

SİVİL MEMURLARIN ADLİYE MAHKEMELERİNDE YARGILANMALARI
GEREKTİĞİNE DAİR,

ASKERİ YARGITAY DAİRELER KURULU'NUN BİR KARARI

20.9.2012

Esas N: 2012/114

Karar N: 2012/102

Yukarıda aşamaları açıklanan dava nedeniyle Daire ile Başsavcılık arasında ortaya çıkan ve Daireler Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan ve 353 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (C) bendine göre asker kişi sayılan sivil personelin, 353 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi kapsamında işledikleri suçlara ait davalara bakma görevinin, adliye mahkemelerine mi, askerî mahkemelere mi ait olduğuna ilişkindir. Daire; bahsi geçen kişilerin yargılama görevinin adliye mahkemelerine ait olduğunu kabul ederken, Başsavcılık; anılan kişilerin 353 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde belirtilen suçlardan dolayı askerî mahkemelerde yargılanmaları gerektiğini ileri sürerek, Daire kararına itiraz etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Askerî Mahkemece, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun unsurları yönünden oluşmadığı kabul edilerek, sanığın beraatine karar verildiği; avukatlık ücretine hükmedilmemesi nedeniyle, hükmün, müdafii tarafından temyiz edildiği anlaşılmaktadır.

Kurulumuzda, öncelikle müdafii, beraat hükmünü, sadece vekâlet ücretine hükmedilmemesi nedeniyle temyiz edip edemeyeceği tartışılmıştır.

Üye Hâk.Alb. K.Ö. söz alarak görev konusu incelenmeden önce 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesine göre, asker kişi sayılan sivil memurlarla ilgili bu hükmün, Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunun tespiti için Anayasa Mahkemesine başvurulması görüşünde olduğunu belirterek, bu konunun oylanmasını istemesi üzerine yapılan oylamada; Üye Hâk.Alb. K.Ö. dışındaki diğer

Üyelerin Daire ile Başsavcılık arasındaki uyuşmazlığın çözümüne geçilmesini belirtmeleri üzerine incelemeye kaldığı yerden devam edilmiştir.

....

Kurulumuzca, beraat hükmünün temyiz edilebilir nitelikte olduğu kabul edildikten sonra, müdafî ücreti ile sınırlı temyiz incelemesinde görev konusunun incelenip incelenmeyeceği tartışılmıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; beraat hükmünün temyiz edilebilir olduğunun kabul edilmesi karşısında, görev konusunun kamu düzenine ilişkin olması ve yargılamanın her aşamasında öncelikle dikkate alınması zorunlu olduğundan, müdafî ücreti ile sınırlı temyiz incelemesinde de göreve ilişkin inceleme ve değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

(Başkan ve 4 üye müdafî ücreti ile sınırlı temyiz incelemesinde görev konusunda inceleme yapılamayacağı yönünde görüş bildirerek kararın bu kısmına katılmamışlardır.)

Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde;

Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 16.2.2012 tarihli ve 2012/6-21 sayılı kararında da belirtildiği üzere;

MSB ile TSK'nın kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personelin haklarında açılan davaların Askerî Yargı tarafından görülmesi ile ilgili mevzuat ve uygulama incelendiğinde;

353 sayılı Kanun'un, askerî mahkemelerin genel olarak görevlerini düzenleyen 9'uncu maddesi; "Askerî mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler." hükmünü içermekte olup, 12.9.2010 tarihindeki referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15'inci maddesiyle, Anayasa'nın 145'inci maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek yeniden düzenlenmiş ve bu düzenlemeyle, 353 sayılı Kanun'un 9'uncu

maddesindeki “askerî mahallerde” ibaresi, üst norm niteliğindeki Anayasa hükmü ile örtülü (zımnî) olarak kaldırılmış bulunmaktadır.

353 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinde “asker kişiler” sayılırken, birinci fıkrasının (C) bendinde Millî Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin de, bu Kanun’un uygulanmasında asker kişi oldukları belirtilmiştir.

1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun 22.3.2000 tarihli ve 4551/1 sayılı Kanun ile değişik 3’üncü maddesinin birinci fıkrasında da kimlerin “askerî şahıs” olduğu sayma yoluyla belirtilirken “Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel”e de yer verilmiş olmakla birlikte; maddenin ikinci fıkrasında “Millî 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 yükümlülükler ile sınırlıdır.” denilmiştir.

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri 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 askerî ve sivil personele hizmetin icap ettirdiği emri verebilir. Ceza vermek salâhiyetleri yoktur. Maiyetin cezalandırılması icap eden hâllerde en yakın askerî amire müracaat edilir.

b) Bütün sivil personel emrindeki çalıştıkları askerî amirlere karşı ast durumunda olup bu Kanunun 14’üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu ceza ve müeyyidelere tabi olurlar.” hükmünü içermektedir.

TSK İç Hizmet Kanunu’nun 115/b maddesinin atıf yaptığı “Astın vazifeleri” başlıklı 14’üncü maddesinde “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askerî usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hâllerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

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

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur." denilmektedir.

Yukarıda belirtilip, özetlenen yasal düzenlemeler kapsamında, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan tüm sivil personelin, Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı "amiri tehdit", "amire hakaret", "amire mukavemet", "amire fiilen taarruz", "emre itaatsizlikte ısrar" gibi askerî suçlarla, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suc ve Cezaları Hakkında Kanun'da yazılı "amire saygısızlık", "itaatsizlik", "amire bilerek doğruyu söylememek" gibi disiplin suçlarını işleyebilecekleri kabul edilmiş ve Askerî Yargıtay'ın içtihatları da bu yönde yerleşmiştir.

Ancak, Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) 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." hükmü karşısında, yukarıda sözü edilen Kanun hükümlerinin düzenlediği konular ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların hükümlerinin düzenlediği konular arasında farklılık ve bu nedenle uyuşmazlık bulunup bulunmadığı 2004 yılı değişikliğinden sonra uygulama yönünden önem kazanmıştır.

31.5.2011 tarihinde AİHM 2'nci Dairesi tarafından verilen ve 28.11.2011 tarihinde Büyük Daire Kararıyla kesinleşen İÇEN kararında özetle;

Ülke hukukundaki bazı hükümler nedeniyle MSB ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, asker kişi olarak değerlendirilmekte ise de; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce söz konusu sivil personelin asker kişi olarak kabul edilmediği, aksine bunların sivil kişi olarak kabul edildiği, ülke hukukunda MSB ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil

personeli asker kişi olarak tanımlayan hükümlerin, söz konusu sivil personeli normal mahkemelerde yargılanan sivillerden farklı bir pozisyona soktuğu, bu farklı pozisyon nedeniyle söz konusu sivil personelin aşırı/ağır yaptırıma maruz kaldığı Türk Hükümeti veya yargılama makamları tarafından MSB ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin askerî mahkemelerde yargılanmasını gerektiren zorunluluk ile ilgili olarak herhangi bir tez ileri sürülmediği, değerlendirme yapılmadığı, sadece Türk Hükümeti tarafından iç hukuk kuralları nedeniyle MSB ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan sivil personelin işlediği bazı suçların askerî mahkemelerin yargı yetkisine girdiğinin belirtildiği, ancak daha önce de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince iç hukuk kuralları ile düzenlenmiş olsa bile askerî mahkemelerin siviller üzerinde yargı yetkisine sahip olmasının, sivillerin askerî mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığı ile ilgili besledikleri şüphelerin objektif olarak haklı olduğunun kabul edilmesi temelinde Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğu tespitinde bulunulduğu için bu tespitin, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel olan M.G.İÇEN'in askerî mahkemede yargılanmasında da geçerli olduğu sadece iç hukuk kurallarının Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin askerî mahkemelerde yargılanması için yeterli bir neden teşkil etmediği sonucuna varıldığı belirtilmiş, TSK'da görevli bir sivil personelin, ordu mensubu hâkimler tarafından askerî ceza mahkemelerinde yargılanmasının adil olmadığı kanaati vurgulanarak, sivil kişi olarak kabul edilen sivil personelin, bu mahkemelerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına duyduğu şüphe nedeniyle, askerî mahkemelerin sivil kişileri yargılama yetkisinin AIHS'nin 6/1'inci maddesindeki adil yargılama ilkesine aykırı olduğu kabul edilmiştir.

Adil yargılama ilkesi ile ilgili mevzuat incelendiğinde;

18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'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."

“Hak arama hürriyeti” başlıklı 36’ncı maddesinde; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

“Tabi hâkim” ilkesini somut hâle getiren “Kanuni hâkim güvencesi” başlıklı 37’nci maddesinde; “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” vb. hükümler bulunmakla birlikte,

“Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90’ıncı maddesinde; “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” hükmüne yer verilerek, usulüne göre yürürlüğe girmiş bulunan uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde mevzuatımızın bir parçası olduğu kabul edilmiştir.

Antlaşmaların “Kanun hükmünde” olmaları, onların normatif değeri bakımından kanuna eşdeğer olmaları demektir. Bunun pratikteki sonucu, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki kanunlar gibi hukuki etki yaratacak olmalarıdır. Daha açık olarak, antlaşmalar kanunlar gibi doğrudan doğruya uygulanabilir ve mahkemelerde bunlara dayanılarak hak talep edilebilir.

Uluslararası antlaşmalarla ilgili Anayasa’nın 90’ıncı maddesine 5170 sayılı Kanunla 2004 yılında yapılan ekten sonra, uluslararası antlaşmaların normatif değeri açısından bir ayırım ortaya çıkmıştır. Buna göre, uluslararası antlaşmalar genel olarak “Kanun hükmünde” olmakla beraber, bunların insan haklarıyla ilgili olanları ile kanunların hükümleri arasında uyuşmazlık olması durumunda uluslararası

antlaşmalar öncelikle uygulanır şeklinde yorumlanmıştır (Mustafa ERDOĞAN, Anayasa Hukuku Genişletilmiş Dördüncü Baskı, s. 259).

Hukuk Devleti kavramının unsurlarından birisi de; bireyin temel haklarının güvence altına alınmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından kişilerin temel hakları, Anayasa'da düzenlediği ve aynı zamanda yukarıda bahsedildiği gibi, usulüne göre yürürlüğe sokulan uluslararası antlaşmalarla da güvence altına alınmıştır.

Bunlardan en önemlisi 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Kanunla uygun bulunarak yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir (AİHS). Bu tarihten itibaren iç hukukumuzun bir parçası olan sözleşme, ek protokollerle geliştirilerek günümüze ulaşmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1'inci maddesiyle Türkiye yetki alanları içinde bulunan herkese, hak ve özgürlüklerin tanınmasını kabul etmiştir. Türkiye tarafından imzalanmasıyla, Sözleşme iç hukukumuzun parçası hâline gelmiş, ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır. 22 Mayıs 2004 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Anayasa'nın 90'uncu maddesinin son fıkrası ile de Sözleşme, temel hak ve özgürlükler yönünden ülke kanunlarının üstünde statüye sahip olarak temel mevzuatlarımızdan birisi hâline gelmiştir.

Türkiye, ilk defa 28.1.1987 tarihinde AİHM'ne bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Böylece Türkiye sınırları içerisindeki herkesin, Sözleşme'de güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin ihlali hâlinde, Türkiye'yi AİHM'de dava edebilmesinin yolu açılmıştır. Türkiye, 22.1.1990 tarihinde ise, AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır (GÖLCÜKLÜ Feyyaz; GÖZÜBÜYÜK Şeref: AİHS ve uygulaması 7'nci Bası Sh.24).

Bu kapsamda 353 sayılı Kanun'un "Hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesi sebepleri" başlıklı 228'inci maddesine 5530 sayılı Kanun ile (F) bendi eklenmiştir. Bu bende göre;

Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği ve hükmün bu aykırılığa dayandığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olursa yargılamanın yenilenmesi gerekmektedir. Böylece, ulusal hukuka göre

verilmiş olsa da, AİHM tarafından AİHS'ne aykırı olarak verildiği kabul edilen kararların, yargılamalarının yeniden yapılarak aykırılığın giderilmesi zorunlu hâle getirilmiştir.

353 sayılı Kanun'un "Yargılamanın yenilenmesi" başlıklı 228'inci maddesinin son fıkrasında AİHM'nin bu tür kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi ulusal yasalardaki Sözleşmeye aykırı kuralların değiştirilmesinin beklenmemesi sonucunu doğurmuştur.

AİHS'nde insan hakları ile ilgili bir çok düzenleme bulunmakta ise de; olayımızla ilgili olan ve İÇEN davasında bahsi geçen "adil yargılanma" hakkının düzenlendiği 6'ncı madde;

1) Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda açıklanır; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararı, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar davanın tamamı süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2) Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3) Her sanık başlıca aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun

bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak" şeklindedir.

Somut olayla doğrudan ilgili olduğu için, 6'ncı maddede bahsi geçen yargının tarafsızlığı konusunun açılması gerekmektedir.

Prof.Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Prof.Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ'nün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Kitabında belirttikleri gibi (11'inci Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiştir 7'nci Bası Şh. 282, 283);

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafsızlık kavramını, objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla, kişisel tarafsızlığı; objektif tarafsızlık da kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması; tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organının tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır. Bu konuda mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada önemli olan husus demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa, özellikle ceza davasında sanığa verdikleri güven hissidir. Mahkeme, pek çok kararında, "Adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır" özdeyişine atıfta bulunmuştur. Objektif tarafsızlık değerlendirmesi organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilmesi tarzı) açısından yapılmaktadır. (Mah. K., Delcount/Belçika, 17.1.1970, A 11, S 31; Piersack/Belçika, 1.10.1982, A 53, S 30; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, A 86 S 26). Mahkemelere duyulan güvenin, büyük ölçüde, kurumun, üyelerden soyutlanarak, bir bütün olarak verdiği nesnel görünüme bağlı olduğu kuşkusuzdur. (Mah. K., Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A 211, S 44)

İÇEN kararında, TSK'da görevli sivil personelin emre itaatsizlikte ısrar ve üste hakaret suçlarından askerî mahkemede yargılanması irdelenerek, sivil kişinin ordu mensubu askerî hâkimler tarafından yargılanması AİHM'nin 6/1'inci maddesindeki adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. AİHM kararları, bir yönü ile sadece bakılan dava ile ilgili bir tespitte bulunmakta ve o davayı çözmekte ise de; İÇEN kararında olduğu gibi, bazı kararlarında ise, yargılama yapılan mahkemenin yapısına yönelik AİHS'ne aykırılık teşkil eden ulusal kurallara atıf yapmaktadır. Bu atıf nedeniyle benzer her yargılamanın AİHS'ne aykırı bulunacağı açıktır.

AİHM'nin AİHS'ne uyulup, uyulmadığı hususundaki belirleyici rolü ve Sözleşme birlikte göz önüne alındığında;

Millî Savunma Bakanlığında veya TSK'da görevli sivil personelin askerî mahkemelerde yargılanmaları sonucu verilecek kararların, AİHM'since adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edileceği anlaşılmaktadır. AİHM'nin Sözleşmeyi yorumlamaya tek yetkili organ olması nedeniyle, Sözleşmeye aykırılığını saptadığı Türk yasalarının (MSB ve TSK'da görevli sivil personelin askerî mahkemelerde yargılanmalarına olanak tanıyan düzenlemelerin) uygulanmaması, sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi bakımından somut olayda, adliye mahkemelerinde yargılanmasının sağlanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Uygulamaya bakıldığında da; örneğin DGM'nin bulunduğu dönemlerde DGM'nin kuruluşunda askerî hâkimin yer alması nedeniyle, AİHM'since adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgili örnek bir karar verilmiş, akabinde arkası arkasına açılan bütün davalar Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Yasa koyucu bu tür örnek kararlar nedeniyle baştan sonucu belli olan ve Türkiye aleyhine sonuçlanacak benzer ihlal kararlarını önleyebilmek için; Anayasa'nın 90'uncu maddesini 2004 yılında değiştirerek, ülke hukukçularının, yaptıkları yargılamalarda mevcut kanun ile sözleşme hükmünün farklı olması durumunda ne yapacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ülke kanunları ile sözleşme hükümlerinin farklı olması durumunda yürürlükteki mevzuatın uygulanacağını kabul etmek, Anayasa'nın 90'uncu maddesinin son fıkrasında 2004 yılında yapılan ilave düzenlemeyi işlevsiz hâle getirecek bir yorum tarzı olacaktır. Bu nedenle,

Anayasa'nın 90'ncı maddesinin son fıkrasına göre Sözleşme kapsamında karar vermek; yasa koyucu yerine geçmek olarak değerlendirilemez. Sözleşmeye öncelik verilerek kamu davalarının çözülmesi; yasa koyucunun iradesine uygun bir çözüm yöntemidir. Böylece Anayasa'nın 90'ncı maddesinin son fıkrası da işler hâle gelmektedir.

Kaldı ki; 353 sayılı Kanun'un hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesi sebeplerini düzenleyen 228'inci maddesinde 5530 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesiyle yapılan değişiklikle, CMK'nın 311'inci maddesine paralel olarak birinci fıkraya (F) bendi ve maddeye ikinci fıkra eklenmek suretiyle, ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği ve hükmün bu aykırılığa dayandığının AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi durumunda, kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği öngörülmüştür. M.İÇEN kararındaki AİHM'sinin gerekçesi göz önüne alındığında, TSK'da görevli sivil personelin yargılanmalarına askerî mahkemelerde devam edilmesi hâlinde AİHM'ce açılan her dava sonunda verilecek ihlal kararı sonrasında istem hâlinde, 353 sayılı Kanun'un 228'inci maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesine karar verilecek, böylece dava sürecinde başa dönülmesi nedeniyle davaların sonuçlanması uzun zaman alacak, ayrıca dava giderleri artacaktır. Bunun sonucu Anayasa'nın 141/1'inci maddesinin son fıkrasında belirtilen "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." hükmünün gereği de yerine getirilmemiş olacaktır.

Bu bağlamda; Sivil Memur C.A.ın hangi mahkemede yargılanacağı hususunda ortaya çıkan uluslararası antlaşma (AİHS) ile yukarıda bahsi geçen yasalar arasındaki uyumsuzluğun, Anayasa'nın 90'ncı maddesinin son fıkrası kapsamında Sözleşme esas alınarak çözülmesi gerekli görüldüğünden, Başsavcılık itirazının reddine karar verilmiştir.

SONUÇ VE KARAR : Açıklanan nedenlerle; Askerî Yargıtay Başsavcılığının 24.7.2012 tarihli ve 2012/226-2566 (İtiraz: 2012/89) sayılı tebliğnamesi ile yapılan

itirazın, 353 sayılı Kanun'un 224'üncü maddesi gereğince REDDİNE, 20.9.2012 tarihinde, (Başkan ve 5 üyenin karşı oyları nedeniyle), oy çokluğu ile karar verildi.

(Başkan ve 5 üye, atılı suçla ilgili yargılama yetkisinin Askerî Yargı yerine ait olduğu görüşüyle karara katılmamışlardır. Karar 6 ya karşı 7 oyla kabul edilmiştir.)

WWW.ASKERIHUKUK.NET