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

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Askeri Yargıtay 1. Dairesi

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

I- OLAY

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

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Askerî Mahkemece; sanığın, 04.06.2011 tarihinde yetkili olmadığı hâlde askerî muamelat hakkında açıklamada bulunmak suçunu işlediği kabul edilerek, ASCK’nın 95/3, TCK’nın 62/1 ve 52’nci maddeleri gereğince üç bin Türk Lirası adlî para cezası ile cezalandırılmasına, sanığa verilen adlî para cezasının TCK’nın 52/4’üncü maddesi uyarınca yirmi ayda yirmi eşit taksitte tahsiline, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geriye kalan adli para cezasının tamamının sanıktan defaten tahsiline, ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrilmesine, ASCK’nın Ek-10’uncu maddesi uyarınca yasal imkan olmadığından sanık hakkında tayin edilen hapis cezasına havi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına, TCK’nın 63’üncü maddesi uyarınca 12.04.2012-16.04.2012 tarihleri arasında adli gözlem altında geçirdiği sürenin cezasından mahsubuna karar verilmiştir (Dz.390-394).

Hüküm, sanık ve müdafii tarafından; usul, sübut ve uygulamaya ilişkin sebepler ileri sürülerek, yasal süresi içinde ayrı ayrı temyiz edilmiştir (Dz.389, 404-406).

Hükmün onanması yönünde görüş bildirilen ve sanık ile müdafine tebliğ edilen tebliğnameye (Dz.419-420), sanık tarafından yazılı olarak cevap verilmiştir (Dz.415-416).

Yapılan incelemede;

Sanığın, Edirne/Süloğlu 54. Mknz.P.Tug.K.Topçu Tb.K.lığında İsth.Sb. olarak görev yaptığı sırada, KKK. Hrk. Bşk.lığı Kuvvet Yönetim Geliştirme Ş.Md.lüğü tarafından geliştirilen bir karar destek projesi olan, Muharebe Sahası Yönetim Sistemi (MSYS) Projesinin, 14-16 Haziran 2011 tarihlerinde gerçekleşen deneme tatbikatını icra edecek birlik olarak sanığın da görev yaptığı 54’üncü Mknz.P.Tug.K.lığının görevlendirildiği, icra edilecek deneme tatbikatında proje bilgisayarlarındaki MSYS yazılımının kullanımını öğretmek maksadıyla, KKK.lığı ilgili şubesinden gelen altı eğitici subay tarafından 23-27 Mayıs 2011 tarihleri arasında 54’üncü Mknz.P.Tug.K.Yrdc.lığı Karargâhında kurulan bilgisayar destekli ortamda uygulamalı kullanıcı eğitimi verildiği, kullanıcı eğitiminin gizlilik derecesinin, eğitimi veren KKK.lığının ilgili şubesi tarafından “Hizmete Özel” olarak belirlendiği (Dz.105), sanığın da, 23.05.2011-03.06.2011 tarihleri arasında verilen “Muharebe Sahası Yönetim Sistemi Yazılımı Kullanıcı Kursu”na katıldığı, Edirne/Süloğlu’nda B Tipi Askeri Gazinoda kalan sanığın, 04.06.2011 tarihinde şahsi dizüstü bilgisayarını kullanarak Askerî Gazino Müdürlüğü adına kayıtlı kablosuz internet hattından internete bağlanmak suretiyle, daha önce kendi adına açtırdığı “….com” adlı internet sitesine, “MSYS (MUHAREBE SAHASI YÖNETİM SİSTEMİ)” başlıklı;

“MSYS denen bir çalışma başlatıldı TSK’de. Çalışma NATO kapsamında tüm Silahlı kuvvetlerin ortak bir yazılım altında toplanmasını hedefliyor. MSYS yazılımının ana kaynağı ABD’de yapılan bir yazılım. ABD bu yazılımı terk etme düşüncesinde.

MSYS yazılımının temel amacı Komutanların oturdukları yerden Muharebe Sahasında olup bitenleri bilgisayar ekranlarından izleyerek müdahale edebilmelerini sağlamak. Yani yazılımın sağladığı büyük bir fayda yok. Komutan zaten Muharebe Sahasında olmalı ve Muharebeyi çeşitli muhabere vasıtaları ile yakından takip etmelidir. Bunun için bilgisayarlara girdi yapılmasına gerek yoktur. Savaşı bırakıp alt kademelerin bilgisayara girdi yapmasını beklemek en büyük saçmalıktır. ABD savaş ortamında bu yüzden yazılımı kullanmamıştır.

MSYS için günümüzde en az 20 proje subayı çalışmaktadır. Proje subayları yazılımın operatörleri niteliği taşımaktadır. Bu subaylara verilen maaşlar proje amacıyla harcanmaktadır. Proje amacıyla halen sivil yazılım firmalarına büyük meblağlar ödenmektedir. MSYS projesi için şu ana kadar yapılan harcama milyon dolarları geçmiş durumdadır.

Tüm harcamalara ve emeğe rağmen Sistem çalışmamaktadır. Sistem 1 saat çalışırsa 1 saat arıza vermektedir. Sürekli kilitlenmektedir. Sistemin çalışması için yapılması gereken girdi süresi 3-4 gündür. Bu sürede yaptığınız girdiler sistemin ağır aksak çalışabilmesi için şarttır.

TSK bu proje kapsamında devletin imkanlarını israf etmektedir. Bu projeyi yürürlüğe koyanların ve destekleyenlerin ivedi olarak yargılanması gerekir. Tüyü bitmemiş yetim hakkı göz göre göre israf edilmektedir. Sistem tatbikatlarda denenmekte ve düzgün olarak asla çalıştırılamamaktadır.

Bu tarz israflar ve maddi imkânların kötüye kullanımı TSK’de yaygınlaşmıştır. Acil olarak müdahale yapılmalıdır. Bu hususun affedilir yanı yoktur. Herkes bu hususta üstüne düşeni yapmak zorundadır.” şeklinde bir yazı yazdığı ve konuya ilişkin bir şemayı da internet sayfasına eklediği, Kara Kuvvetleri Komutanlığınca durumun tespit edilerek işlem yapılmak üzere 54. Mknz.P.Tug.K.lığına gönderildiği (Dz.57-61), maddi bir olay olarak sabit görülmüştür.

Sanığın gerek Askeri Savcılığa gönderdiği yazılı savunmasının içerisinde (Dz.89-92), gerekse temyiz dilekçesinde (Dz.404-406); üzerine atılı suça konu yazının ve eklediği şeklin ifade özgürlüğü dahilinde yazıldığını, düşünce ve ifade özgürlüklerinin Anayasa ile korunduğunu belirtmiş olması nedeniyle, heyetimizce, sanığın üzerine atılı olan, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunun 1’inci maddesi ile Askeri Ceza Kanununun 95’inci maddesine 3’üncü fıkra olarak eklenmiş olan “Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelât, teşkilât, hareket, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.” hükmünün, Anayasa’nın 2, 13 ve 26’ıncı maddelerine aykırılık teşkil etmesinin söz konusu olup olmayacağı tartışılmıştır.

İlgili yasa hükümleri;

22.5.1930 tarihli ve 1932 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun,

“Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin ilk hali;

“Madde 95;

1- Hakkı ve vazifesi olmadığı halde askerî muamelât teşkilât ve tesisat ve yahut tertibata müteallik işler hakkında müzakere ve istişare için askerî toplıyan veya bu gibi hususlar hakkında, birlikte beyanat ve şikâyatta bulunmak üzere imza toplıyan her kim olursa olsun üç seneye kadar hapsolunur.

2- Böyle bir toplanmağa bilerek gelen veya beyanat ve şikâyetlere iştirak eden altı aya kadar hapsolunur.”

II. 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunla değişik “Hilafı salahiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin son hali;

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

1. Hakkı ve görevi olmadığı halde askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında:

a) Müzakere veya istişare için asker kişileri toplıyan, b) Birlikte beyanat veya şikayette bulunmak üzere imza toplıyan, c) Birlikte beyanat veya şikayette bulunan, d) Her ne suretle olursa olsun gösteri veya tezahüratta bulunan, Kim olursa olsun altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

2. (a) fıkrasında yazılı toplantıya bilerek katılanlar ile (b) fıkrasında yazılı beyanat ve şikayetlere imza koyanlar altı aya kadar hapsolunur.

3. Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı yazan veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

4. Astlık - üstlük münasebetlerini zedelemeye, amir veya komutanlara karşı güven hissini yok etmeye matuf olarak alenen tahkir veya tezyif edici fiil ve harekette bulunanlar altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

5. Bu maddede yazılı suçların basın yoliyle işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir.

6. Bu maddenin 3 ve 4 üncü fıkralarında yazılı suçlar hakkındaki soruşturma icrası Milli Savunma Bakanının iznine tabidir.”

hükümlerine yer verilmiştir.
22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesini değiştiren 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunun değişiklik gerekçesinde “Kısa genel açıklama; Askerî Ceza Kanununun yeniden düzenlenmesi yapılmış ve ön tasarı Yüksek Askerî Şûranın tasvibinden geçirilmiş ise de; ancak kod kanunu niteliğindeki ön tasarısının kanunlaşmasının uzun bir zaman alacağı düşünülerek, beliren âcil ihtiyaçlara cevap vermek üzere işbu kanun tasarısı hazırlanmıştır” şeklinde açıklama yapıldıktan sonra 95’inci maddenin değişiklik gerekçesinde aynen “Bu maddenin yürürlükte bulunan şekli, günümüzün sosyal yaşantısında belirgin hale gelmiş bir takım sosyal ve politik gelişmeler nedeniyle Türk Silâhlı Kuvvetlerinin Kanunlarla belli edilmiş yetkiler çerçevesinde yürütmekte olduğu hizmet ve faaliyetlerini gereği gibi himaye edemez bir duruma gelmiş, bu suretle yetkili askeri şahısların hizmetlerini olumlu bir şekilde yerine getirmeye matuf gayret ve çalışmaları, silahlı kuvvetler dışındaki sivil kişiler veya bu kişiler tarafından ancak önceden belli edilmiş amaçlar için kurmuş oldukları cemiyet veya benzeri teşekkülleri amaçlarından saptırmak suretiyle bu örgütleri ve davranışlarını silâhlı kuvvetler hizmetleri aleyhine etkileme çabaları gösterilmiştir. Bu nedenle; 1. maddenin birinci fıkrasında yazılı fiilleri, sivil kişiler de işledikleri takdirde askerî suç sayılarak askerî mahkemede yargılanacakları, 2. Birinci fıkrada belirtilen toplantılara bilerek katılanlar ile yazılı beyanat ve şikâyetlere imza koyanların da ayrıca cezalandırılacakları, 3. Bâzı kişilerin hizmet esnasında görev ve sıfatı icabı muttali olduğu bazı askerî konular hakkında beyanat verdiği veya yazı yazdığı cereyan eden muamelelerden anlaşılmıştır. Bunları önlemek ve bu fiilleri sivil kişilerin de işlemesi halinde askerî mahkemede yargılanacakları. 4. Askerî hizmetin ifasında, astlık-üstlük ilişkileri ile âmir veya komutanlara karşı güven hissi önemli bir yer tutmaktadır. Bu ilişkileri zedelemeye ve bu kişilere karşı güven hissini yok etmeye mâtuf olarak eleman tahkir ve teyzif edici fiil ve harekette bulunanların da askerî mahkemelerde yargılanacakları, 5. Bu maddede yani yukarıdaki fıkralarda yazılı suçların basın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılarak verileceği, 6. Maddenin 3 ve 4 üncü fıkralarındaki suçlar hakkında soruşturma icrasının Millî Savunma Bakanının iznine tabi olacağı öngörülmüş ve yukarıdaki amaçla madde yeniden düzenlenmiştir.” denmektedir. (M. M. T. D., Dönem: 3, Toplantı : 2, Birleşim : 93-96 Cilt: 24, S. Sayısı : 515, S: 1-2).

İncelenmesi gereken konumuzla ilgili benzer yasa hükümleri ve gerekçeleri;

I. 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Disiplin soruşturması veya tahkikatın adli soruşturma veya kovuşturmadan bağımsızlığı” başlıklı 5’inci maddesi;

Madde 5; (1) Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.

II. 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Hizmete Kısmi Süreli Devam Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler” başlıklı 17’nci maddesi;

Madde 17; (1) Hizmete kısmi süreli devam cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır;

a) Üste saygısızlık; Hizmette veya hizmete ilişkin hâllerde üste gösterilmesi gereken saygıyı kasıtlı olarak göstermemek veya yetkili olduğu durumlarda üstün yapmış olduğu ikaz, tenkit veya muahezeyi saygı ile kabul edip dinlememektir.

b) Görev yerini izinsiz terk etmek: Kıtasından veya görev yerinden yirmi dört saati geçmeyecek şekilde kaçmak veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın mesaiye bir tam mesai günü gelmemektir.

c) Temaruz: Bazı isteklerini yerine getirmek, kişisel bir menfaat sağlamak, görev veya sorumluluktan kaçmak gibi amaçlarla hastalığını abartmak veya olmadığı hâlde bir rahatsızlığı varmış gibi göstererek sağlık kuruluşlarına sevkini sağlamak suretiyle günlük mesainin bir kısmına katılmamaktır.

ç) Uygunsuz davranışlarda bulunmak: Türk Silahlı Kuvvetlerine ve temsil ettiği makam, rütbe veya statünün onur ve vakarına uygun olmayan fiillerde bulunmaktır.

d) Ketum davranmamak: Görevi ile ilgili gizli olmayan ancak açıklanmaması gereken bir bilgiyi yetkisiz kişilerin öğrenebileceği bir şekilde açıklamaktır.

III. 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler” başlıklı 20’nci maddesi;

Madde 20; (1) Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır:

a) Aşırı borçlanmak ve borçlarını ödeyememek: Nafaka, trafik kazası, doğal afet, personelin öngöremeyeceği şekilde ülke genelinde yaşanan olağanüstü ekonomik dalgalanmalar, ani devalüasyonlar, sağlık ve tedavi giderleri ile kefillik ve benzeri zorunluluk hâlleri hariç olmak üzere, aşırı derecede borçlanmaya düşkün olmak ve bu borçlarını ödememeyi alışkanlık hâline getirmektir.

b) Ahlaki zayıflık: Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmaktır.

c) Hizmete engel davranışlarda bulunmak: Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışlarda veya ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerde bulunmaktır.

ç) Gizli bilgileri açıklamak: Yetkisi olmadığı hâlde, devletin güvenliği ile iç ve dış siyasi yararlarına ilişkin elde ettiği gizli bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlara vermek, ulaştırmak veya açıklamaktır.

d) İdeolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak: Siyasi partilere girmek, ideolojik veya siyasi faaliyetlere karışmak, ideolojik veya siyasi amaçlarla disiplini bozucu tavır ve davranışlarda bulunmaktır.

e) Uzun süreli firar etmek: Geçerli bir mazereti olmaksızın kesintisiz olarak bir yıldan fazla süre ile izin süresini geçirmek veya firar hâlinde bulunmaktır.

f) Disiplinsizliği alışkanlık hâline getirmek: Disiplini bozucu tavır ve davranışlarda bulunmayı alışkanlık hâline getirmek veya aldığı disiplin cezalarına rağmen ıslah olmamaktır.

g) İffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak: İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etmektir.

ğ) Gayri tabii mukarenette bulunmak: Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunmak yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmaktır.

31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Disiplin soruşturması veya tahkikatın adli soruşturma veya kovuşturmadan bağımsızlığı” başlıklı 5’inci maddesinin gerekçesinde aynen; “Madde ile, Türk Silahlı Kuvvetleri disiplin hukuku sistemine, ceza ve disiplin hukukunun birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu genel ilkesinin getirilmesi amaçlanmıştır. Maddede, herhangi bir fiilden dolayı hakkında adli kovuşturma veya soruşturma yapılan bir personel hakkında, aynı fiilden dolayı disiplin soruşturması yapılabileceği, yapılan disiplin soruşturması sonunda gerek görülürse disiplin cezası verilebileceği ve verilen disiplin cezasının yerine getirilebileceği esasa bağlanmıştır. Zira, bir fiilin ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmesi ayrı bir şey, disiplin hukuku bakımından ilgili idarenin tedbir alması gereken bir hâl olarak nitelendirilmesi ayrı bir şeydir. Bu kapsamda örneğin, yüz kızartıcı bir suçtan hakkında soruşturma yürütülen veya dava açılmış bir personel hakkında disiplin amirleri tarafından disiplin cezası verilebilmesine imkân sağlanmıştır.”

31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Hizmete Kısmi Süreli Devam Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler” başlıklı 17’nci maddesinin gerekçesinde aynen; “Madde ile, subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında hizmete kısmi süreli devam cezası verilmesini gerektiren disiplinsizlik halleri düzenlenmiştir.”

31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler” başlıklı 20’nci maddesinin gerekçesinde aynen; “Madde ile, subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektirecek durumlar düzenlenmiştir. Maddede sayılmış disiplinsizliklerin unsurları mümkün olduğunca objektif olarak belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak ne kadar somut olarak ortaya konulmaya çalışılırsa çalışılsın, disiplinsizlik kavramının mahiyeti gereği takdir hakkının kullanılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, takdir hakkı Kanunda belirlenmiş esaslara göre objektif bir biçimde kullanılacaktır.”

Denmektedir.

IV. 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Basına bilgi veya demeç verme” başlıklı 15’inci maddesinin ilk hali;

MADDE 15.- Kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç, bakanın yetkili kılacağı görevli, illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebilir.

Askerî hizmet ile ilgili bilgilerin verilmesi özel kanunları hükümlerine tabidir.

V. 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 12.05.1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi ile değişik “Basına bilgi veya demeç verme” başlıklı 15’inci maddesinin son hali;

Madde 15 : (Değişik madde; 12/05/1982 - 2670/7 md.)

Devlet Memurları, kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremezler. Bu konuda gerekli bilgi ancak bakanın yetkili kılacağı görevli illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebilir.

Askeri hizmet ile ilgili bilgiler özel kanunların yetkili, kıldığı personel dışında hiç bir kimse tarafından açıklanamaz.

VI. 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller” başlıklı 125’inci maddesinin “Kınama” başlıklı B bendine 17.09.2004 tarihli ve 5234 sayılı Kanun’un 1’inci maddesi ile eklenen alt bendinde;

m) (Ek alt bend; 17/09/2004 - 5234 S.K/l.mad) Yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek.

Hükümlerine yer verilmiştir.

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Basına bilgi veya demeç verme” başlıklı 15’inci maddesinin ilk halinin madde gerekçesinde aynen; “Kamu görevlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak basın organlariyle radyo ve televizyon kurumlarına bilgi ve demeç vermeye kimlerin yetkili olduğunu belirtmek ve idarenin halkla ve kamu oyuyla münasebetlerinde insicamlı bir düzen sağlamak amaciyle bu madde konulmuştur. Bakanlar, başında ‘bulundukları bakanlık içinde, merkezde veya taşrada, kendilerinden başka kimlerin bu şekilde demeç ve bilgi vereceğini kararlaştırabilecekleri gibi, illerde de valiler, kendi illerinde çalışan Devlet memurlarına aynı şekilde yetki devredebilecekler veya bilgi ve demeci doğrudan doğruya kendileri verebileceklerdir. Maddenin ikinci fıkrası, sivil İçişi niteliğinde olan Devlet memurlarının askerî hizmetlerle ilgili olarak bilgi ve demeç vermelerini özel kanun hükümlerine tabi tutmaktadır.”

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Basına bilgi ve demeç verme” başlıklı 15’inci maddesini değiştiren 12.05.1982 tarihli ve 2670 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin gerekçesinde aynen; “Birinci fıkrada basına bilgi ve demeç vermenin yasak olduğu ve uygulamanın ne şekilde yapılacağı iki cümlede düzenlenmiş, ikinci fıkrada askerî hizmetlerle ilgili açıklamalar düzenlenmiştir”

14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller” başlıklı 125’inci maddesinin “Kınama” başlıklı B bendine 17.09.2004 tarihli ve 5234 sayılı Kanun’un l’inci maddesi ile eklenen alt bendinin, Cumhurbaşkanınca bir daha görüşülmek üzere TBMM’ne gönderilmesinden önce düzenlendiği 16.07.2004 tarihli ve 5229 sayılı Kanundaki gerekçesinde aynen; “Avrupa Birliğine üyelik sürecinde, ifade özgürlüğünün genişletilmesi ve Bilgi Edinme Kanunu uygulamalarına uyum sağlanması amacıyla yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veren kamu görevlilerine aylıktan kesme cezası yerine, kınama cezası verilmesine yönelik 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin kınama cezalarını düzenleyen (B) bendine (m) alt bendi olarak eklenmesini düzenleyen hükmün metne (d) bendi olarak eklenmesi ve müteakip bentlerin teselsül ettirilmesi,”

Denmektedir.

İlgili Anayasa hükümleri;

Anayasa’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2’nci maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13’ncü maddesinde: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

III. Anayasa’nın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26’ncı maddesinde: “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

(Mülga üçüncü fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./9 md.)

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

(Ek fıkra: 03/10/2001 – 4709 S.K./9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

hükmü öngörülmüştür.

İnceleme;

Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir. (Anayasa Mahkemesinin 20.5.2010 tarih ve E:2009/34, K:2010/72 sayılı kararı)

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir. (Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarih ve E:2012/80, K: 2013/16 sayılı kararı)

İtiraz konumuz olan 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesini değiştiren 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunun l’nci maddesinin değişiklik gerekçesinde; maddenin ilk halinin, günün (o tarihin) sosyal ve politik gelişmeleri nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinin Kanunlarla belli edilmiş yetkileri çerçevesinde yürütmekte olduğu hizmet ve faaliyetlerini gereği gibi himaye edemez duruma geldiği, yetkili askeri şahısların hizmetlerini olumlu bir şekilde yerine getirmeye matuf gayret ve çalışmalarının, silâhlı kuvvetler dışındaki sivil kişiler veya bu kişiler tarafından ancak önceden belli edilmiş amaçlar için kurmuş oldukları cemiyet veya benzeri teşekkülleri amaçlarından saptırmak suretiyle bu örgütleri ve davranışlarını silâhlı kuvvetler hizmetleri aleyhine etkileme çabaları gösterildiği, bâzı kişilerin hizmet esnasında görev ve sıfatı icabı muttali olduğu bazı askerî konular hakkında beyanat verdiğinin veya yazı yazdığının cereyan eden muamelelerden anlaşıldığı, bunları önlemek ve bu fiilleri sivil kişilerin de işlemesi halinde askerî mahkemede yargılanacakları belirtilmişse de; kanun koyucu, askeri ceza hukukunda Anayasanın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26’ncı maddesi ile doğrudan ilgili bir suç yaratırken ve bu suçun cezasını belirlerken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği, “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı maddesinde de yer alan ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.

Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır.

“Elverişlilik”, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını ifade etmektedir.

“Gereklilik” başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, diğer bir ifadeyle, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak ve özgürlük açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğini, bu seçimin amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasında yapılması gerektiğini, temel hak ve özgürlüğü sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerektiğini ifade etmektedir.

“Orantılılık” ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında düzenlenen suçun gerek asker gerekse sivil şahısların ifade özgürlüğü ile ilgili olduğu, bu özgürlüğe sınırlandırma getirdiği açıktır. İnceleme konusu olan mahkûmiyet hükmü asker şahıs hakkında verildiği için, ASCK’nın 95/3’üncü maddesindeki suçun ifade özgürlüğüne olan etkisi, sınırlaması, sınırlamanın Anayasanın 2, 13, 26’ncı maddelerine uygun olup olmadığı asker şahıs yönünden değerlendirilmiş, suçun faili olabilecek sivil şahıslar yönünden değerlendirme yapılamamıştır.

Anayasa Mahkememizin, asker kişilerin ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğü sınırının ne olacağı, ne kadar sınırlandırılacağına dair değerlendirmeler içeren bir kararına rastlanılmamakla, sadece, 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunla değişik “Hilafı salahiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (d) ve (e) bentlerine ilişkin olarak, söz konusu bentlerin mülga 1961 Anayasasının “Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı” başlıklı 28 ve “Dilekçe hakkı” başlıklı maddelerine aykırılık teşkil etmediğine dair 10.02.1976 tarihli, 1975/200 Esas, 1976/9 Karar sayılı kararı bulunmakla birlikte, Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Silahlı Kuvvetler Mensuplarının sahip oldukları insan hakları konusunda verdiği CM/Rec (2010) 4 sayılı tavsiye kararında;

“Silahlı kuvvetler mensupları ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu ifade özgürlüğünden faydalanılmasına yönelik her türlü kısıtlama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. paragrafından yer alan hükümlere uygun olarak uygulanır.

47. İfade özgürlüğü hakkı kapsamında fikir sahibi olma, fikir ve bilgi alma ve fikrini açıklama özgürlüğü yer alır. Silahlı kuvvetler mensupları da dâhil olmak üzere herkesin bu özgürlüklerden faydalanması bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Kargaşa veya suçun önlenmesi, sağlık veya ahlaki değerlerin korunması, başkalarının itibar veya haklarının korunması, gizlilik şartıyla alınmış bilgilerin açığa çıkmasının önlenmesi veya yargı sisteminin yetkileri ya da tarafsızlığının korunması amacıyla bu özgürlükten faydalanılması hususu; milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamuoyu emniyetinin yararına demokratik bir toplum için gerekli olan ve kanunlarda tanımlanan bazı formalite, koşul, kısıtlama veya cezalara tabi olabilir. Bu tür önlemler orantılı olmalı, keyfi olmamalı ve makul ölçüde öngörülebilir olmalıdır.

48. Silahlı kuvvetlerin düzgün biçimde işleyişinin silahlı kuvvetler mensuplarının bu işleyişi bozmasını engellemek için tasarlanmış hukuk kuralları olmadan mümkün olmadığı düşünüldüğünde askeri disipline yönelik gerçek bir tehdit olduğunda ifade özgürlüğüne yönelik uygulanacak her türlü kısıtlama yukarıda bahsi geçen şartlara uygun olmalıdır. Örneğin, bu kısıtlamalar askeri görevlerin nasıl yerine getirildiği veya silahlı kuvvetlerin siyasi tarafsızlığının etkilenip etkilenmediği ile ilgili olabilir.” denmektedir.

Konuya AİHM’nin asker şahısların ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarından bakıldığında; ordunun düzenli bir şekilde görevini yerine getirebilmesi için askeri yaşam sivil yaşama nazaran daha fazla sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu bağlamda Sözleşme organlarının kamu düzenini koruma adına askeri düzenle ilgili bir dava önüne geldiğinde taraf devletlere daha geniş bir ulusal takdir marjı tanımaktadır.

Mahkeme, asker şahısların ifade özgürlüğü ile ilgili olarak verdiği ilk kararı olan, askeri disiplinle bağdaşmayan yayın nedeniyle Engel ve Diğerleri v.Hollanda davasında, askeri düzeni koruma adına taraf Devletin daha geniş bir takdir yetkisi olduğu gerekçesi ile AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Ancak bu kararda bizce dikkat çekilmesi gereken husus, başvurucuya disiplini zayıflatmayı amaçlayan bir yazının yayınlanmasına ve dağıtımına katıldığı gerekçesi ile yetkili komutan tarafından disiplin cezası verilmiş olmasıdır.

Grigoriades’in Yunanistan aleyhine açtığı davada (Grigoriades v.Yunanistan), eğitime alınmış yedek subay olan davacı, askere alınanlara karşı kötü muameleler yapıldığını ve bunun sonucunda üstleri ile ters düştüğünü iddia etmiştir. Kendisine karşı ceza ve disiplin davaları açılmıştır. Ceza davası beraatla sonuçlanmasına rağmen kendisine disiplin cezası verilmiş ve bu nedenle askerlik süresi uzatılmıştır. Daha sonra başvurucuya 24 saat izin verilmiş ama bu izin süresi dolmasına rağmen birliğine dönmemiştir. Bunun üzerine başvurucu firari sayılmış ve hakkında soruşturma başlatılmıştır. Buna karşılık başvuran bir taksi şoförü aracılığı ile birlik komutanına, orduda genç askerlere karşı yapılan kötü muameleleri belirten bir mektup göndermiştir. Mektupta askerlik kurumunun insanları aşağıladığı, ordunun insana ve topluma karşı bir kurum olup, niteliği gereği barışla çeliştiği, askerliğin, şiddet psikolojisi yaratarak şiddete karşı tüm ahlaki ve psikolojik direnci kırdığı için toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğu, ordunun bir yıldırı havası yaratarak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak sureti ile, bir suç ve terör kurumu olarak kalmaya devam ettiğini anlatmıştır. Bu mektup sadece birlik komutanı ve başvurucunun arkadaşı olan bir başka subay tarafından görülmüştür. Davacı, orduya hakaret etme suçundan üç aylık bir hapis cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine başvuran, sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyona başvurmuştur. Komisyon, bire karşı yirmi sekiz oyla 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu dava ile ilgili kararında ifade özgürlüğü ile ilgili temel yorumlarından biri olan 10. maddenin ordunun kışla sınırına gelince durmadığı şeklindeki açıklamasını tekrarlamıştır. Mahkemeye göre, 10. maddenin uygulaması kışlanın kapısında durmamaktadır. Bu madde sözleşmeci devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla beraber, Mahkemenin daha öncede belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gerektiği şekilde görev yapmasını düşünmek mümkün değildir. Askeri disipline gerçek bir tehdidin bulunması halinde Sözleşmeci Devletler ifade özgürlüğüne yasaklar koyabilmelidirler.

Mahkemenin bu açıklamalarından da anlaşıldığı üzere Sözleşmeyi imzalayan Devletlerin bütün vatandaşları gibi askeri personel de ifade özgürlüğü hakkına sahip olup, 10. maddenin korumasından yararlanacaktır. Mahkeme, mektupta sert ve aşırı ifadelere yer verildiğine de karar vermiş olmasına rağmen, bu ifadelerin bu genel ve uzun yazı kapsamında, askeri yaşamı ve bir kurum olarak orduyu eleştirdiğine dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca, mektubun geniş bir kitleye dağıtılmadığını ve kişisel olarak komutana veya başka şahıslara hakaret edilmediğini belirtmiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, söz konusu mahkumiyetin, demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmetmiştir.

Mahkeme bu davada Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında olduğu gibi askerin görev ve sorumluluklarına atıfta bulunmamıştır. Bunun yerine, ifade özgürlüğü hakkının, ordu kışlasının giriş kapısında bitmediğini vurgulamıştır. Bu bakış açısı, Mahkeme’nin askerlerin ifade özgürlüklerini, diğer insanların ifade özgürlüğü hakkı ile aynı seviyede görmeye başladığı izlenimini vermektedir.

Bu kararda bizce dikkat çekilmesi gereken husus, ifade özgürlüğü ile ilgili ihlal kararı verilmekle birlikte ihlale konu davada başvurucuya üç ay hapis cezası verilmiş olmasıdır.

Avrupa Mahkemesi, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi davasında, Merkezi Viyanada bulunan birinci davacı şirket VDSO, askeri yaşamla ilgili bilgiler ve makaleler içeren der Igel adlı bir dergi basmaktadır. Bu şirketin, kendi dergisinin de, özel kurumlar tarafından basılan diğer iki dergi -Milizİmpuls ve Visier- gibi, kışla içinde dağıtılması yolundaki isteğine, Avusturya Federal Savunma Bakanlığından herhangi bir cevap gelmemiştir. Bu konuda parlamento üyeleri tarafından ilgili bakana soru sorulması üzerine Savunma Bakanı 10 Mayıs 1989 tarihli bir mektupla bu derginin ordu kışlasında dağıtılmasına izin verilmediğini bildirmiştir. Savunma Bakanı, Askeri Kuvvetler Kanununun 43. maddesinin 3. fıkrasına göre sadece, ordunun anayasal görevlerini tanımlayan, ordunun saygınlığına zarar vermeyen yayınlara izin vereceğini belirtmiştir. Bakanın görüşüne göre, davacı şirketin dergisi bu ölçütlere uymamaktadır.

VDSO’nun bir üyesi olan ikinci başvuran 1 Temmuz 1987 tarihinde zorunlu askerlik hizmetine Salzbourg’da bulunan Schwarzanberg kışlasında başlamıştır. Yemin töreni sırasında doğrudan Cumhurbaşkanına karşı bir protestoda bulunmuştur. Bunun üzerine kendisine, uymakla yükümlü olduğu askeri kanuna saygısızlık ettiği bildirilmiştir. 29 Aralık 1987 tarihinde der Igel’in 3/87 sayısını askeri kışlada dağıtırken, kendisine dağıtımın durdurulması bir subay tarafından emredilir. Derginin dağıtımının durdurulması istenen sayısında askeri eğitim ve bir kısmı basında da yer almış olan askeri yaşamla ilgili eleştirel makaleler yayınlanmaktadır. 12 Ocak 1988 tarihinde bu sefer başka bir subay tarafından ikinci başvuran 1975 ve 1987 tarihli genelge ve 4 Ocak 1988 de değiştirilen, yetkili komutanın izni olmadan herhangi bir yayının dağıtılmasını yasaklayan Schwarzenberg kışlası düzenlemelerine saygısızlık ettiği bildirilir. Bunun üzerine başvuranı bu yasaklamayı ve 29 Aralık 1987 tarihli emri Federal Savunma Bakanlığı bünyesindeki Askeri Şikayetler Kuruluna (Military Complaints Board) şikayette bulunur. Başvuranın bu talebi bakanlığın şikayetler birimi tarafından reddedilir. Başvuran Anayasa Mahkemesine başvurmasına rağmen yine de olumlu bir sonuç alamaz. Bunun üzerine Sözleşmenin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile ilk başvuran VDSO ve Bay Gubi Komisyon’a başvurur. Komisyon on ikiye karşı dokuz oyla her iki başvuranın da ifade özgürlüğünün ihlal edildiği nedeni ile davanın kabul edilebilirliğine karar verir.

Mahkeme her iki başvuran açısından olayı ayrıca inceler. Mahkeme birinci başvuran açısında derginin askeri kışlada dağıtılmasının başvuranın ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturduğuna, bu müdahalenin kanuni dayanağının olduğuna ve Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında olduğu gibi askeri düzeni koruma meşru amacını güttüğünü kabul etmiştir. Ancak Mahkeme yapılan sınırlamanın demokratik toplum için gerekliliğini incelerken, Engel ve diğerleri kararında olduğu gibi askeri görev ve sorumluluklardan bahsetmeyip, ifade özgürlüğünün kışla kapısında durmayacağı yönündeki özgürlükçü kararını almıştır. Mahkemeye göre dergideki makaleler, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermemiştir. O halde, bu dergi, askeri disipline ciddi bir tehdit teşkil etmemektedir ve askeri birimler içinde dağıtılması engellenmemelidir.

Mahkeme, ülkenin bütün kışlalarında, özel ve devlet yayınlarının serbestçe dolaştırılabildiğini; ancak bu imkanın sadece der Igel’e kapatılmış olduğunu gözlemiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, bu kısıtlamanın sadece zorunlu gereklilikler olduğunda haklı olabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, Avusturya hükümetinin, derginin içeriğinin ordunun disiplinini ve etkinliğini tehlikeye düşürdüğü iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, derginin hiçbir sayısının itaatsizlik veya şiddet telkin etmediğine ve ordunun faydasını dahi sorgulamadığına karar vermiştir. Ayrıca, Mahkeme derginin, tartışmacı üslubuna rağmen demokratik bir Devletin ordusunda, aynen böyle bir ordunun içinde hizmet ettiği toplumda olduğu gibi, hoş görülmesi gereken, görüş alışverişi ve düşüncelerin tartışılması açısından izin verilebilirlik sınırlarını aşmadığı görüşündedir. Bu nedenle Mahkeme, derginin askeri disipline ciddi bir tehdit unsuru olarak görülmesinin pek mümkün olmadığına bu nedenle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

İkinci başvuran açısından da Mahkeme, dergideki makalelerin, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermediğine karar vermiştir. Mahkeme bu derginin askeri disipline ciddi bir zarar vermediği için askeri kışlada dağıtılmasının yasaklanmasının Sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Avusturya Hükümeti davacıların çıkarttıkları yayının ülkenin savunma sistemini ve ordunun etkinliğini tehlikeye soktuğunu ve kamu düzeninin bozulmasına ve suç işlenmesine yol açabileceğini ileri sürmesine rağmen Mahkeme Hükümetin görüşüne katılmamıştır. Mahkemeye göre yayındaki yazıların çoğu; “...şikayetleri dile getirmekte, reform önerileri yapmakta ve okuyucuları yasal yollara başvurmaya ya da temyiz işlemleri başlatmaya teşvik etmekteydi. Ancak sık sık polemik bir ton benimseseler de, demokratik bir devletin hizmet ettiği bir toplumda olduğu gibi ordusunda da hoş görülmesi gereken bir fikir tartışması çerçevesinde izin verilebilecek olanın sınırını aşmadıkları söylenebilir.”

Bu kararda bizce dikkat çekilmesi gereken husus, ifade özgürlüğü ile ilgili ihlal kararı verilmekle birlikte ihlale konu olayda asker şahıs olan başvurucuya herhangi bir ceza dahi verilmemiş olmasıdır.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında düzenlenen suçun, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak, asker şahısların ifade özgürlüğünü sınırlayan söz konusu suç düzenlemesinin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olup olmadığı, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ifade özgürlüğü açısından en yumuşak aracın seçilip seçilmediği, ifade özgürlüğünü en az sınırlayan ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçünün günümüz demokratik devletlerin ordusu açısından bulunup bulunmadığı hususlarında tereddüt hasıl olmuştur.

Günümüzde asker şahısların da ifade özgürlüğü ve bunun sınırlandırılması ile ilgili olarak başta Anayasa Mahkememize bireysel başvuruda bulunabilecek olması, hatta Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararını benimsemeyerek AİHM’ne başvurabilecek olması nedeniyle her mahkeme (Askeri Yargıtay dahil) önüne gelen konuyu öncelikle Anayasamızdaki ölçüt normlar yönünden irdelemek, bunları yaparken de AİHS’nin normları ile AİHM’nin konuya ilişkin kararlarını destek norm olarak gözetmek durumdadır.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yasaklanan ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırım altına alınan eylemler, askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmaktır. Söz konusu fıkrada bu eylemlerin daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bu fıkra uyarınca cezalandırılacağı belirtildiğinden, söz konusu fıkrada ceza yaptırımı uygulanan eylemlerin sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmadığı, bu tür işlere yönelik eylemlerin başka suçlarla ve daha fazla ceza ile yaptırım altına alındığı açıkça anlaşılmaktadır.

Günümüzde, Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasındaki her hangi bir sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmayan işler hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemler, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 17’nci maddesinin l’inci fıkrasının (d) bendinde “Hizmete Kısmi Süreli Devam Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler”den sayılarak, disiplin cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

Gizli işlere yönelik eylemler de haklı bir şekilde, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 20’nci maddesinin l’inci fıkrasının (ç) bendinde “Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler”den sayılarak, disiplin cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasındaki her hangi bir sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmayan işler hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemlerin, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte, benzer konumda olan devlet memurları yönünden, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 15’inci maddesinde yasaklandığı, yasağa riayet edilmemesi halinde aynı Kanunun 125’inci maddesinin “Kınama” başlıklı B bendine 17.09.2004 tarihli ve 5234 sayılı Kanun’un l’inci maddesi ile eklenen (m) alt bendi uyarınca kınama disiplin cezası ile yaptırım altına alınmıştır.

M alt bendinin “Avrupa Birliğine üyelik sürecinde, ifade özgürlüğünün genişletilmesi ve Bilgi Edinme Kanunu uygulamalarına uyum sağlanması amacıyla yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veren kamu görevlilerine aylıktan kesme cezası yerine, kınama cezası verilmesine yönelik 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin kınama cezalarını düzenleyen (B) bendine (m) alt bendi olarak eklenmesini düzenleyen hükmün metne (d) bendi olarak eklenmesi ve müteakip bentlerin teselsül ettirilmesi,” şeklindeki gerekçedeki, ifade özgürlüğünün genişletilmesi vurgusu, daha önce daha ağır bir yaptırım olan aylıktan kesme disiplin cezası yerine daha ölçülü olduğu düşünülen kınama disiplin cezası öngörülmüş olması da çok dikkat çekici olup asker şahıslar gibi görev ve sorumlulukları olan devlet memurlarının, sır, gizlilik içermeyen işlerle ilgili bu eylemlerine ilişkin yaklaşımın, ifade özgürlüğü ve demokratik hukuk devletinin bu özgürlük yönünden ulaştığı seviyeye uygun olduğunu, asker şahıslar için de bu yaklaşımın 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

Asker şahısların, askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliğindeki ilgili hükümler uyarınca, şikayette veya müracaatta bulunabileceği, böylece ifade özgürlüğünü kullanabileceği, bu nedenle, şikayet veya müracaat yerine bu işlerle ilgili olarak beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemlerinin cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü kısıtlamadığı ileri sürülebilir ise de; eğer bir kişi özgür ifade hakkını, çok fazla kısıtlanmış, denetimli bir ortamda kullanabiliyorsa, buna hakkını kullanıyor demek oldukça zordur. Asker şahsın, silahlı kuvvetlerin siyasi tarafsızlığını etkileyecek herhangi bir içerik taşımayan, askeri görevlerin yerine getirilmesini engellemeyen, herhangi bir sır, gizlilik içermeyen hususlarda ifade özgürlüğünü (olayımızda olduğu gibi eleştirel ifadelerini) sadece kışla içerisinde kullanabileceğini söylemek, bu hususlara ilişkin ifade özgürlüğünün kışla nizamiyesinden dışarı çıkamayacağı gibi bir kabulün, asker şahıslar yönünden hakkın özüne dokunma teşkil edebileceğini söylemek mümkün gözükmektedir.

Türk Silâhlı Kuvvetlerinin Kanunlarla belli edilmiş yetkiler çerçevesinde yürütmekte olduğu hizmet ve faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmesini, yetkili askeri şahısların hizmetlerini olumlu bir şekilde yerine getirmeye yönelik gayret ve çalışmalarını, gerek sivil şahısların gerekse bizzat asker şahısların etkileme çabalarından korumak amacıyla getirilen itiraz konusu kural ve gerekçesi dikkate alındığında, bu amacın asker şahısların yalnızca hapis cezasıyla cezalandırılmalarıyla sağlanabileceği şeklinde bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

Her ne kadar, söz konusu itiraz konusu suçla ilgili olarak, cezanın bireyselleştirilmesi kurumlarının uygulanabilmesi mümkün ise de; öngörülen cezanın üst sınırının üç yıl hapis cezası olması nedeniyle sonuç cezanın iki yıldan fazla hapis cezası olarak belirlenmesi halinde, TCK’nın 50, 51’nci ve CMK’nın 231’inci maddesindeki hükümlerin uygulanamayacağı açıktır.

Yukarıda incelenen AİHM kararlarından da anlaşılacağı üzere, itiraz konusu suçun cezalandırdığı eylemlere benzer eylemlerin bazı durumlarda disiplin cezası ile cezalandırılmasının, bazen de üç ay hapis gibi hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasının ihlale sebebiyet verdiği göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasındaki cezanın niteliğini, miktarını, özellikle üst sınırını belirlerken kamu yararı ve asker şahıs olan bireyin ifade özgürlüğü arasında adil bir denge oluşturulmadığı kanaatine varılmıştır.

İtiraz konumuz olan 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yasaklanan ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırım altına alınan eylemlerin, günümüzde, başka kelimelerle ifade edilmekle birlikte, özünde herhangi bir farklılık taşımayacak şekilde, 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 17’nci maddesinde, “sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ifade özgürlüğü açısından en yumuşak aracın seçilmesi” suretiyle düzenlenmiş olması karşısında, artık, bir de buna ilaveten asker şahıslarla ilgili olarak, her hangi bir sır, askeri sır veya gizlilik dereceli işlere yönelik olmayan işler hakkında beyanat vermek, yazı yazmak veya sair surette açıklamada bulunmak şeklindeki eylemlerin, Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasındaki düzenleme ile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasının, elverişlilik ve orantılılık alt ilkeleri göz önünde bulundurularak, Anayasamızın 2’nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, Anayasamızın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13’ncü maddesindeki demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine, Anayasamızın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26’ncı maddesine aykırı olması nedeniyle, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

Başkan Hâkim Albay Haluk ZEYBEL ve üye Hakim Albay Şeref AYYILDIZ; 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, “Hilafı salâhiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında düzenlenen suçun Anayasa’ya aykırı olmadığı görüşü ile karara katılmamışlardır.

SONUÇ VE KARAR : Yukarıda açıklandığı üzere;

Anayasa’nın 2, 13, 26’ncı maddelerine aykırı olduğu değerlendirilen, 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun, 25.05.1972 tarihli ve 1590 sayılı Kanunla değişik “Hilafı salahiyet askerlik işleri için toplananlar ve müzakere yapanların cezaları” başlıklı 95’inci maddesinin 3’üncü fıkrasının, asker şahıslar yönünden Anayasaya aykırı bulunarak, iptali için Anayasa’nın 152/l’inci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA,

Anayasa Mahkemesi Başkanlığına sunulmak üzere, ilgili belgelerin onaylı suretlerinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine GÖNDERİLMESİNE,

Anayasa Mahkemesince bu hususta verilecek kararın BEKLENMESİNE, 25.12.2013 tarihinde, Başkan Hâkim Albay Haluk ZEYBEL ve üye Hakim Albay Şeref AYYILDIZ’ın karşı oyları ile ve oy çokluğuyla karar verildi.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu yasa Kuralı

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

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

1. Hakkı ve görevi olmadığı halde askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında :

a) Müzakere veya istişare için asker kişileri toplıyan,

b) Birlikte beyanat veya şikayette bulunmak üzere imza toplıyan,

c) Birlikte beyanat veya şikayette bulunan,

d) Her ne suretle olursa olsun gösteri veya tezahüratta bulunan,

Kim olursa olsun altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

2. (a) fıkrasında yazılı toplantıya bilerek katılanlar ile (b) fıkrasında yazılı beyanat ve şikayetlere imza koyanlar altı aya kadar hapsolunur.

3. Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı yazan veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

4. Astlık - üstlük münasebetlerini zedelemeye, amir veya komutanlara karşı güven hissini yok etmeye matuf olarak alenen tahkir veya tezyif edici fiil ve harekette bulunanlar altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

5. Bu maddede yazılı suçların basın yoliyle işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir.

6. Bu maddenin 3 ve 4 üncü fıkralarında yazılı suçlar hakkındaki soruşturma icrası Milli Savunma Bakanının iznine tabidir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

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

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

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

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

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen yaptırımın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.

Anayasa’nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinde ise herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu, ancak bu hürriyetlerin kullanılmasının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

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

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

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

Diğer yandan kuralla, bazı askeri faaliyetlerle ilgili olarak yetkisiz kişilerce açıklama yapılması durumunda altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmektedir. Bu bağlamda askerlik hizmetinin milli güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve yaptırıma bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Bu itibarla kanun koyucu, milli güvenliğin sağlanmasındaki etkisini ve doğuracağı tehlikeyi de dikkate alarak, yetkisiz kişilerce bazı askeri bilgilerin açıklanması eyleminin üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını kabul etmiş olup yargılamayı yapan mahkeme, olayın özelliği ve eylemin niteliğiyle orantılı olarak takdir yetkisini kullanacak ve verilecek cezayı belirleyecektir. Dolayısıyla, kanun koyucunun, kuralla korunmak istenen hukuki yararı, suçun niteliğini ve meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak takdir yetkisi çerçevesinde belirlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

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

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

VI- SONUÇ

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

Başkan
Haşim KILIÇBaşkanvekili
Serruh KALELİBaşkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜRÜye
Osman Alifeyyaz PAKSÜTÜye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜÜye
Burhan ÜSTÜNÜye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLUÜye
Hicabi DURSUNÜye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCANÜye
Muammer TOPAL
Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZÜye
Hasan Tahsin GÖKCAN

                                                    KARŞI GÖRÜŞ

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun, 1590 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle değiştirilen 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ‘asker şahıslar’ yönünden, Anayasa’nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir. İptali istenen hüküm şu şekildedir:
“Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelat, teşkilat, harekat, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı yazan veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur”.

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

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

Hüküm, bazı askeri bilgilerin açıklanmasını suç olarak düzenlediğinden, öncelikle Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.
Anayasa’nın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”ne ilişkin 26. maddesi şöyledir:“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. …
Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.
Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

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

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

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, barışçıl olmak koşuluyla her türlü düşüncenin serbestçe ifade edilmesine bağlıdır. Bireyler, düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ve tartışabildikleri bir ortamda kişiliklerini gerçekleştirebilirler. İfade özgürlüğü, insanların kendilerini ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve başkalarıyla ilişkilerini belirlemede ihtiyaç duydukları önemli bir değerdir. (B.No:2013/2602,23/1/2014, §41).

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

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

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

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

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

AİHM müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmasını, “zorlayıcı sosyal ihtiyaç”ın varlığına dayandırmaktadır. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı,  hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. (Bu konudaki AİHM kararları için bkz. Axel Springer AG / Almaya, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; Von Hannover/Almanya (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012)

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

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

AİHM,  Grigoriades vs. Yunanistan kararında, “eğitime alınmış yedek subay olan davacı, …. bir taksi şoförü aracılığı ile birlik komutanına, orduda genç askerlere karşı yapılan kötü muameleleri belirten bir mektup göndermiştir. Mektupta askerlik kurumunun insanları aşağıladığı, ordunun insana ve topluma karşı bir kurum olup, niteliği gereği barışla çeliştiği, askerliğin, şiddet psikolojisi yaratarak şiddete karşı tüm ahlaki ve psikolojik direnci kırdığı için toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğu, ordunun bir yıldırı havası yaratarak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak sureti ile, bir suç ve terör kurumu olarak kalmaya devam ettiğini anlatmıştır. Bu mektup sadece birlik komutanı ve başvurucunun arkadaşı olan bir başka subay tarafından görülmüştür. Davacı, orduya hakaret etme suçundan üç aylık bir hapis cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine başvuran, sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyona başvurmuştur. Komisyon, bire karşı yirmi sekiz oyla 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu dava ile ilgili kararında ifade özgürlüğü ile ilgili temel yorumlarından biri olan 10. maddenin ordunun kışla sınırına gelince durmadığı şeklindeki açıklamasını tekrarlamıştır. Mahkemeye göre, 10. maddenin uygulaması kışlanın kapısında durmamaktadır. Bu madde sözleşmeci devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla beraber, Mahkemenin daha öncede belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gerektiği şekilde görev yapmasını düşünmek mümkün değildir. Askeri disipline gerçek bir tehdidin bulunması halinde Sözleşmeci Devletler ifade özgürlüğüne yasaklar koyabilmelidirler” demiştir.

Keza, Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Silahlı Kuvvetler Mensuplarının sahip oldukları insan hakları konusunda verdiği CM/Rec (2010) 4 sayılı tavsiye kararında;

“Silahlı kuvvetler mensupları ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu ifade özgürlüğünden faydalanılmasına yönelik her türlü kısıtlama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. paragrafından yer alan hükümlere uygun olarak uygulanır.

İfade özgürlüğü hakkı kapsamında fikir sahibi olma, fikir ve bilgi alma ve fikrini açıklama özgürlüğü yer alır. Silahlı kuvvetler mensupları da dâhil olmak üzere herkesin bu özgürlüklerden faydalanması bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Kargaşa veya suçun önlenmesi, sağlık veya ahlaki değerlerin korunması, başkalarının itibar veya haklarının korunması, gizlilik şartıyla alınmış bilgilerin açığa çıkmasının önlenmesi veya yargı sisteminin yetkileri ya da tarafsızlığının korunması amacıyla bu özgürlükten faydalanılması hususu; milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamuoyu emniyetinin yararına demokratik bir toplum için gerekli olan ve kanunlarda tanımlanan bazı formalite, koşul, kısıtlama veya cezalara tabi olabilir. Bu tür önlemler orantılı olmalı, keyfi olmamalı ve makul ölçüde öngörülebilir olmalıdır.

Silahlı kuvvetlerin düzgün biçimde işleyişinin silahlı kuvvetler mensuplarının bu işleyişi bozmasını engellemek için tasarlanmış hukuk kuralları olmadan mümkün olmadığı düşünüldüğünde askeri disipline yönelik gerçek bir tehdit olduğunda ifade özgürlüğüne yönelik uygulanacak her türlü kısıtlama yukarıda bahsi geçen şartlara uygun olmalıdır. Örneğin, bu kısıtlamalar askeri görevlerin nasıl yerine getirildiği veya silahlı kuvvetlerin siyasi tarafsızlığının etkilenip etkilenmediği ile ilgili olabilir” denilmiştir.

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

İtiraz konusu kural ile Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. İfade özgürlüğüne hangi hallerde sınırlama getirilebileceği sözkonusu maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre ifade özgürlüğü, “…milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

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

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

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

              Başkan                                                              Üye
         Haşim KILIÇ                                                 Erdal TERCAN

                      KARŞIOY

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

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

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

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

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

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

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

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

Türk Silahlı Kuvvetleri’nin, yurt savunması gibi önemli bir görevi üstlenmiş,  siyasi ve toplumsal sorunların içine çekilmemesi gerekli disiplin odaklı bir kurum olduğu açıktır.
Müdahale edilen özgürlük alanının anayasal sınırlama sebeplerinden sayılan milli güvenlik ve kamu düzeni kriterlerinin, Türk Silahlı Kuvvetleri’nin görev tanımı ile doğrudan ilgisi bulunduğu düşünüldüğünde, ifade özgürlüğü alanı bunu kullanan Türk Silahlı Kuvvetleri mensubunun durumunun değerlendirmesinde önem arz etmektedir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

İtiraz konusu iptal davası konusunu irdeleyecek olursak,

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

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

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

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

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

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

Fiillere karşı öngörülen hapis cezası sürelerinin,

TCK 327. maddesinde
3 yıl - 8 yıl
TCK 328. maddesinde
15 yıl - 20 yıl
TCK 329. maddesinde
5 yıl - 10 yıl
TCK 334. maddesinde
1 yıl - 3 yıl (Yasaklı bilgiyi temin)
TCK 336. maddesinde
3 yıl - 5 yıl (Yasaklı bilgiyi açıklama)
şeklinde olduğu görülecektir. Alt üst sınırlar arasındaki ölçünün kuralımızdaki gibi beş-altı katı olan bir örnek bulunmamaktadır.

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

                                      Başkanvekili
      Serruh KALELİ

                                                      KARŞIOY YAZISI

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

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

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

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

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

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

                                                                                                                        Üye
                                                                                          Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

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

1. İtiraz konusu kural şu şekildedir: “Kendisine özel bir mezuniyet verilmediği halde, görevi ve sıfatı icabı muttali olduğu askeri muamelât, teşkilât, harekât, tesisat veya tertibata müteallik işler hakkında beyanat veren, yazı yazan veya sair surette açıklamada bulunanlar her kim olursa olsun, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.”

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

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

2. Anayasa’nın 26. maddesi uyarınca, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.” İfade hürriyeti, mutlak değildir. Bu hürriyet, 26. maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, “millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

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

İtiraz konusu kuralın askeri disiplini sağlamaya dönük olduğu, dolayısıyla “milli güvenliğin korunması” amacına matuf olarak ifade hürriyetine sınırlama getirdiği söylenebilir. Peki söz konusu sınırlama demokratik toplumda gerekli ve ölçülü müdür?
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin sıklıkla vurguladığı gibi, toplumun bir kesimini veya kişileri şoke eden ya da rahatsız eden bilgi ve düşünceler de ifade hürriyetinin kapsamındadır (Handyside/Birleşik Krallık, B.No: 5493/72, 7 Aralık 1976, §49). Bu durum askeri kurumlar için de geçerlidir, zira “10. madde kışlanın kapısında sona ermez”. Hiç kuşkusuz, askeri disiplini sağlamak amacıyla askerler için düşünceyi açıklama hürriyeti sınırlandırılabilir, ancak bu sınırlama, söz konusu düşünceler bir kurum olarak orduya  yönelik olsa bile, düşünceleri tamamen bastırma amacıyla yapılmamalıdır Grigoriades/Yunanistan, B. No: 121/1996/740/939, 25 Kasım 1997, § 45).

AİHM, bir çok kararında, askerlerin farklı yollardan açıkladıkları düşüncelerin gerçekten askeri disiplini ve işleyişi olumsuz yönde etkilediğinin somut bir şekilde gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Örneğin Avusturya ordusuna yönelik eleştirel ve hicivli yazılara yer veren “Der Igel” isimli derginin kışlada dağıtımının engellenmesi ve bunu dağıtmaya çalışan bir askerin yaptırıma maruz kalması olayında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM, burada söz konusu yazıların polemik içermesine karşın, “düşüncelerin tartışılması bağlamında kabul edilebilir sınırı aşmadığı”, bunun da “demokratik bir devletin ordusunda tolere edilmesi gerektiği” sonucuna ulaşmıştır (Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya, B. No: 15153/89, 19 Aralık 1994, § 38).

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

Askeri Ceza Kanunu’nun 95. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yasaklanan hususlar içerisinde askeri sırlar yer almamıştır. Esasen kamu görevlisi veya diğer kimseler tarafından işlenebilen Devlet sırlarına karşı suçlar, siyasal ve askeri casusluk, yasaklanan bilgileri temin etme ve açıklama, yasaklanan bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama gibi suç tipleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 326 ila 339. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, kamu görevlilerinin göreve ilişkin sırrı açıklama eylemleri de TCK’nın 258. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla kuralın, görev gereği gizli kalması gereken veya askeri sır ya da Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin korunmasına yönelik bulunmadığı anlaşılmaktadır.
“Askeri sır” ve “gizli” bilgilerin açıklanması gibi fiillerin dışındaki durumları kapsayan söz konusu açıklamaların üç yıla kadar hapis yaptırımına maruz kalması, düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu göstermektedir. İtiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu 95. maddenin (5) numaralı fıkrasında yer alan “Bu maddede yazılı suçların basın yoliyle işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir” hükmü de dikkate alındığında salt düşünce açıklamasından ibaret bir fiilin ölçüsüz bir şekilde cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

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

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

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

Üye
Engin YILDIRIMÜye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLANÜye
Hasan Tahsin GÖKCAN