**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**(Resmi Gazete: 6.3.2013, Sayı: 28579)**

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**Esas Sayısı    : 2012/117**

**Karar Sayısı  : 2012/204**

**Karar Günü  : 27.12.2012**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN :**Hava Kuvveti Komutanlığı Eskişehir 1. Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU :**25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 10. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin, Anayasa’nın 2., 10., 36. ve 145. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

**I- OLAY**

Türk Silahlı Kuvvetlerinde sivil işçi olarak çalışan sanık hakkında *“Hizmette Tekasülle Harp Malzemesini Hasara Uğratmak”* suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Sanık hakkında 1. Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Savcılığı’nın 08.06.2012 gün ve 2012/453-199 esas ve karar sayılı iddianamesi ile 1632 sayılı ASCK.’nun 137’nci maddesinde düzenlenen “Hizmette Tekasülle Harp Malzemesini Mühimce Hasara Uğratmak” suçundan kamu davası açılmış olup, bu suçtan mahkememizde yargılanması devam etmektedir. Sanık hakkında mahkememizde yargılama devam ederken Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 16.02.2012 gün ve 2012/6-21 E.K, sayılı kararı ile özetle; “Svl.Me. …. hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ve 28 Kasım 2011 tarihinde büyük daire tarafından temyiz talebinin reddedilmesi üzerine kesinleşen Ocak 2012 tarihinde UYAP’ta yayınlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2 nci Dairesinin 45912/06 numaralı kararı ve T.C. Anayasası’nın 2, 36, 37 ve 90’ncı maddeleri dikkate alınarak Milli Savunma Bakanlığında veya Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli sivil memurların askeri mahkemelerde yargılanmaları sonucu verilecek kararların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edileceği anlaşıldığından, AİHM.’nin sözleşmeyi yorumlamaya yetkili tek organ olması nedeniyle sözleşmeye aykırılığını saptadığını Türk yasalarının (MSB ve TSK’dagörevli sivil memurların, ve askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçilerin askeri mahkemelerde yargılanmalarına olanak tanıyan düzenlemelerin,) uygulanmaması, sanığın adil yargılama hakkının ihlal edilmemesi bakımından somut olayda adliye mahkemelerinde yargılanmasının sağlanması gerektiğini belirterek, başka bir suçtan yargılanan Svl.Me. ...’nin Anayasanın 90’ncı maddesinin son fıkrası kapsamında uluslararası anlaşma esas alınarak yargı yerinin belirlenmesi, sanığın yargılamasının adliye mahkemelerinde yapılması gerektiği yönünde mahkumiyethükmünün görev yönünden bozulmasına” karar vermiştir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 16.02.2012 gün ve 2012/6-21 E.K sayılı kararları ile atıfta bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2 nci Dairesinin 45912/06 numaralı kararı sonrasında ortaya çıkan görev hususundaki hukuksal durumun değerlendirilmesi açısından öncelikle mevcut iç hukuk mevzuatının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın, 5982 sayılı Yasa ile değiştirilen, “Askeri Yargı” başlıklı 145/1-3’üncü maddesinde, askeri yargının görev alanı;

“Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askeri suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askeri mahkemelerde yargılanamaz. Askeri mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargıhakim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir,

5982 sayılı Yasa ile değiştirilen ve henüz Anayasaya uyumla ilgili düzenlemelerin kanunlaşmaması sebebi ile 353 sayılı Kanun’a yansıtılmayan Anayasa hükümlerine göre, savaş hali haricinde asker olmayan kişilerin Askeri Mahkemede yargılanması söz konusu değildir.

Asker kişi tanımı Anayasa’da yapılmamakla birlikte, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun “Asker kişiler” başlıklı 10’uncu maddesinde, bu Kanun’un uygulanmasında kimlerin asker kişi sayılacağı, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun “Askeri şahıslar” başlıklı 3’üncü maddesinde de; kimlerin askeri şahıs olduğu sayma yöntemi ile gösterilmiştir. Bu maddelerde gösterilmeyen/sayılmayan kişilerin “sivil kişiler” olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Öte yandan, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu’nun 2/2’nci maddesinde, Asker; “Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silahlı Kuvvetlere intisabeden ve resmi bir kıyafet taşıyan şahsa denir.” şeklinde tanımlanmıştır. 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu’nun 2/2’nci maddesinde belirtilen asker tanımı açısından temel kriterin özel biçime sahip, ayırıcı özelliklere sahip, yasalarla belirlenen rütbe, işaret gibi semboller taşıyan, asker kişiyi diğer kişilerden ayıran resmi bir kıyafet taşıma olduğu açıktır.

As.C.K’nın 3/2’nci maddesinde (4551 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemenin (değişikliğin), Anayasa Mahkemesinin 25.11.2005 tarihli ve 2003/34 Esas-2005/91 Karar sayılı kararıyla, Anayasa’nın 2, 10, 19, 38, 128 ve 129’uncu maddelerine aykırı olmadığına karar verilmiştir), “Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 115’inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır,” şeklinde yer alan ifadeyle, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin As.C.K’nın uygulaması anlamında asker kişi sıfatları sınırlandırılmıştır (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 01.02.2001 tarihli ve 2001/7-13 sayılı kararı).

211 sayılı İç Hizmet Kanunu’nun 115’inci maddesi; “Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu kanunun askerlere tahmil ettiği, sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından:

a) Amir      vazifesi alanlar, maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin icap ettirdiği emirleri verebilir. Ceza vermek salahiyetleri yoktur. Maiyetin cezalandırılması icabeden hallerde en yakın askeri amire müracaat edilir

b) Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu Kanunun 14’üncu maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar.”

Aynı Kanun’un 14’üncü maddesi ise; “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.” hükümlerini içermektedir.

Bu itibarla, madde metinlerinden açıkça anlaşılacağı üzere, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli tüm sivil personelin emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda oldukları, İç Hizmet Kanunu’nun 14’üncü maddesinde asta yüklenen görevleri aynen yapmaya mecbur oldukları, aksine hareket edenlerin askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olacakları belirtilmiştir. Buna göre ve yerleşmiş Askeri Yargıtay İçtihatları da nazara alındığında, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli tüm sivil personel, Askeri Ceza Kanununda yazılı, “amiri tehdit”, “amire hakaret”, “amire mukavemet”, “amire fiilen taarruz”, “emre itaatsizlikte ısrar” gibi askeri cürümleri, 477 sayılı Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda yazılı, “amire saygısızlık”, “emre itaatsizlik”, “amire bilerek doğru söylememek” gibi disiplin suçlarını işleyebileceklerdir (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 05.06.2003 tarihli ve 2003/57-56 sayılı kararı).

Ancak askeri yargının görev alanını kişi yönünden belirleyen ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 5982 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki “Askeri Yargı” başlıklı 145’nci maddesi ile uyumlu bulunduğu görülen 353 sayılı Kanun’un 10/C-D maddesinde; “Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel” ile “Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler” de, asker kişi olarak sayılmıştır

Dolayısıyla, 211 sayılı Kanun’un tanımlamasından farklı olarak, esasen üniforma giymeyen ve silah taşımayan TSK bünyesindeki sivil personel, hiçbir ayrım gözetilmeksizin, “askeri suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçları” yönünden, diğer asker kişiler gibi Askeri Mahkemelerin yargılamasına tabi tutulmuşlardır.

Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel ile işçilerin yargılanmasına ilişkin yasal düzenlemeler belirlendikten sonra, bu aşamada, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olan doğal yargıç ilkesinin tanımlanması gerekmektedir.

Davayı görecek yargıcın, suçun işlenmesinden önce yasa ile belli edilmesini öngören doğal yargıç ilkesi, Anayasa’nın 37’nci maddesinde, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, ayrıca, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı, şeklinde düzenlenmiştir

Nihayetinde, dar anlamda “doğal yargıç” kavramı, suçun işlenmesinden önce yasayla belli edilmiş yargıç diye tanımlanmakta olup, askeri yargının görev alanını düzenleyen mevzuat sistematiğine bakıldığında, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel ile işçilerin yargılanmasını, “askeri suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçları” yönünden Askeri Mahkemelere tabi kılan yasal düzenlemenin, şeklen doğal yargıç ilkesine uygun olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 Esas-1990/30 Karar sayılı kararında; yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturan, sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermeyen “doğal yargıç” ilkesini, dar anlamda kabul etmektedir.

Doğal yargıç ilkesinin, geniş anlamda yorumlanması ve adil yargılanma ilkesinin “mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı” ilkesiyle sıkı bir ilintisinin bulunduğu açıktır.

Anayasa’nın 90/5’inci maddesinde yer alan “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalarkanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır,” şeklindeki hükümle, iç hukukumuzun bir parçası haline gelen ve mahkemelerce resen dikkate alınması hususunda duraksama bulunmayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6’ncı maddesinde;

“1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve alemi surette dinlenmesini istemek hakkına haizdir.

Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdit edilebilir.

2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Her sanık ezcümle:

a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,

b) Müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tayin için maliimkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,

d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak haklarına sahiptir.” şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Hemen bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 2’nci Dairesinin; İçen-Türkiye No:45912/06 kararıyla, özetle; askeri mahkemelerin yargılama yetkisinin, zorunlu haller ve gerekçeler (her bir vaka için somut olması) dışında sivil kişilere uygulanmaması- gerektiğini ve yasal dayanağının açık ve öngörülebilir olması gerektiğini, somut olayda sivil bir kişi olan sanığın askeri mahkemede yargılanmasını haklı çıkaracak gerekçelerin oluşmadığı kanaatiyle, ulusal yargı tarafından öngörülse bile, sivil kişi olan sanığın, ordu mensubu hakimler tarafından yargılanmalarından dolayı bu mahkemelerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına dair duydukları şüphe gerekçesiyle, askeri mahkemelerin sivilleri yargılama yetkilerinin AİHS’nin 6/1’inci maddesine aykırı olduğuna karar verilmiştir.

AİHS’nin 6’ncı maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkına altlanan kavramlar, yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, açık (aleni) yargılama, vicahilik, masumiyet karinesi, silahların eşitliği ilkesi, sanık hakları şeklinde özetlenebilir. Ancak, AİHM’nin söz konusu kararının içeriğinde, daha önceki kararlarına da atıfta bulunarak, adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsız ve tarafsız mahkeme kavramına dayandığı görülmektedir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 16.02.2012 tarihli ve 2012/6-21 sayılı kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2’nci Dairesinin İçen-Türkiye No:45912/06 kararı gözetilerek, Anayasa’nın 90/5’inci maddesi uyarınca,AİHS’nin 6/1’inci maddesi doğrultusunda (353 sayılı Kanun’un 10/C-D maddesinin uygulanması olanağının kalmadığı) görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinden bahisle mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiş ise de,

Mevzuat hükümlerinin yorumlanmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının yön göstericisinden faydalanılması gerektiği izahtan vareste olmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının doğrudan iç mevzuat hükümlerini ortadan kaldırma yeteneğinin bulunmadığı, Anayasanın 90/5’ınci maddesinin bu yönde bir yorumda bulunulmasına elverişli olmadığı hususunda duraksama bulunmamalıdır.

Zira, Anayasa’nın 90/5’inci maddesinde, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarlakanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşmahükümleri esas alınır” şeklinde yer verilen ifadedeki uyuşmazlığın, sözleşme ile iç hukuk metinleri arasındaki somut farklılıklar olarak algılanması gerekmektedir.

AİHM’nin içtihadıyla, iç hukukta yer alan ve usulüne göre yürürlüğe girmiş bulunan normların ortadan kaldırılabileceğine ilişkin bir kabulün, ceza yargılamasında mutlak aranması gereken, yasal dayanağın açık ve öngörülebilir olması kuralına aykırılık oluşturacağı, hukuk kurallarının açık veya örtülü olarak ortadan kaldırılmasına ilişkin ilkelerle de bağdaşmayacağı açıktır.

Mevzuatın, içtihat doğrultusunda yorumlanması suretiyle uygulanması olanağı bulunmadığı hallerde, diğer bir deyişle AİHM içtihadının, mevzuat değişikliğini gerekli kılması halinde, meclisin içtihadın yorumuna uygun şekilde söz konusu kanun değişikliğini yapması gerekmektedir. Nitekim, DGM’lerde askeri hakimlerin bulunmasına ilişkin düzenleme de, mevzuat değişikliğiyle AİHS’nin yorumuna (AİHM içtihadına) uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Benzer yöntem, üye devletlerin bir çoğu tarafından uygulanmakta, esasen sistem de buna ilişkin bir mekanizmayı (AİHS’nin 46/2’nci maddesi) bünyesinde barındırmaktadır.

Diğer taraftan, sadece o davaya özgü olarak tespit edilen aykırılığın iç hukukta yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi suretiyle, AİHS’nin 46/1 inci maddesi kapsamında AİHM’nin kararlarına uyulması zorunluluğunun karşılanması da, mevzuat değişikliği gerektiren durumlarda seri olarak AİHS’ne aykırılık oluşturan kararlar alınmasına engel olmayacağı açıktır.

Dolayısıyla, somut olayda, herhangi bir yasa değişikliğine gidilmediğine göre, kanımızca, AİHM içtihadının iç hukuk normunu kendiliğinden ortadan kaldırma olanağı da bulunmadığına göre, yargı olarak çözümü iç hukukumuzun mekanizmaları içinde aramak ve bulmak gerekir.

Anayasa’nın 152’nci maddesine göre, uygulanmakta olan kanun hükmünün Anayasa hükümlerine aykırı olduğu kanısına varıldığında, Anayasa Mahkemesine başvurulması ve bu konuda karar verilinceye kadarda davanın geri bırakılması mümkün bulunmaktadır.

AİHM’nin kararı, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramına dayanmakta olup, Anayasa’nın 36/1’inci maddesinde adil yargılanma hakkına yer verilmiştir. Askeri Yargı organlarının kuruluşunun, işleyişinin, askerihakimlerin özlük işlerinin, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceğine” dair Anayasa’nın 145’inci maddesinin, AİHS’nin 6’ncı maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkına altlanan mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramlarını karşıladığı ve desteklediği görülmektedir.

Ayrıca Hukuk devleti ilkesi Anayasanın 2’nci maddesinde düzenlenmiş olup, 10’ncu maddede ise eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasanın eşitlik ilkesi gereği eşitlik her bakımdan aynı hukuki durumda olanlar arasında aranacak bir özellik olup, farklı durumdakilere farklı kurallar uygulanması eşitliği bozmaz ise de, kişilerin farklı kurallara tabi tutulmalarının haklı nedenlere dayanıyor olması gerekmektedir. Kişilerin farklı kurallara tabi tutulmaları haklı nedenlere dayanmıyorsa eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesinin kararlarında eşitlik ilkesine aykırılığın hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir. Bu anlamıyla savaş ve yakın savaş tehdidi dışında MSB ve TSK’lerinde görev yapan ancak üniforma taşımayan sivil personel ve işçilerin, diğer sivillerden ayrı bir yargılama rejimine tabi tutulmasının haklı nedenlere dayandığının kabulünü gerektirir hukuki argümanların varolmadığı da açıktır.

Diğer taraftan, objektif olarak herkes tarafından asker kişi olarak algılanan Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında görevli resmi kıyafet taşıyan personelin de, Anayasamız ve 353 sayılı Kanunda belirtilen şekilde işlediği suçları açısından bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılanmayı isteme hakkına sahip olduğunu ve bu hakka tüm makamlarca (mevzuatı belirleyen ve mevzuata uygun yargılamayı yapan) saygı gösterilerek hareket edilmesi gerektiğine işaret edildikten sonra, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel ile işçilerin hiçbir ayrım gözetilmeksizin, sübjektif yönden bağımsız ve tarafsız olduklarında hiçbir kuşku bulunmayan, fakat görünümü ve algılanması yönünden (objektif olarak) bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından kuşku duyulabilen askeri yargıya tabi olmasının adil yargılanma hakkına altlanan mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları bağlamında Anayasa hükümlerine aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

Bu itibarla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dayanmış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1’inci maddesinde belirtilen adli yargılanma hakkı, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde doğrudan düzenlenmiş ve bu ilkeyi destekleyici hükümler ve hukuk sistemimizin işleyişi ve bütünlüğü açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2’nci Dairesinin İçen-Türkiye No:45912/06 kararı da dikkate alınarak, 353 sayılı Kanun’un 10/C-D maddeleri, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3’ncü maddesinin 1’nci fıkrasındaki “Askeri iş yerinde çalışan ve iş kanununa tabi bulunan işçiler” ibaresi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3’ncü maddesinin 2’nci fıkrasının Anayasa’nın 2, 10, 36 ve 145’inci maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152’nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülebileceğinin belirtilmesi karşısında, müsnet davada uygulanacak kanun hükmünün 353 sayılı Kanun’un 10/D maddesi olması sebebiyle 353 sayılı Kanun’un 10/D maddesinin Anayasa’nın 2, 10, 36 ve 145’inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu fıkranın iptali istemiyle T.C. Anayasası’nın 152’nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.”

**III- YASA METİNLERİ**

**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun itiraz konusu kuralın da yer aldığı 10. maddesi şöyledir:

**“*ASKER KİŞİLER:***

*Bu Kanunun uygulanmasında aşağıda yazılı olanlar asker kişi sayılırlar:*

*A) (Değişik: 29/6/2006 – 5530/2 md.)**Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erler,*

*B) Yedek askerler (Askeri hizmette bulundukları sürece),*

*C) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 20/9/2012 tarihli ve E.: 2012/45, K.: 2012/125 sayılı Kararı ile.)*

***D) Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler,***

*E) Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar,*

*F) (Mülga: 29/6/2006-5530/62 md.)”*

**B- Dayanılan Anayasa Kuralları**

Başvuru kararında, Anayasa’nın 2., 10., 36. ve 145. maddelerine dayanılmıştır.

**IV- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, 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 ve Zühtü ARSLAN’ın katılımlarıyla 1.11.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir[[](file:///%5C%5C%5C%5C10.6.73.15%5C%5Ckarword%5C%5C_raportorler%5C%5Cmcagatay-karar%5C%5CK.2012-204%20.doc%22%20%5Cl%20%22_msocom_1#_msocom_1).

**VI- ESASIN İNCELENMESİ**

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma BABAYİĞİT 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, 5982 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 145. maddesinde değişiklik yapılarak savaş hali haricinde asker olmayan kişilerin askeri mahkemelerde yargılanamayacağının hüküm altına alındığı, Anayasa’nın anılan maddesinde değişiklik yapılmasına rağmen askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanunu’na tabi bulunan işçilerin askeri mahkemelerde yargılanmasına olanak tanıyan itiraz konusu kuralın halen mevcudiyetini koruduğu, böylece kuralın Anayasa’ya aykırı hale geldiği belirtilerek Anayasa’nın 2., 10., 36. ve 145. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, 353 sayılı Kanun’un uygulanmasında askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanunu’na tabi bulunan işçilerin asker kişi sayılacağı belirtilmiştir.

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasa’nın 145. maddesinde, “*Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür. Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz. Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.”*denilmektedir.

Anayasa’nın 145. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde, askeri yargının görev alanının yeniden düzenlendiği, mevcut hükümde askeri yargının görev alanının oldukça geniş düzenlenmesi nedeniyle uluslararası belgelerde bu durumun eleştirildiği, askeri mahkemelerin görev alanının demokratik hukuk devletinin getirdiği ölçüler çerçevesinde yeniden tanımlandığı, getirilen düzenlemeyle askeri mahkemelerin görev alanının askeri suçların yargılanmasıyla çağdaş ülkelerde olduğu gibi sınırlandırıldığı ve asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalarla sınırlı tutulduğu, asker olmayan kişilerin savaş hali haricinde, askeri mahkemelerde yargılanamayacağının anayasal teminat altında alındığı belirtilmektedir.

İtiraz konusu kurala göre, askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanunu’na tabi bulunan işçiler, asker kişi sayılmakta ve buna bağlı olarak anılan kişilerin herhangi bir suç işlemeleri durumunda askeri mahkemelerde yargılanmaları söz konusu olmaktadır. Ancak, Anayasa’nın 145. maddesinin değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, savaş hali dışında asker olmayan kişilerin işledikleri suçlar nedeniyle askeri mahkemelerde yargılanamayacağı anayasal olarak teminat altına alınmıştır. Bu durumda, Anayasa’nın 145. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda, askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanunu’na tabi bulunan işçilerin askeri mahkemelerde yargılanmasına olanak tanıyan itiraz konusu kural Anayasa’ya aykırı hale gelmiştir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 145. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

İtiraz konusu kural, Anayasa’nın 145. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa’nın 2., 10. ve 36. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

**VI- SONUÇ**

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 10. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI’nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.12.2012 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| BaşkanHaşim KILIÇ | BaşkanvekiliSerruh KALELİ | BaşkanvekiliAlparslan ALTAN |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeFulya KANTARCIOĞLU | ÜyeMehmet ERTEN | ÜyeOsman Alifeyyaz PAKSÜT |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeZehra Ayla PERKTAŞ | ÜyeRecep KÖMÜRCÜ | ÜyeBurhan ÜSTÜN |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeEngin YILDIRIM | ÜyeNuri NECİPOĞLU | ÜyeHicabi DURSUN |

|  |  |
| --- | --- |
| ÜyeCelal Mümtaz AKINCI | ÜyeErdal TERCAN |

|  |  |
| --- | --- |
| ÜyeMuammer TOPAL | ÜyeZühtü ARSLAN |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun “Asker kişiler” başlıklı 10. maddesinin itiraz istemlerine konu (D) bendinde “Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunanişçiler”in, bu Kanun’un uygulanmasında asker kişi sayılacakları hüküm altına alınmaktadır.

Benzer düzenlemeler, Türk Silahlı Kuvvetleri ile ilgili muhtelif kanunlarda yer almaktadır. Bu meyanda,sözkonusu hükümlere kısaca temas etmekte yarar bulunmaktadır.

**1-** 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun “Askeri Şahıslar” başlıklı 3. maddesinde;

“Askeri şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, **Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel**, uzman jandarma ve uzman erbaşlar, erbaş ve erler ile askeri öğrencilerdir.

Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda **çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları**, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun **115 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.”**

Anılan kuralla birlikte Askeri Ceza Kanunu’nun 23., 32., 165. ve 171. maddelerinin **“sivil memurlar”**yönünden açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 25.11.2005 tarih ve E.2000/34, K.2005/91 sayılı kararıyla (RG. 8.11.2006, Sayı: 26340) iptal istemini şu gerekçeyle reddetmiştir:

“…Askeri Ceza Kanunu’nun 4551 sayılı Yasa’nın 1. maddesi ile değiştirilen 3. maddesinde kimlerin askeri şahıs sayılacağı belirtilmiş ve Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel de askeri şahıs tanımı içerisinde sayılmış, 3. maddesi ile değiştirilen 23. maddesinin (B) ve (D) fıkralarında, 4. maddesi ile değiştirilen 171. maddesine bağlı cetvelde göz ve oda hapsi cezaları, bunların niteliği, neticeleri, yerine getirilmesi, kimlere ne kadar süre verileceği ve bu cezaları vermeye yetkili amirler belirlenmiş, bu kapsamda Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan Devlet memurlarına sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı dört haftaya kadar göz veya oda hapsi cezası verileceği, disiplin bozucu diğer eylemleri hakkında ilgili kanun hükümlerinin uygulanacağı ve bu cezaların süresinin tayininde öğrenim ve sosyal durumlarının dikkate alınacağı belirtilerek tanım maddesindeki düzenleme somutlaştırılmıştır…

Askeri Ceza Kanunu’nun 3. maddesinin 4551 sayılı Yasa’nın dava konusu 1. maddesiyle yapılan değişikten önceki halinde ‘askeri şahıslar’, ‘mareşal (Büyük Amiral) den asteğmene kadar subaylar ile astsubaylardan ere kadar erat ve bilumum askeri memurlar, askeri hâkimler ve müstahdemler ve askeri talebelerdir’ şeklinde tanımlanmıştır.

4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 115. maddesinin (b) bendinde, ‘Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup, bu Kanunun 14 üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilâfına hareket edenler askerlerin tâbi olduğu cezai müeyyidelere tâbi olurlar.’ denilmiştir.

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 10. maddesinde “Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel’ ile ‘askeri işyerlerinde çalışan İş Kanunu’na tâbi bulunan işçiler’ asker kişi sayılmışlardır.

16.6.1964 günlü, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’un 7. maddesinde disiplin amirlerinin, 14. maddesinde ise nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amirinin, bir disiplin suçu işleyen asker kişileri oda ve göz hapsi cezalarıyla cezalandırabileceği gibi cezalandırılmaları için disiplin mahkemesine sevk edebilecekleri, 38. maddesinin (D) bendinde sivil personel hakkında verilen oda veya göz hapsi cezalarının öğrenim ve sosyal durumları göz önüne alınarak yerine getirileceği, 62. maddesinin ikinci fıkrasında sivil personel hakkında verilen ve yerine getirilen oda ve göz hapsi cezalarının bunların yükselmelerinde nazara alınmak üzere sicillerine işleneceği öngörülmüştür.

İptali istenilen 4551 sayılı Yasa’nın dava konusu 1. maddesiyle değiştirilen Askeri Ceza Kanunu’nun 3. maddesinin birinci fıkrasında ‘Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel’ askeri şahıslar arasında sayılmış, ikinci fıkrasında ise bunlardan Devlet memurları statüsünde olanların, asker kişi sıfatlarının Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda açıklanan hükümlerden anlaşılacağı gibi, adı geçen memurların belirtilen kapsamda Askeri Ceza Kanunu bağlamında askeri şahıs sayılmaları ve askeri disiplin cezalarına tâbi olmaları ilk defa 4551 sayılı Yasa’yla kabul edilmiş değildir. Diğer bir ifade ile bu memurların statülerinde bir değişiklik yapılmamıştır. Yapılan değişikliğin, önceki uygulamayı devam ettirmeyi ve oluşabilecek kimi duraksamaları ortadan kaldırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır…

Bu duruma göre, dava dilekçesinde ileri sürüldüğü şekilde Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin önceki statülerinden farklı yeni bir statüye geçirilmiş oldukları ve statü karmaşası yaratıldığı ve bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu yönündeki savların isabetli olmadığı sonucuna varılmıştır…

**Silahlı Kuvvetlerde ifa edilen hizmetin niteliği ve gerekleri, farklı çalışma koşullarını,**özlük haklarını, **disiplin hükümlerini gerektirmektedir**. Bu nedenle, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan **sivil memurların,**istisnai bazı durumlarda diğer Devlet memurlarından farklı olarak **Askeri Ceza Kanunu’nda yer alan kimi kurallara bağlı tutulmalarının, tâbi olunan statünün bir gereği olduğu ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin düzeninin korunması ile ilgili bulunduğu görüldüğünden,**dava konusu yasa kurallarının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Dava konusu kurallarla, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurlarına verilebileceği öngörülen göz veya oda hapsi cezaları, niteliği, yerine getirilmesi ve sonuçları bakımından ceza hukuku anlamında özgürlüğü bağlayıcı ceza özelliği taşımayan, sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğinde olan cezalardır.

Anayasa’nın 19. maddesinde sayılan ve kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran haller arasında, bu nitelikte olan disiplin cezaları sayılmamış ise de, 38. maddesindeki ‘idare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.’ genel ilkesinden sonra **‘Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.’** denilmiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa koyucu, Anayasa’nın 38. maddesini vazederken **‘Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni’**kavramını kullanmıştır. Burada **‘Silahlı Kuvvetler mensupları’** ya da dar ve teknik anlamda **‘askeri personel’**şeklinde kavramlar tercih edilmemiştir. **Böylece, kişi hürriyetinin idare tarafından kısıtlanabilmesine izin veren istisnai düzenlemelerin kapsamına kimlerin gireceği belirlenirken ‘şahıslar’a değil, aksine ‘Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni’ kavramına vurgu yapılmıştır.**Diğer bir ifadeyle, **Anayasa’nın 38. maddesinin onbirincifıkrası vazedilirken ‘şahıslar’ değil, ‘yapılan iş’ esas alınmıştır.** Böylece, **Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olması halinde kanunla getirilecek istisnai hükümlerle Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan gerek asker ve gerekse sivil personel hakkında idare tarafından kişi hürriyetini bağlayıcı yaptırımların uygulanabilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin yapılmasına Anayasa’nın 38. maddesinde izin verilmiş olduğu sonucuna varılmıştır…**

Anayasa’nın 129. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan ‘Silahlı Kuvvetler mensupları… hakkındakihükümler saklıdır.’ ibaresindeki ‘Silahlı Kuvvetler mensupları’ kavramının, Anayasa’nın 38. maddesindeki düzenlemeye paralel biçimde genel bir ifade olduğu ve **Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda görevli Devlet memurlarını da kapsadığı görülmektedir.**Esasen, Anayasa’nın çeşitli maddelerinde yer alan ‘askeri hizmetin gerekleri; **‘Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni’** gibi ifadeler, **disiplin konusunda askerlik hizmetine ilişkin gelenekleri ve kurulmuş düzenin Anayasa tarafından benimsenmiş olduğunu göstermektedir…**İptal isteminin reddi gerekir…”

Mezkur Anayasa Mahkemesi kararında; mevcut anayasal sistemin “Türk Silahlı Kuvvetleri” mensupları kapsamına bu kurumda görev yapan “Devlet memurları”nın da dahil olduğu, “Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni” gereği ve “disiplin” gibi kriterler gözetilerek, bu konumdaki Devlet memurları yönünden, Silahlı Kuvvetler dışında görev yapan Devlet memurlarından farklı bir takım yasal düzenlemeler yapılabileceği açıkça ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde görev yapmakta olan “Devlet memurları”nı “asker kişi” kabul eden yasakoyucununbu konudaki takdiri Anayasa’ya uygun bulunmuştur.

**2-** 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun “Silahlı Kuvvetlerde Çalışan Sivil Personel” başlıklı 115. maddesinde; “Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu Kanunun askerlere tahmil ettiği sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından

a) Amir vazifesi alanlar; maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin icap ettirdiği emirleri verebilir. Ceza vermek salâhiyetleri yoktur. Maiyetin cezalandırılması icap eden hallerde en yakın askeri amire müracaat edilir.

b) Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu Kanunun 14 üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilâfına hareket edenler askerlerin tâbi olduğu cezaî müeyyidelere tâbi olurlar.” denilmektedir.

Aynı Kanun’un 116. maddesinin (d) bendinde ise;

“Sivil personel Silahlı Kuvvetlerde gördükleri hizmetlerin hususiyetleri göz önüne alınarak bu Kanunun 77 ncimaddesi gereğince nöbet hizmetlerine sokulabilirler.” hükmü yer almaktadır.

**3-** 16.6.1964 günlü, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’un “Görev” başlıklı 7. maddesinde “Disiplin Mahkemeleri asker kişilerin bu Kanunda yazılı disiplin suçlarına ait davalara bakar…” denilmekte; aynı Kanun’un “Cezaların yerine getirilmesi” başlıklı 38. maddesinin (A) fıkrasında; subaylar, astsubaylar, **sivil personel,**uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında “göz hapsi” ve “oda hapsi” cezaları verilebileceği hüküm altına alınmaktadır. Askeri işyerinde çalışan İş Kanununa tabi bulunan işçiler hakkında ise toplu sözleşmede belirtilen disiplin cezaları ile cezalandırılacakları açıklanmaktadır.

**4-** Anayasa’nın “Askeri Yargı” başlıklı 145. maddesi 12.9.2010 günlü, 5982 sayılı Kanun’la değişmiş ve ikinci fıkrası evvelce “Askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler” şeklinde iken, “**Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askeri mahkemelerde yargılanamaz.**” şeklini almıştır. Bu fıkraya ilişkin “Değişik Gerekçesi”nde, “…Maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, asker olmayan kişilerin, savaş hali haricinde, askeri mahkemelerde yargılanamayacağı teminat altına alınmaktadır.” denilmektedir.

5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri arasında, askeri yargıyı düzenleyen 145. maddedeki “askeri hizmetin gereklerine göre” ibaresi ile Askeri Yargıtay’ı düzenleyen 156. maddedeki “askerlik hizmetlerinin gereklerine göre” ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen 157. maddedeki “askerlik hizmetinin gereklerine göre” ibaresi ilgili Anayasa maddelerinden çıkarılmıştır. 145. maddenin bu konudaki gerekçesinde “…söz konusu fıkrada yer alan ve askeri yargının bağımsızlığını zedelediği düşünülen ‘**askerlik hizmetinin gerekleri**’ ibaresi çıkarılmakta ve fıkranın aynı mahiyetteki son cümlesi yürürlükten kaldırılmaktadır…” denilmekte; 156. ve 157. maddelerin bu konudaki gerekçelerinde de “… mevcut metinde yer alan ‘askerlik hizmetlerinin gerekleri’ ibaresi, yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının güçlendirilmesi amacıyla madde metninden çıkarılmaktadır.” değerlendirilmesinde bulunulmaktadır.

Ne var ki söz konusu Anayasa değişiklikleri sırasında, yukarıda işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen Anayasa’nın 38/10 ve 129/4. maddelerinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı gibi; yapılan değişikliklerde de “asker kişi”nin tanımı konusunda herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Diğer bir deyişle Anayasa koyucu, askeri yargının görev alanındaki asker kişinin kim olduğu ve tanımı konusunda bilinçli olarak bir tanımlama yapmamış ve bunun tespiti işini yasa koyucuya bırakmıştır. Yasa koyucu da Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan Devlet memurlarını (müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personeli) Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç düzeni yönünden askeri itaat ve disiplinin ağır ihlâli saydığı “amiri tehdit”, “amire hakaret”, “amire mukavemet”, “amire fiilen taarruz”, “emre itaatsizlikte ısrar” gibi **askeri cürümleri**işlemeleri ve ayrıca “amire saygısızlık”, “emre itaatsizlik” ve “amire bilerek doğru söylememek” gibi **disiplin suçlarını**işlemeleri halinde “**asker kişi**” kabul etmiş ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu ile 477 sayılı Kanunda buna ilişkin hükümlerin, ilgili Askeri Mahkeme ve Disiplin Mahkemelerinin Devlet memurları hakkında da tatbik edileceğini öngörmüştür.

Anayasa’nın 145. maddesinin ikinci fıkrasının 2010 değişikliği sonrası düzenlemesine göre, savaş hali haricinde, asker olmayan kişilerin askeri mahkemelerde yargılanması mümkün olmamakla beraber; Anayasa metnindeki “**asker olmayan kişiler**” ibaresine verilecek anlam, dava konusunun çözümüne doğrudan etki yapacaktır. Anayasa’nın 145. maddesinin yine Anayasa’nın 38/10 ve 129/4. maddelerdeki “**Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından…”**ve**“Silahlı Kuvvetler mensupları … hakkındaki hükümler saklıdır…**” hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi zorunlu bulunmaktadır. Anayasa koyucunun bu konudaki gerçek iradesi, “asker olmayan kişiler” in sadece ordu mensubu olmayan “siviller” olmayıp, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapmakta olan “Askeri İş yerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçileri ” de kapsadığı şeklinde olsaydı; 38. ve 129. maddelerdeki istisnalarında yapılan Anayasa değişikliğiyle kaldırılması gerekirdi. Nitekim Anayasa koyucu askeri yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedelediğini düşündüğü “askerlik hizmetinin gerekleri” ölçütünü, söz konusu 2010 değişikliği ile 145., 156. ve 157. maddelerin metinlerinden çıkarmış; buna karşılık 38. ve 129. maddedeki özel düzenlemelere dokunmadığı gibi, isteseydi yapabileceği bir “**asker olmayan kişi**” tanımını yapmamış, hatta yapmaktan özel olarak kaçınarak, bunun takdirini yasa koyucuya bırakmıştır. Diğer bir deyişle, Anayasa’nın 145. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin dava konusu kuralın iptalini gerektirir bir yönü bulunmamaktadır. Yasa koyucunun, Anayasa koyucunun bu konuda kendisine bıraktığı takdir yetkisini, askeri disiplini ağır derecede ihlal ettiğini değerlendirdiği belli cürüm ve disiplin suçları yönünden kullanmasında 211 sayılı İç Hizmetler Kanunu’nun 115. maddesinde belirtilen ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları ve sivil personeli sadece bu suçlar bakımından “**asker kişi**” saymasında Anayasa’ya aykırı herhangi bir yön bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda işaret edilen kararındaki kabul ve gerekçeler, Anayasa’nın 145. maddesinde yapılan 2010 değişikliğinden sonra da hukuki değerini korumakta olup; açıklandığı üzere, mevcut Anayasal ve yasal normlar ışığında “asker olmayan kişiler” kavramının, salt Silahlı Kuvvetler camiası dışındaki sivil şahısları kapsadığını kabul etmek gerekmektedir.

**5-** Öte yandan, itiraz başvurusu gerekçesinde temas edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi’nin 31.5.2011 tarihli (Başvuru No: 45912/06) İçen-Türkiye kararına konu olayda, her ne kadar davacı Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bir Devlet memuru olmakla beraber; ihlâl kararının gerekçesinin bir bütün olarak incelenmesinde, hükmün olayına özgü biçimde verildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, itiraz başvurusu gerekçesinde yollama yapılan Askeri Yargıtay Daireler Kurulu’nun 16.2.2012 tarih ve E.2012/6, K.2012/21 sayılı kararının “Karşıoy Gerekçesi”nde de isabetle işaret edildiği üzere, sözü edilen AİHM kararı, incelediği olay itibariyle, başvuranın askeri mahkemede yargılanmasına esas alınan kriterlerin, somut ve yeterli olmadığına vurgu yapmaktadır. Kararda sözü edilen kriterler, 211 sayılı İç Hizmet Kanunu’nun 115/b maddesi ile belirlenen kriterler olup, her somut olayda bu kriterlerin değerlendirilmesi iç hukukumuzdaki uygulama gereğidir. Belirtilen kriterlerin incelenen olayda soyut ve yetersiz olduğunu dile getiren “İçen” kararı, mahiyeti itibariyle iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilir bir nitelik taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; itiraz istemlerine konu kuralın Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmadığı ve bu nedenle iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; kuralın iptaline ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeZehra Ayla PERKTAŞ | ÜyeRecep KÖMÜRCÜ | ÜyeBurhan ÜSTÜN |

|  |  |
| --- | --- |
| ÜyeNuri NECİPOĞLU | ÜyeCelal Mümtaz AKINCI |