır. Daireler Kurulu, daire başkanları ile her dairenin kendi üyeleri arasından bir yıl süre ile seçeceği biri askeri hâkim, bir de bu

¹⁷ İl Han Özay; “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Dünü, Bugünü, Yarını”, Askeri Adalet Dergisi, Yıl 22, Eylül 1994, Sayı 91, s. 45.

sınıftan olmayan üyelere olmaktadır. Hem daireler hem de Daireler Kurulu oy çokluğuyla karar vermektedir.

AYİM'e açılan davalar hakkında dairelerden biri veya Daireler Kurulu karar vermektedir. Bu kararlar kesindir. Askeri idari yargıda temyiz yolu yoktur. Sadece bu kararlara karşı 15 gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Ancak karar düzeltme temyiz demek değildir. Zira bu inceleme, kararı veren daire tarafından yapılmakta ve karar düzeltme talepleri genellikle reddedilmektedir.¹⁸

Bir bütün olarak düşünüldüğünde, -ceza ve idare alanındaki varlığıyla- Türkiye'de hukuk alanında bir çift başlılığa neden olan askeri yargı, hukuk güvenliğini ve hukuk devleti ilkesini ihlal etmektedir. Çünkü askeri yargıda, hem mahkemelerin bağımsızlığına ve yargıç teminatına aykırı birçok hüküm mevcuttur hem de askeri yargı "askeri hizmetin gerekleri"ni esas almaktadır. 1982 Anayasasının askeri mahkemeleri düzenleyen 145, Askeri Yargıtay'ı düzenleyen 156 ve AYİM'i düzenleyen 157. maddelerinde, "askeri hizmetin gerekleri" olmazsa olmaz bir temel ilke olarak kabul edilmiştir. Böyle bir temel üzerinde yükselen bir askeri yargının bağımsız ve tarafsız olması imkân dâhilinde değildir.

¹⁸ Gözler; s. 117

IV. TÜRKİYE’DE ASKERİ YARGININ İŞLEVİ

Askeri yargının varlığı, ordunun varlığına bağlı olduğuna göre, bu yargının alanı da ordu mensupları ve onların askeri hizmetin ifasından kaynaklanan suçları ve disiplin suçlarıyla sınırlı olmalıdır. Tersinden söylersek, askeri yargı, askerlerin askeri suç kapsamı dışında kalan suçlarında görevli olmamalı ve sivil kişileri yargılayamamalıdır. Çünkü askeri suçlar dışında kalan suçlar bakımından asker kişileri askeri yargılamaya tabi tutmak, askeri yargının var oluş mantığına aykırıdır. Keza sivil kişilerin de askeri yargılanmaya bağlı kılınmaları, hem doğal yargıç ilkesine aykırılık teşkil etmekte hem de askeri mahkemelerin var oluş gerekçesine ters düşmektedir.

Ancak Türkiye’de, 1961 Anayasasıyla kurulan ve 1982 Anayasasıyla da sürdürülen askeri yargı sistemi, askeri yargılamayı olması gereken sınırlar içerisinde tutmamış, aksine bu yargılamanın alanını zaman içerisinde olabildiğince genişletmiştir. Bu genişletme iki yönlü olmuştur: Bir taraftan sivil kişiler askeri mahkemelerde yargılanmaya tabi tutulmuş, diğer taraftan ise askerlerin askeri suçlarının dışında kalan diğer suçları da askeri yargılamanın görev alanı içerisine dâhil edilmiştir. Böylece günümüzün evrensel hukuksal değerleriyle ters düşen; yani demokrasi, hukukun üstünlüğü, yargı

birliği, adil yargılanma hakkı ve doğal yargıç ilkelerine açıkça aykırılık teşkil eden bir yargı düzeni oluşturulmuştur.¹⁹

Bugün Türkiye’de, dünyanın başka bir demokratik ülkesinde görülmeyen bir askeri yargı sistemi mevcuttur. Gerek asker kişilerin askeri hizmetle ilgisi olmayan suçlarını yargılama yetkisine sahip olmasıyla ve gerekse Askeri Yargıtay ve AYİM ile yüksek yargı organı şeklinde örgütlenmiş yapısıyla askeri yargı, adli yargıya paralel özerk bir yargı konumundadır. Askeri yargının konu, kişi ve görev bakımından bu kadar geniş bir sahaya tesir eder hale getirilmesindeki temel gaye ise, askerin toplum ve demokratik siyaset üzerindeki vesayetini daim kılmaktır.

Türkiye’de ordu, bir bütün olarak sistem içerisinde özerk, imtiyazlı ve üstün bir konumdadır. Bu hegemonik konumunu muhafaza etmek üzere, toplumsal ve siyasal alana birtakım müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahalelerin etkin olması ve kurumsal bir süreklilik kazanması ise, söz konusu müdahalelerin mümkün olduğunca yargı denetiminin dışında tutulmalarına bağlıdır. İşte sınırları son derece geniş çizilmiş kendine has bir askerî yargıya sahip olması, orduya bu imkânı sağlamaktadır.

¹⁹ Ümit Kardaş: Türkiye’nin Demokratikleşmesinde Öncelikler. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 33 vd.

Askeri yargının başlıca iki işlevinden söz edilebilir: Birincisi, askerî alanda işlenmek kaydıyla neredeyse askerlerin işledikleri tüm suçların askerî yargının görev alanına girmesinin askere verdiği “**güven hissi**”dir. Askeri yargının son derece geniş görev ve yetkilerle donatılması, hem suç teşkil eden eylemlerin kurumun içine taşınabilmesine hem de o eylemin cezasız kalmasını mümkün kılacak bir ortamın hazırlanabilmesine imkân sağlamaktadır. İkincisi, hiyerarşik bir nitelik arz eden askerî yargı, suç isnadı yapılan asker kişilerin rütbeleri yükseldikçe onlara yönelik soruşturmanın gereği gibi derinleştirilmesini önlemektedir. Bunun anlamı; askerî yargının, alt rütbeliler için özellikle disiplin suçlarına ilişkin yargılamalarda “gerçek bir yargı mekanizması gibi” çalışması, üst rütbelilerin suç teşkil eden eylemlerinde ve ideolojik niteliği ağır basan konularda ise, bir “**aklama müessesesi**”ne dönüşme ihtimalinin yüksek olmasıdır.²⁰

V. ASKERİ YARGI DÜZENİNDEKİ HUKUKİ İYİLEŞTİRMELER

Askeri vesayet sisteminin sürekliliğini sağlayan askerî yargı sistemi, Türkiye'nin Avrupa Birliği ile bütünleşmesinde bir engel olarak görüldüğünden, özellikle 2002 yılından sonra yoğunluklu olarak tartışılmaya başlanmıştır. Bütünleşme süreci mesafe kat ettikçe

²⁰ Etyen Mahçupyan; “Askerî Yargının İşlevi”, Taraf, 19.06.2006.

bu sistemin yumuşatılmasına yönelik birtakım düzeltici değişiklikler yapılmıştır. Askeri yargı alanına ilişkin olarak bugüne kadar üç önemli değişiklik gerçekleştirilmiştir:

1. 7 Ağustos 2003 tarihinde (7. Reform Paketinde), Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (AMKYUK)'nun 11. maddesine eklenen bir fıkra ile Askeri Ceza Kanunu'nun 58. maddesinde yer alan “halkı askerlikten soğutma suç”unu yargılama yetkisi adli mahkemelere bırakılmıştır. Böylece, askeri mahkemelerin bu suça ilişkin sivilleri yargılama yetkisi elinden alınmıştır.

2. 29 Haziran 2006 tarihinde, askeri yargılamaya ilişkin 65 maddede değişikliğe gidilmiştir. 5530 sayılı “Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la, 17 suç askeri mahkemelerin görev alanından çıkarılmıştır. Böylelikle Türk Ceza Kanunu'nda siyasi suç olduğu halde Askeri Ceza Kanunu'na sokulup askeri suç haline getirilen birçok suç bakımından doğal yargıç ilkesine dönülmüştür. Fakat AMKYUK'un 12. maddesinde yer alan “müşterek suçlar” değiştirilmediğinden, sivil kişilerin bu suçlardan dolayı askeri mahkemelerde yargılanmalarına devam edilmiştir.

3. 26 Haziran 2009 tarihinde TBMM, 5918 sayılı Kanunu kabul etmiş ve bu Kanun 8 Temmuz 2009'da Cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra

yürürlüğe girmiştir. İlgili Kanunun 6. maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK)'nın 3. maddesine bir fıkra eklenerek, askeri mahkemelerin sivil kişileri yargılama yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Bu Kanunun 7. maddesiyle CMK'nın 250. maddesinde bir değişiklik yapılarak, asker kişilerin özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yetki alanına giren bir suçu işlemeleri halinde, bu mahkemelerde yargılanmaları hüküm altına alınmıştır. Bu durumda, artık asker kişiler şu suçları işledikleri takdirde –askeri değil- adli mahkemelerde yargılanacaklar: Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, haksız kazanç sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün suçları, devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, düşman devlete maddi ve mali yardım, anayasayı ihlal, Cumhurbaşkanına, yasama organına ve hükümete karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, casusluk, vb.

Çıkarıldığı esnada ve daha sonraki süreçte yapılan tartışmalara bakıldığında, söz konusu yasal değişikliğin ardında dört amacın yattığı söylenebilir: **Birincisi**, bilhassa son yıllarda yürütülen asker ve sivil kişileri kapsayan geniş çaplı soruşturmalarda yaşanan adli yargı ile askeri yargı organları arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözmektir. Bu tür uyuşmazlıklar, hem yargılama sürecini olumsuz etkileyip yargılamanın uzamasına neden olmakta hem de yargıya olan güveni sarsmaktadır. Bu konuda verilecek en iyi örneklerden biri, kamuoyunda JİTEM Davası olarak bilinen davada yaşananlardır. Çok sanıklı bu dava, asker ve sivil kişilerin “cürüm işlemek için teşekkül

oluşturmak”, “ bir suçu söylemek için işkence yapmak” ve “ taammüden adam öldürmek” gibi suçları birlikte işledikleri iddiasıyla 2005’de Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nde açılmıştır. Mahkeme, sanıklardan bir kısmının asker kişi olması gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiş ve kesinleşen kararlar birlikte dava dosyasını Diyarbakır 7. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesine göndermiştir. Askeri mahkeme ise sanıkların TSK ile ilişkilerinin kesilmiş olduğu ve yüklenen suçların da askerî suç olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

Adli ve askeri yargı arasında çıkan ihtilaf üzerine dosya Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmiştir. Mahkeme, 02.06.2008 tarihli kararında askerî mahkemenin gerekçesini kabul ederek asker kişilerin ilişkilerinin TSK’dan kesilmesi ve yüklenen suçların askerî suç olmaması (askerî hizmet ve görevlerine ilişkin olmaması) nedenleriyle adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Böylece yargılama sırf görev uyuşmazlığı, yani çift başlı yargının yarattığı belirsizlikler nedeniyle 4 yıl kadar gecikmiştir.

İkincisi, birincisiyle irtibatlı olarak, aynı davalarda askeri yargı ile adli yargı makamlarından çıkan birbirine tamamen zıt kararların önüne geçmektir. Özellikle son dönemlerde kamunun gözü önünde cereyan eden popüler davalarda, asker kişilerin hakkında adli yargı ile askeri yargının son derece farklı kararlar verdikleri gözlenmektedir. Bunun somut örneği, Şemdinli Davasıdır.

Şemdinli’de bir kitapçı dükkânına bomba attıkları iddiasıyla astsubaylar Ali Kaya ve Özcan İldeniz hakkında açılan davada, Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi, bu asker kişileri yargılama yetkisinin bulunduğuna hükmetmiştir. Yapılan yargılamada sanıklar, “adam öldürmek, “çete kurmak” ve “adam öldürmeye teşebbüs etmek” suçlarından 39 yıl 5 ay 10 gün ağır hapis cezasına çarptırılmışlardır. Karar temyiz edilmiş ve dosya Yargıtay’a gönderilmiştir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Mayıs 2007’de verdiği kararda, yerel mahkeme kararını usul yönünden bozmuş ve sanıkların üzerine atılı suçların askeri mahkemenin görev alanına girdiğine hükmetmiştir. Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi, Yargıtay kararından sonra “askeri suç - askeri mahal” kavramlarına dayanarak, direnmek yerine dosyayı Van Kolordu Askeri Mahkemesine göndermiştir. Askeri mahkeme ise, adli yargının 39 yıl ceza verdiği sanıkları serbest bırakmıştır. Yargılama halen devam etmektedir.

Albay Dursun Çiçek’in yargılanma süreci de, askeri yargı ile adli yargı arasındaki farkı göstermesi bakımından önemlidir. Hatırlanacağı üzere, siyasal iktidara karşı birtakım faaliyetleri içeren ve İrtica İle Mücadele Eylem Planı başlığını taşıyan belge medyaya yansımıştır. “Darbe Planı” olarak da adlandırılan bu belgenin altında Albay Dursun Çiçek’e ait olduğu ileri sürülen bir imza bulunması üzerine, Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı, albay hakkında bir soruşturma başlatmıştır. Askeri savcılık, belgenin Genelkurmay’da hazırlanmadığı ve albayın bu belgeyi hazırladığına dair ciddi bir şüphe

bulunmadığını belirterek, Dursun Çiçek hakkında “takipsizlik kararı” vermiştir. Ancak adli savcılar, aynı kanaatte değillerdi. Ergenekon Davasını soruşturan savcılar, Çiçek’i Ergenekon örgütü ile bağlantılı olduğu gerekçesiyle tutuklanması talebiyle mahkemeye sevk etmişler ve İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi Çiçek hakkında tutuklama kararı vermiştir. Ancak Çiçek, bu karara yapılan itiraz üzerine serbest bırakılmıştır. Bu süreçte askeri yargı ile adli yargının olaylara ne denli farklı yaklaştıkları kamuoyunca daha iyi anlaşılmıştır.

Üçüncüsü, Avrupa Birliği kriterlerini yerine getirmektir. Bu konuda gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında (İncal, Ergin, Özel ve Erükçü kararları) gerekse AB belgelerinde askeri mahkemelerin sivilleri yargılama yetkisinin kaldırılması ve bu mahkemelerin görev ve yetkilerinin Avrupa Birliği standartlarına uygun bir şekilde düzenlenmesi gerektiğine yer verilmektedir.

Nitekim 18 Şubat 2008 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi’nde, “Askeri mahkemelerin yetkisinin askeri personelin askerlikle ilgili görevlerine hasredilmesi”, AB’nin açık ve net bir talebi olarak yer almıştır. Yine, Türkiye tarafından belirlenen 30 Aralık 2008 tarihli Ulusal Program’da da “Demokratik hukuk devletinin gerekleri çerçevesinde hazırlanacak Yargı Reformu Stratejisi’nin bir parçası olarak askeri mahkemelerin görev ve yetkilerinin tanımlanmasıyla ilgili düzenlemelere devam edilecektir” sözü verilmiştir. Kısacası, Türkiye’nin Avrupa Birliği ile tam üyelik müzakerelerini

tamamlayabilmesi, demokrasi ve hukuk çıtasını yükseltmesine bağlıdır. Bu ise, askeri yargının sınırlarının daraltılmasının ve bugün bulunduğu noktadan geriye çekilmesini zorunlu kılar ki, ilgili yasayla amaçlanan hususlardan biri de budur.

Dördüncüsü ise, demokratik yaşamı ortadan kaldırmaya teşebbüs edenleri, sivil yargının denetim sahasına alarak demokratik süreci daha korunaklı kılmaktır. Türkiye'nin yakın tarihinin öğrettiği temel gerçeklerden biri, askeri mahkemeler ile darbe hazırlığında bulunan askeri personeli yargılamanın, dolayısıyla darbeleri önlemenin mümkün olmadığıdır. Türkiye'nin tarihinde bunu teyit edecek pek çok olaydan bir kaçını hatırlatmakta fayda vardır:

Demokrat Parti döneminde 9 subay darbeye teşebbüs etme suçundan tutuklanmışlardır. Ne var ki, bu subaylardan sadece ihbarı yapan Samet Kuşçu, Askeri Mahkeme tarafından mahkûm edilmiştir. 12 Mart döneminde ise, darbe sonrası askeri mahkeme 9 Martçı cuntacıları beraat ettirmiştir. Çünkü teşkilâtın ucu, Hava Kuvvetleri ve Kara Kuvvetleri'ne kadar gitmekteydi.

Bir başka olayda, Kadir Sarmusak, 28 Şubat Döneminde ordu içindeki Batı Çalışma Grubu'na ait bir belgeyi açığa çıkarmıştı. Dönemin hükümeti, cunta faaliyetleri yürütenlerin yargılanmasını sağlamak yerine, belgeyi Genelkurmay Başkanı İsmail Hakkı Karadayı'ya vermiştir. Karadayı'nın emri üzerine askeri yargı devreye girmiş ve cuntacılar hakkında herhangi bir işlem yapılmazken, cuntayı

ortaya çıkaran Kadir Sarmasak ve Emniyet İstihbarat Daire Başkanı Bülent Orakoğlu tutuklanıp Deniz Kuvvetleri Askeri Mahkemesinde yargılanmışlardır.

Başka bir örnek ise, emekli Deniz Kuvvetleri Komutanı Özden Örnek'e ait 2003–2004 yıllarını kapsayan darbe girişimlerini anlatan günlüklerin kamuoyuna duyurulmasının ardından yaşanan süreçtir. Günlüklerdeki eylemlere ilişkin yargısal süreç işletilmediği gibi, darbe günlüklerini kamunun bilgisine sunan gazeteci Alper Görmüş hakkında soruşturma başlatılmıştır.

Tüm bunlar, darbe girişimlerinin sivil yargının görev alanı içine sokulmasının ne kadar hayati önemi haiz olduğunu göstermektedir. Zira böylesi bir düzenleme, askeri vesayet rejimini zayıflatacağı gibi, demokrasiyi koruma konusunda ülkenin daha güçlü bir mekanizmaya sahip olmasına da imkân verecektir.

VI. CUMHURBAŞKANININ EK DÜZENLEME İSTEĞİ

Askeri yargının görev alanını daraltan bu yasaı onaylarken Cumhurbaşkanı bir kayıt düşerek, “askeri disiplin ve hukuki güvenceler bakımından ortaya çıkması muhtemel tereddütleri giderecek yasal düzenlemelerin yapılmasında fayda olduğunu” belirtmiştir. Bu uyarının yapılmasının nedeni, kamuoyunda, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları için gerekli bir hukuki güvencenin olmadığı iddiasının sıklıkla gündeme getirilmesidir. Bazı

yorumcular, bu yasanın yürürlüğe girmesiyle TSK mensuplarına yönelik asılsız ihbar kampanyalarının başlayacağını, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının tamamen korumasız bir hale getirildiğini ve isteyen her savcının onlar hakkında soruşturma açabileceğini dile getirmektedirler. Bu iddialar iktidar partisinde de etkili olmuş olmalıdır ki, hükümet sözcüsü ve iktidar milletvekilleri gerekli düzenlemelerin yapılacağını belirtmek ihtiyacı hissetmişlerdir.

Dile getirilen bu iddialara ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Bir kere, ister askerleri ister sivilleri hedef alsın “asılsız ihbar” TCK’nın 267. maddesinde bir suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Yasa’ya göre bir kimse hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını sağlamak amacıyla mesnetsiz iddialarda bulunan bir kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yine TCK’nın 271. maddesi, “suç uydurma” başlığı altında benzer bir fiili düzenlemekte ve bu suçu işleyenlere üç yıla kadar hapis öngörmektedir. Buna ek olarak, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (MDKGYHK), asılsız şikâyetlere veya ihbarlara dayanarak soruşturma açılmasını engelleyecek hükümler ihtiva etmektedir. Kanun, genel nitelikte ihbar veya şikâyetlerin dikkate alınmayacağını, ihbar veya şikâyetin kişi ve olay belirtilmediği, suça dair ciddi belge ve bulguya dayandırılmadığı takdirde işleme konulmayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla bu yasal tedbirler karşısında, askerler hakkında bir ihbar furçasının başlayacağı yönündeki iddialar gerçekçi görünmemektedir.

Keza, Genelkurmay Başkanının ve Kuvvet Komutanlarının hukuki korumadan tamamıyla yoksun olduğu görüşü de gerçeği yansıtmamaktadır. Şöyle ki: CMK'nın 250. maddesinde yer alan suçlardan birini işlemesi halinde Genelkurmay Başkanı veya Kuvvet Komutanları için bir izin müessesinin olmaması doğaldır. Yani Genelkurmay Başkanı veya Kuvvet Komutanları, uyuşturucu ticareti yapma, mafya benzeri yasadışı gizli suç örgütlenmelerine gitme, cumhurbaşkanına suikast düzenleme, anayasayı ihlal etme, hükümeti devirme gibi suçlardan birini işlediklerinde, onların bir dokunulmazlığa veya koruma kalkanına sahip olmamaları zaten işin tabiatı icabıdır. Çünkü belirtilen suçlar askeri suç veya görev suçu değildirler. Dolayısıyla bunları işleyenler hakkında savcıların doğrudan dava açmalarında bir beis yoktur.

Bunun dışında kalan suçlarda Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları için bir hukuki korumanın olmadığı iddiası da doğru değildir. Zira MDKGYHK'nın "izin vermeye yetkili merciler" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, "Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilatında görevli olup ortak kararlar ile atanmış memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan veya Başbakanın soruşturma izni vermeye yetkili" olduğu ifade edilmektedir. Genelkurmay Başkanının Bakanlar Kurulu kararıyla, Kuvvet Komutanlarının ise üçlü kararnameyle atandığı dikkate alındığında, Başbakanın veya Milli Savunma Bakanının izni olmadan TSK'nin

komuta kademesi hakkında bir dava açılması mümkün değildir. Hatta daha ötesi, aynı yasanın 4. maddesine göre, savcıların kaybolma ihtimalleri bulunan delilleri tespit etmekten başka bir işlem yapmaları da yasaktır.²¹ Bu yasal güvenceler, diğer kamu görevlileri için olduğu kadar askerler için de geçerlidir.

Cumhurbaşkanının ek yasal düzenleme isteği fırsat bilinerek üzerinde ivedilikle çalışılması gereken konu, komuta kademesini yargılayacak makamın belirsizliğini ortadan kaldırmak olmalıdır. CMK'nın 250. maddesinde gösterilen suçlarda askeri yargının yetkisi kaldırılmış ve bu suçlarla ilgili muvazzaf subayların yargılanmasında sivil mahkemeler yetkili hale gelmiştir. Ancak mevcut düzenleme, yasalarda AYM ve Yargıtay tarafından yargılanacakları belirtilmiş olan sivilleri bu hükümden muaf tutarken, askerleri bu kapsam içinde bırakmıştır. Yani belirtilen suçları işleyen askerler ve genel olarak siviller özel görevli ağır ceza mahkemelerinde, bazı üst düzey bürokratlar ise AYM veya Yargıtay'da yargılanacaklardır. Bu nedenle iki öneri dile getirilmektedir:

a) Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarına ilişkin soruşturma izne bağlansın: Hükümetin sıcak baktığı bu öneri, kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin hukukun genel sistemiyle tutarlı değildir. Çünkü bu sistemde kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı yargılanmalarının yetkili merciin iznine

²¹ Avni Özgürel; "Başbakan Nasıl Yanıtılır◆", Radikal, 15.07.2009.

bağlanması, sadece ilgililerin ‘görev suçları’ için geçerlidir. Oysa tartışılmakta olan suçlar bu nitelikte değildir. “Adi suçlar” veya “kişisel suçlar” olarak da anılan, kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olmayan bu suçlar savcılar tarafından doğrudan doğruya soruşturulabilirler. Bu itibarla, hükümetin Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının bu suçlardan yargılanabilmelerini izne bağlama girişimi işin tabiatına aykırıdır. Kaldı ki, görev suçlarına ilişkin bir durum söz konusu olduğunda –daha önce de belirtildiği gibi- Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının soruşturulması için izin müessesesi MDKGYHK’da mevcuttur. Kanun’un 3. maddesinden Genelkurmay Başkanı için Başbakan, Kuvvet Komutanları için Milli Savunma Bakanının izin mercii olduğu sonucu çıkarılabilir.

b) Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları da – diğer üst düzey sivil bürokratlar gibi- aynı yüksek mahkemelerde yargılsın: AYM, Yüce Divan sıfatıyla cumhurbaşkanını, başbakanı, bakanları ve yüksek yargı organı mensuplarını yargılamaktadır. Bu özel yargı mercisinde siyasetçilerin ve yüksek yargı mensuplarının yargılanmaları, Anayasa’nın, demokratik siyasete ve hukuk devleti ilkesine verdiği önemden kaynaklanmaktadır. Bu evrensel değerlere verilen önemin bir gereği olarak, söz konusu kişilere bir ayrıcalık tanınmaktadır. Yüksek siyaset ve yargının dışında kalan Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının AYM’de

yargılanmalarını öngörmek, Anayasa'nın sözünü ettiğimiz yaklaşımıyla bağdaşmamaktadır.

Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının nerede yargılanacakları, bu kişilerin görev suçlarıyla ilgili yargılanma mercileri dikkate alınarak belirlenmelidir. Çünkü asıl sorun burada yatmaktadır. Zira bu kişileri yargılamak fiilen mümkün değildir. Çünkü Genelkurmay Askeri Mahkemesi, general ve amiralleri yargıladığında, üç askeri hâkim ve iki general veya amiralden kurulmaktadır. Muharip sınıftan subay üyelerin (iki general veya amiralin) ise, “sanığın astı ve yargılama suresince en yakın amiri olmamaları” gerekmektedir. Ancak, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının en yakın amiri olmayan ama aynı zamanda üst'ü olan iki general ya da amiral bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu rütbelileri yargılayacak mahkeme teknik olarak kurulamamaktadır. Bu nedenle, mevcut sistem dâhilinde belki en iyi çözüm, hem CMK'nın 250. maddesinin kapsamına giren suçlarda ve hem de görev suçlarında Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları için -Anayasa Mahkemesinin değil- Yargıtay'ın bir Ceza Dairesinin veya Ceza Genel Kurulunun görevlendirilmesidir.²²

²² Mustafa Erdoğan; “Sorun Güvencesizlik Değil Ayrıcalıklar”, Star, 16.07.2009.

VI. YASAL DEĞİŞİKLİK VE ANAYASA MAHKEMESİ

Sivil kişilere askeri mahkeme yolunu kapatan ve askerlerin bazı suçlara ilişkin sivil mahkemelerde yargılanmasına imkân tanıyan yasal düzenleme, Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girdikten sonra, CHP tarafından iptali istemiyle AYM’ ye götürülmüştür. CHP’nin olağanüstü grup toplantısında oy birliğiyle aldığı karar sonrasında hazırlanan dava dilekçesinde, bahse konu olan yasal düzenlemenin Anayasa’nın 145. maddesine açıkça aykırı olduğu savunularak düzenlemenin iptali ve yürürlüğün durdurulması talep edilmiştir.

Başvuru hukuki açıdan ele alındığında, şöyle bir değerlendirme yapılabilir: 5918 sayılı Kanunun, Anayasa’nın 145. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olduğu iddiası ilk bakışta “doğru” veya “hukuken savunulabilir” görünmektedir. Gerçekten de Anayasa’nın ilgili hükmünün sadece lafzı dikkate alındığında, yani lâfzî yorumla hareket edildiğinde, aykırılık iddiasının doğruyu yansıttığı söylenebilir. Nitekim Yargıtay Başkanı Hasan Gerçek de yaptığı bir açıklamada, “düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığını hiç kimsenin söyleyemeyeceğini” belirterek konuya bu açıdan yaklaştığını ortaya koymuştur. Fakat konuya iki farklı açıdan yaklaşmak ve aykırılık iddiasını geçersiz kılmak mümkündür:

1. Askeri yargının görev alanına giren suçlar için Anayasa dört ölçüt belirlemiştir: a) Asker kişilerin askeri suçları, b) Asker kişilerin

asker kişilere karşı işledikleri suçlar, c) Asker kişilerin askeri mahallerde işledikleri suçlar ve d) Asker kişilerin askerlik görev ve hizmetleriyle ilgili suçları. Bu ölçütler dâhilinde değerlendirildiğinde ortaya çıkan tablo şudur: CMK'nın 250. maddesinde belirtilen suçların askeri suçlar, askerlere karşı işlenmiş suçlar ve askerlik göreviyle ilgili suçlar olmadığı açıktır. Bunun için Anayasa'ya aykırılık iddiasında dayanılabilecek tek ölçüt olarak “askeri mahal” ölçütü kalmaktadır.

“Askeri mahal” ölçütünü değerlendirirken akılda tutulması gereken, sivil yargının görev alanının bütün suçlar açısından değil, sadece CMK'nın 250. maddede belirtilen suçlar bakımından genişletilmiş olmasıdır. Söz konusu suçların başında ise bazı örgütlü suçlar yanında, anayasal düzene ve bu arada Cumhurbaşkanlığı, TBMM ve hükümet gibi anayasal kurumlara karşı işlenen suçlar gelmektedir. CMK'nın 250. maddesinde sayılan suçların hemen hemen tamamı ya örgütlü suçlar olmaları sebebiyle ya da suç konusu fiilin doğası gereği münhasıran askeri mahalde işlenemeyecek suçlar oldukları için “suç mahalli” kavramını devre dışı bırakan suçlardır. Bu suçların oluşumu için bunlara konu olan fiillerin mutlaka askeri mahaller dışında bir bağlantısı ve devamlılığı olmalıdır. Dolayısıyla bu suçlar, salt askeri mahallerde işlenebilecek suçlar değildir. Bu itibarla denilebilir ki, yapılan yasal değişiklik Anayasa'nın 145.

maddesinde belirtilen dört ölçüt bakımından da herhangi bir sorun taşımamaktadır.²³

2. İptali istenen kanuni düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu denetlenirken, yalnızca lâfzî yorumla değil aynı zamanda, “hak eksenli” bir yorum ile de anayasaya aykırılık sorununu aşmak mümkündür. Hiç kuşkusuz, herhangi bir hukuk normu yorumlanmaya başlandığında, öncelikle o normun lafzına/sözüne müracaat edilir. Ancak lâfzî/sözel yorum, her zaman için hukuk normunun gerçek anlamını ortaya koymada yeterli olamayabilir. Çünkü bu yorum tekniğiyle, hukuk normunun daha ziyade sübjektif anlamı tespit edilebilir. Oysa çoğu kez hukuk normunun sübjektif anlamından farklılaşan objektif anlamını ortaya çıkarmak çok daha büyük önem taşımaktadır.

Bilhassa hukuk normunun konulmasının üzerinden çok zaman geçmesi ve toplumsal olanla ilişkisinin kopması veya değişmesiyle birlikte, söz konusu hukuk normunun sübjektif anlamı ile objektif anlamı farklılaşabilir. Böylesi bir durumda hukuk normunun ratio legis'ine, yani vazedilme sebebine (hikmet-i teşrii) ve güttüğü amaca yönelerek objektif anlamına ulaşmak icap etmektedir. Özgürlüklerin korunmasındaki “hak eksenli” yaklaşımın kullandığı teleolojik

²³ Mustafa Şentop; “Eski Hal Muhal: Anayasa Mahkemesi Kararı Neyi Değiştirir?”, Radikal, 14.07.2009.

(amaçsal, gai) yorum yöntemi, hukuk normunun taşıdığı amaca ve çağın gereklerine uyumlu bir şekilde yorumlanmasını öngörmektedir. Bu yöntem, hukuk normunu somut yaşam içinde gördüğü işleve göre anlamlandırmaya çalışmakta ve hukuka dinamizm katmaktadır. Böylece hukuk kuralları zaman içinde donmuş kalıplar olmaktan kurtulmakta, toplumsal değişime ve değişimin doğurduğu ihtiyaçlara cevap verebilir hale gelmektedirler.

İptali istenen yasal düzenlemenin Anayasa'nın 145. maddesine uygunluğu denetlenirken Anayasa'nın ilgili normu, çağın gereklerine uygun amaçsal bir yoruma tabi tutulduğunda, iptal davasına konu edilen hukuki düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığını iddia etmek mümkün değildir.²⁴ Zira iptali istenen yasal düzenleme, Anayasa'nın değiştirilemez hükümleri arasında zikredilen, “insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devleti” ilkesiyle mutlak bir uyum içindedir. Çağdaş dünyanın temel siyasi değerleri arasında yer alan insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi değerleri, asker kişilerin askeri olmayan suçlarından dolayı askeri mahkemelerde yargılanmasını öngören ve kendi içinde tamamen özerk ve sivil denetimin dışında tutulan bir askeri yargının varlığına cevaz vermemektedir. Böyle bir yargı sistemi, sözü edilen üç evrensel siyasi değerlerin gereği olan tabii hâkim ilkesine, yargının birliği ilkesine, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine, sivil otoritenin üstünlüğü

²⁴ Ergun Özbudun; “Anayasa Yargısının Sınırları”. Yeni Şafak, 02.07.2009.

ilkesine ve adil yargılama hakkına açıkça aykırılık arz etmektedir. Dolayısıyla, bu ilkelere aykırılığı kısmen de olsa gidermeye matuf olan bir yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası, Anayasa'nın kendisiyle çelişmektedir.

VII. ASKERİ YARGIYA İLİŞKİN DÜNYADAKİ EĞİLİMLER

Bazı suçlar bakımından askerlerin sivil mahkemelerde yargılanmasına izin veren düzenleme, Türkiye'de sivil-asker ilişkilerinin normalleştirilmesine katkıda bulunması açısından demokrasinin, adil yargılanma hakkını daha güvenceli kılacağından insan haklarının ve yargının birliği ile bağımsızlığına hizmet edeceğinden hukuk devleti ilkesinin güçlenmesini sağlayan bir düzenlemedir. Atılan bu adım çok önemli bir adım olsa da, askeri yargı konusunda daha yapılacak birçok iş vardır. Meclis'e düşen görev, daha ayrıntıları düzenlemeler yaparak askeri yargının görev alanını bir hukuk devletinde olması gereken sınırlara çekecek anayasal ve yasal düzenlemeleri bir an önce yapmaktır. Bu yapılırken, hemen bütün demokratik ülkelerin askeri yargı-sivil yargı ikililiği mevzuunda üzerinde uzlaştıkları ilkeler dikkate alınmalıdır.

Bu ilkelere birincisi, **sivil vatandaşların hiçbir surette askeri mahkemelerde yargılanmamasıdır**. Örneğin AİHM, İncal Kararı'nda, askeri hiyerarşi içindeki askeri yargıcın tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda duyulan kaygının haklılığına işaret

etmektedir. Ergin Kararı'nda ise, sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmaması gerektiği yönündeki mevcut eğilimi anlatmakta ve askeri mahkemelerin sivil mahkemelerle aynı güvenceye sahip olsalar bile ilke olara ceza yasasına giren suçlar bakımından sivilleri yargılamamaları gerektiğini söylemektedir.

İkincisi, bir ülkenin yargı sistemi içerisinde askeri mahkemelere yer verilmiş olsa bile, bu mahkemelerin verdikleri kararların mutlaka üst sivil mahkemelerin denetimine tabi tutulmasıdır. Türkiye'de askeri bir mahkeme tarafından verilen bir karar yine üst bir askeri mahkemece denetlenmektedir. Yani askeri bir mahkemenin verdiği karar, Askeri Yargıtay tarafından denetime tabi tutulmaktadır. Oysa demokratik ülkelerde durum böyle değildir. Bu ülkelerde askeri mahkemeler bulunsa da, bu mahkemelerin verdiği kararların temyizini yine askeri mahkemeler yapmamakta; aksine temyiz incelemesi, adli mahkemeler tarafından yerine getirilmektedir. Örneğin:

İngiltere'de askeri mahkemelerin kararları, sivil hâkimlerden oluşan Askeri Temyiz Mahkemesi tarafından denetlenmekte ve bu mahkemelerin kararlarına karşı da Lordlar Kamarası'na başvurulabilmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde askeri mahkemelerin üzerinde İstinaf Mahkemesi, bunun üzerinde de beş sivil hâkimden oluşan Silahlı Kuvvetler Temyiz Mahkemesi bulunmaktadır.

Kanada'da askeri mahkemelerin üzerinde, Federal Mahkeme tarafından görevlendirilen sivil hâkimlerden teşekkül eden İstinaf Mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkemenin kararları da Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmektedir.

Fransa'da ikisi sivil, üçü askeri olmak üzere beş hâkimden oluşan Daimi Silahlı Kuvvetler Mahkemesinin kararlarının temyiz incelemesi Yargıtay'da yapılmaktadır. Keza **İtalya, İspanya, Portekiz, Hollanda ve Yunanistan'da** da askeri mahkemelerin vermiş olduğu kararlara karşı sivil denetim mevcuttur.

Dolayısıyla Türkiye'de olduğu gibi Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi şeklinde yüksek askeri yargı mahkemelerinin bulunması ve bunların askeri mahkeme kararlarını denetlemesi bir hukuk devletinde kabul edilebilir olmaktan çıkmıştır.

Üçüncüsü, **bünyesinde taşıdığı sorunlar nedeniyle mümkün olduğunca askeri yargının alanını daraltmak, hatta askeri yargıyı tümünden kaldırmaktır.** Gerçekten de askeri yargı, içinde birçok sorun barındırmaktadır. Bir kere, askeri yargıda görev almak için aranan şartlar, modern hukuk tarafından kabul edilemez niteliktedirler. Adli yargıç olmak için gereken şartların aksine, orduda görev yapan herhangi bir asker kişi, askeri mahkemelerde yargıç pozisyonunda görev yapabilmektedir. Oysa hukuk nosyonu kazanmadan bir kimsenin hâkim olması, hukuki uyuşmazlıkları hukuka uygun olarak çözebilmesi, tarafsız ve adil bir karar verebilmesi çok güçtür. Bunun

da ötesinde, askeri yargının muhakeme sùjelerinin görevleri arasında bir ayırım yapmakta zorluk çekmesi nedeniyle, askeri yargıda tarafsız bir yargılamanın yapılması da son derece güçtür.²⁵

Hukuk devletinin olmazsa olmaz şartlarından biri, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Burada kilit kavram “tarafsızlık”tır; “bağımsızlık” hâkimin tarafsız hareket edip karar verebilmesini sağlamak için vardır. Bu ilkenin amacı, hâkimlerin herhangi bir gücün etkisi ve baskısı altında kalmaksızın tarafsızca hareket edip adil kararlar verebilmelerini sağlamaktır. Hâkimlerin bağımsız olup tarafsız karar verebilmeleri için kendilerini güvende hissetmeleri gerekmektedir. Bu nedenle hâkimlere “hâkimlik teminatı” tanınmaktadır. Oysa askeri mahkemelerde hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmalarını sağlayacak yeterli teminatları yoktur. Örneğin Türkiye’de askeri hâkimlerin;

- Mesleğe kabulleri Milli Savunma Bakanlığınca yapılmakta,
- Denetimleri, Milli Savunma Bakanlığına bağlı Teftiş Kurullarınca yerine getirilmekte,
- Terfileri hem mesleki ve hem de kıta amirlerinin verdikleri sicil notu çerçevesinde gerçekleşmektedir.

²⁵ Hasan Dursun: “Askeri Yargıya Genel Bir Bakış”,
http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/20011_h.htm.

Yani askeri hâkimlerin atanmaları, tayinleri, terfileri ve denetimleri, askeri idare tarafından yapılmakta, tüm işlemleri askerin hiyerarşik yapısına bağımlı olmaktadır. Bu yapı içerisinde görev yapan bir askeri hâkimin kendisini güvende hissederek bağımsız davranması ve tarafsız kararlar vermesi güçtür. Bu nedenle, askeri yargının yetkilerinin azaltılması ve mümkün olduğunda ortadan kaldırılması, hukuk dünyasında güçlü bir eğilim haline gelmiş bulunmaktadır. Nitekim **Almanya, Danimarka, İsveç ve Belçika'da** barış dönemlerinde askeri mahkemeler bulunmamaktadır. **Avusturya'da** ise hem barış zamanında hem de savaş zamanında askeri mahkemeler yargı sistemi içinde yer almamaktadır.

VIII. SONUÇ VE ÖNERİLER

Demokratik hukuk devletlerinin üzerinde uzlaştıkları bu değerler, aslında Türkiye'nin de yapması gerekenleri işaret etmektedir. Son yasal değişiklikle birlikte sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasının önüne geçilmiştir. Ancak diğer iki konuda, yani askeri mahkemelerin yargı yetkisinin daraltılması ve askeri mahkemelerin sivil yargının denetimine sokulması konularında, Türkiye esaslı bir yargı reformunu gerçekleştirmek durumundadır. Bu bağlamda yapılması gerekenler şöyle özetlenebilir:

1. Türkiye'nin çağdaş dünyanın kabul ettiği standartlara uygun bir askeri yargı düzenini kurabilmesi için Anayasa'nın 145. maddesi

ya kaldırılmalı ya da ivedilikle değiştirilmelidir. Tercihe şayan olan, maddenin tümünden kaldırılmasıdır. Çünkü askeri yargı, Anayasa yerine yasalarla da düzenlenebilir. Ancak eğer bu madde kaldırılamıyorsa, o takdirde değiştirilmesi yoluna gidilmelidir. Böylesi bir değişiklik girişiminde, Ergun Özbudun başkanlığındaki akademik heyetin hazırladığı sivil anayasa taslağındaki konuya ilişkin düzenleme esas alınabilir. Özbudun Taslağında mevcut Anayasa'nın 145. maddesine tekabül eden 111. maddesi bugünkü sorunları aşmak için şu şekilde kalem alınmıştır: “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.” Bu taslakta, ne sivillerin bazı durumlarda askerî mahkemelerce yargılanmalarına imkân sağlayan hükümlere, ne de “askerlik hizmetlerinin gerekleri” gibi ibarelere yer verilmiştir.

2. Askeri mahkeme kararlarının sivil denetime açılması için Anayasa'nın 156. maddesinde yer alan Askeri Yargıtay kaldırılmalıdır. Askeri mahkemeler tarafından verilen kararlar, bir üst mahkeme olarak Yargıtay'da temyiz incelemesine tabi tutulmalıdırlar. Bu sayede Askeri Yargıtay ile Yargıtay'ın aynı konuda farklı içtihatlar oluşturmasının önüne de geçilmiş olunacaktır.

3. Anayasa'nın 157. maddesinde düzenlenen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmalı; idari davalar tamamen sivil yargı

tarafından karara bağlanmalıdır. Yargıdaki çift hukukluğunun giderilmesi için, hukuk düzenine 1971 yılında girmiş bulunan bu mahkemenin kaldırılması zorunludur.

4. 1930 tarihli Askeri Ceza Kanunu, günün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak, eskimiş bir kanundur. Bu nedenle, sadece askerler tarafından işlenen ve askeri hizmet ve görevle ilgili olan suçları “askeri suç” olarak niteleyen yeni bir askeri ceza kanunu yapılmalıdır.

5. Askeri hâkimlerin bağımsızlığının sağlanabilmesi için, Askeri Hâkimler Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan askeri hâkimin birinci, ikinci ve üçüncü üstleri tarafından verilen “subay sicil belgesi notu” kaldırılmalıdır. Zira bu uygulama, hâkimin bağımsızlığı ilkesine ters düşmektedir. Askeri hâkimlerin bağımsızlığının korunması açısından askeri hâkim ve savcılarının da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlı kılınmaları doğru bir tercih olacaktır.

6. AMKYUK'nun 2, 3, 4 ve 5. maddelerinde bahsi geçen, hâkim sınıfından olmayan ve hukuk eğitimi almamış subay mahkeme üyeleri kaldırılarak yerine hukuk eğitimi almış hâkimlerin atanması gereklidir. Gerek askeri mahkemeler ve gerek disiplin mahkemelerinde bulunan hukuk fakültesi eğitimi almamış subay üyelerin varlığı, “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hâkimlik ve savcılık teminatı gibi” ilkelere aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle, askeri mahkemelerde yer alan subay üye düzenlemesi kaldırılmalı; disiplin mahkemelerinin görev alanına giren tüm konularda

yargılamanın hâkimler tarafından yapılmasını sağlayacak hukuki düzenlemelere yer verilmelidir.²⁶

7. Askeri mahkemeler, adli yargı teşkilatı içine alınarak -tıpkı İş Mahkemeleri, Çocuk Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri gibi- uzmanlık mahkemeleri haline getirilmelidir. Bu mahkemelerin verdikleri kararlar Yargıtay'ın denetimden geçirilmelidir. Yargıtay'ın bir dairesi bu suçların temyiz incelemesiyle görevlendirilebilir.

Görüldüğü gibi, askeri yargıya ilişkin yapılması gereken çok sayıda düzenleme mevcuttur. Böylesine ağır bir yükün üstesinden gelinebilmesi için, Adalet Bakanlığının kapsamlı bir reform stratejisi geliştirmesi gerekir. Ancak böyle bir reform stratejisiyle askeri yargı açısından çağdaş demokratik hukuk devletlerinin standartlarına ulaşmak mümkün olabilir.

²⁶ Adem Erol, "Çokbaşı Yargı Sistemi", Taraf, 10.07.2009.