

ASKERİ YARGI ORGANLARININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE UYGUNLUĞU SORUNU

Kemal GÖZLER *

Özet: Bu makalede askeri yargı organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluğu sorunu incelenmektedir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin ve askeri mahkemelerin kuruluşlarında bulunan hakim sınıfından olmayan subay üyelerin statüsü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aradığı bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarına uymamaktadır. Keza disiplin mahkemelerinin mevcut kuruluş tarzı tamamıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırıdır. Diğer yandan askeri mahkemelerde görev yapan askeri hakimlere doğrudan askeri makamlar tarafından verilen subay sicil notunun da bu hakimlerin terfilerinde değerlendirmeye katılması bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından eleştirilebilecek bir noktadır. Nihayet Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52'nci maddesinin son fıkrasındaki gizli kaydıyla sunulan belgelerin taraflara gösterilmeyeceği yolundaki hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen "hakkaniyete uygun" yargılama ilkesine tamamen aykırıdır.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, askeri yargı, askeri mahkemeler, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

GİRİŞ

Kanımızca Türkiye'de askeri yargı organlarının oluşum tarzlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında güvence altına alınan "adil yargılanma hakkı" ile uyum içinde olup olmadığını tartışmak gerekir. Böyle bir tartışma için öncelikle, bu "adil yargılanma hakkı"nı kısaca görmek uygun olur. Bunun için ilk önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasını görelim:

"Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar, gerek cezai sahadada 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 aleni olarak dinlenmesini istemek hakkını haizdir".

* Yrd. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

Fıkra metninde açıkça görüldüğü gibi, herkes, “kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme” tarafından yargılanma hakkına sahiptir. Buradan “adil yargılanma hakkı”nın şu dört koşulu ortaya çıkmaktadır (Gölcüklü, 1995: 18-23; Gölcüklü ve Gözübüyük, 1996: 252-256; Çavuşoğlu, 1994: 25-26): “Mahkeme”, kanunilik, bağımsızlık ve tarafsızlık. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için *bir kere*, yargılama bir “mahkeme” tarafından yapılmalıdır. *İkinci olarak* bu mahkeme “kanuni” olmalı, yani yürütme organının düzenleyici işlemleriyle değil, yasama organının çıkardığı bir kanunla kurulmalıdır (Gölcüklü, 1995: 19-20). *Üçüncü olarak* bu mahkeme “bağımsız” olmalıdır. Bağımsızlık, başka bir kişi veya organdan emir almamak ve tarafların ve özellikle yürütme organının etki alanının dışında olmak demektir (Gölcüklü, 1995: 20). *Dördüncü olarak* nezdinde hak aranılan mahkeme “tarafsız” olmalıdır. Tarafsızlık mahkeme üyelerinin davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargılarının olmaması demektir. Diğer bir ifadeyle, tarafsızlık, mahkeme üyelerinin tarafların leh ve aleyhinde bir duyguya veya çıkara sahip olmaması anlamına gelir (Gölcüklü, 1995: 21).

Şimdi Türkiye’de askeri yargı organlarının bu dört şartı gerçekleştirip gerçekleştirmediğini araştıracağız. Bu araştırma için askeri yargıyı kendi içinde ikiye ayıracağız: Askeri idari yargı ve askeri ceza yargısı.

ASKERİ İDARİ YARGI: ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bu dört şarta uyup uymadığını incelemeden önce bir ön sorunu çözmek gerekir.

Bir önsorun.- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrası adil yargılanma hakkını sınırlı bir şekilde tanımıştır. Bu hak ancak, “medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar” ve “cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esasına” ilişkin olmak üzere güvence altına alınmıştır (Gölcüklü, 1995: 3; Çavuşoğlu: 1994: 25). Bu nedenle, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi karşısında kişinin adil yargılanma hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının kapsamına girmediği düşünülebilir.

Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanının geliştirdiği “otonom kavramlar” doktrini, çerçevesinde maddede geçen “medeni hak” kavramı geniş şekilde yorumlanmaktadır. Böylece şeklen idare hukuku alanına giren pek çok uyuşmazlık özü itibarıyla “medeni hak ve vecibelerle ilgili niza” olarak görülerek madde kapsamına sokulmuştur (Gölcüklü, 1995: 2). Divan Ringensen/Avusturya davasında, “medeni hak” kavramını “özel hukuk uyuşmazlıkları”nı aşar şekilde yorumlamış, uyuşmazlığın biçimsel kaynağına değil, konusuna bakarak Sözleşmenin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının uygulanabilirliğine karar vermiştir (Gölcüklü, 1995: 8). Divana göre, 6’ncı madde “sonucu

itibariyle, özel nitelikteki hak ve vecibeyi etkileyen her türlü yargılamayı kapsamaktadır; nizanın çözümünde uygulanacak mevzuat ile bu nizayı çözmek için yetkili kılınan organın niteliği (6. madde uygulamasında) hiç de önemli değildir" (Gölcüklü, 1995: 19-20).

İşte Divanın bu içtihadına göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülen bir çok dava, özellikle tam yargı davaları, "medeni hak ve vecibelerle ilgili niza" kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına aykırılığı sorunu ortaya çıkabilir. Bu nedenle bu sorunu tartışmakta yarar vardır.

Şimdi Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1'inci maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının şartlarına uyup uymadığını tek tek inceleyelim.

"Mahkeme"

Adil yargılanma hakkının birinci şartı, yargılamanın bir "mahkeme" tarafından yapılmasıdır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, içinde hakim sınıfindan olmayan üyeler bulursa da, Avrupa İnsan Hakları Divanının içtihadı bakımından bir "mahkeme" olarak kabul edilebilir. Zira bu kurum bir "yargısal rol" ifa etmekte ve bir "adli fonksiyona" sahip bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle belli bir usûl izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar vermektedir (Gölcüklü, 1995: 18-19).

Kanunilik

Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin ikinci koşulu bu yargılamayı yapacak olan mahkemenin "kanun" ile kurulmuş olmasıdır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Anayasa ve kanunla kurulduğundan bu koşulu yerine getirmektedir. Keza Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yargılama usûlü de yürütmenin düzenleyici tasarruflarıyla değil, kanun ile tespit edilmiştir (1602 sayılı Kanun).

Bağımsızlık

Bağımsızlık, başka bir kişi veya organdan emir almamak ve tarafların ve özellikle yürütme organının etki alanının dışında olmak demektir (Gölcüklü, 1995: 20). Divan bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usûlüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın bulunup bulunmadığını araştırmaktadır (Gölcüklü, 1995: 20).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesine üyelerin atanma usûlü 1982 Anayasasının 157'nci ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 7-9'uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 157'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre,

"Askeri Yüksek İdare Mahkemesi askeri hakim sınıftan olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askeri hakimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hakim sınıftan olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir".

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun (AYİMK) 7'nci maddesi hakim sınıftan üyelerin "en az yarbay rütbesinden birinci sınıf askeri hakimler" ve hakim sınıftan olmayan üyelerin ise "iki yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla albay rütbesinde üç yılını doldurmamış kurmay subaylar" arasından seçilmesini öngörmüştür.

Bu Kanunun 8'inci maddesine göre ise,

"Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askeri hakim sınıftan olan üyeleri, bu sınıftan olan başkan ve üyeler tam sayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterilecek üç aday arasından,

Hakim sınıftan olmayan üyeleri, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday arasından,

Devlet Başkanınca seçilir".

Bu şekilde seçilen üyelerin atanma usûlü ise bu Kanunun 9'uncu maddesinde düzenlenmiştir:

"Seçilenler arasından rütbe ve kıdem sırasına göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına, Başsavcılığın, daire başkanlıklarına ve üyeliklerine, Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın imzalayacağı, Devlet Başkanının onaylayacağı Kararname ile atama yapılır. Atamalar Resmi Gazetede yayımlanır.

Başkan, Başsavcı ile daire başkanlarının askeri hakim sınıftan olması şarttır".

Düzenlemelerden görüldüğü gibi Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iki çeşit üye vardır: Hakim sınıftan üyeler ve hakim sınıftan olmayan üyeler. Bu nedenle bunların bağımsızlıkları ayrı ayrı incelenmelidir.

(Hakim Sınıftan Olan Üyelerin Bağımsızlığı)

Hakim sınıftan üyelerin atanması usûlünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bir aykırılık pek görülemez. Zira birinci sınıf askeri hakimler arasından her boş üyelik için Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin başkan ve üyeleri salt çoğunlukla her boş yer için üç aday göstermekte bunların arasından birisi Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Bu usûlün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bir yanı yoktur. Hakimler esas itibarıyla yine hakimler tarafından seçilmektedir. Üyelerin atanması yürütmenin münhasıran elinde değildir. Cum-

hürbaşkanının yetkisi de devletin başı sıfatıyla kullandığı bir yetki olarak görülebilir. Bu şekilde atanan üyelerin görev süresi belli bir yıl ile sınırlandırılmamıştır. "Görevden çekilmeye davet" disiplin cezası (1602 sayılı AYİMK, m.28/c) dışında üyelerin görevden uzaklaştırılması mümkün değildir. Bu disiplin cezasını vermeye, Başkan, Başsavcı, daire başkanları ve mahkemenin en kıdemli hakimlerinden oluşan Yüksek Disiplin Kurulu yetkilidir (AYİMK., m.18). Bu husus da Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin hakim sınıfından üyelerin "bağımsızlık" niteliğine sahip olduğunu göstermektedir.

Gerek Anayasanın 157'nci maddesinde gerekse 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 1'inci maddesinde bu mahkemenin bağımsızlığı öngörülmüştür. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin hakim sınıfından olan üyelerini yürütmenin etkisi altına sokacak hükümler Anayasamızda veya diğer kanunlarda yoktur. Kanımca Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin hakim sınıfından olan üyelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen bağımsızlığa sahip olduğu söylenebilir.

Hakim Sınıfından Olmayan Üyelerin Bağımsızlığı

Hakim sınıfından olmayan üyeleri, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday arasından Cumhurbaşkanı seçmektedir (AY, m.157/2; AYİMK, m.8/2). Bu adaylar, iki yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla albay rütbesinde üç yılını doldurmamış kurmay subaylar arasından önerilir (AYİMK, m.7/2). Bunlar hukukçu değildir. Dahası bu hakim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır (AY, m.157/3; AYİMK, m.10). Her dairenin iki üyesi bu hakim sınıfından olmayan subay üyelerden oluşmaktadır.

Bir mahkemenin bütün üyelerinin hukukçu olmaları gerekmez. Aslında burada ceza muhakemesinde yapılan "meslekten hakim", "meslekten olmayan hakim" ayırımına benzer bir ayırım söz konusudur (Kunter, 1986: 312). Anayasamız her ne kadar Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin meslekten olmayan hakimlerine, "hakim" bile dememekte, "hakim sınıfından olmayan üye" demekten de, bu kişiler aslında hakimlik görevi yapmaktadırlar ve hakimdirler. Hakim olmak itibarıyla bunların da hakimlik bağımsızlığı ve teminatı koşullarına sahip olmaları gerekir.

Kanımızca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin "hakim sınıfından olmayan üye"lerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin aradığı hakimlik bağımsızlığı niteliğine sahip oldukları söylenemez. Bir kere bunların atanmasında öneri yetkisi bir adli makam olmayan Genelkurmay Başkanlığına verilmiştir. Dolayısıyla bunların atanması yürütme organının etki alanındadır. Şüphesiz bir hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı her şeyden önce onun manevi hayatı ve kişiliğiyle ilgilidir. Her zaman bağımsız bir kişiliğe sahip, görevinde ne olursa olsun başkalarından etkilenmeyecek "hakim sınıfından olmayan üye-

ler" olabilir. Ama onların tasfiyesi her zaman mümkündür. Zira "askeri hakim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır" (AY, m.157/3). Bu üyeler Askeri Yüksek İdare Mahkemesindeki görevleri bitince kendi asıl görevlerine döneceklerdir. Ve kendi asıl görevlerinde tayin ve terfileri tamamen kendi hiyerarşik üstlerinin takdirine bağlıdır. Bu nedenle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görev yaptıkları sürece daha sonraki kendi asıl görevlerinde iyi yerlere tayin olmayı ve terfi etmeyi düşünen üyelerin hiyerarşik amirlerinin etkisi altında kalması pek muhtemeldir.

Kanımızca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin "hakim sınıfından olmayan üyeleri" bakımından asıl sorun, hukukçu olmamaları veya hakimlik mesleğinden gelmemeleri değil, hakimlik mesleğini icra etmeleri için gerekli bağımsızlık ve teminattan yoksun olmalarıdır. Bu üyeler, bağımsızlık esasına göre, yürütme dışında adli bir makam tarafından emekli oluncaya kadar atansaydılar ve daha sonra ait oldukları birime geri dönmeseydiler, kanımızca bağımsızlık niteliğine sahip olabilirlerdi.

Bağımsızlık niteliği bulunmayan bu "hakim sınıfından olmayan üyeler" in Mahkemenin çoğunluğunu oluşturmadığı ve dolayısıyla mahkemenin bütünü itibarıyla bağımsızlığına gölge düşürmediği düşünülebilir¹. Ancak kanımızca bir mahkemede beş üyeden ikisinin dahi bağımsız olmaması, bu mahkemenin bütünü itibarıyla bağımsızlığını zedeler. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin daireselerinde bulunan beş kişiden ikisi bağımsız değildir. Bu husus, bu Mahkemenin bağımsızlığını ciddi şekilde lekelemektedir. Bağımsız olmayan üyelerin oylarını bertaraf edebilmek için, çoğunlukta bulunan bağımsız üyelerin her zaman kendi aralarında oy birliği içinde bulunmaları gerekir ki, bu her zaman mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Divanı bir mahkemenin bağımsızlığını incelerken, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığını ve nihayet, mahkemenin global bir değerlendirme ile, "bağımsız bir görünüm" verip vermediğini araştırmaktadır (Gölcüklü, 1995: 20). Örneğin, Divan, Sramek/Avusturya davasında bir memurun üye olarak katıldığı bir "yargı makamı" nı "bağımsız mahkeme" olarak kabul etmemiştir. Zira bu makamın önün-

¹ Anayasa Mahkemesinin izleyen kararı bu yöndedir: 15 Mart 1973 gün ve 1699 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla 1961 Anayasasının 138'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki "Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır" hükmüne "Ancak savaş halinde bu şart aranmaz" cümlesi ilave edilmiştir. Bunun aleyhine Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış, neticede Anayasa Mahkemesi bu konuda karar verme imkanı bulmuştur. Mahkemeye göre, "hakimlik mesleği, bilgi ve tecrübeyi, liyakat ve ehliyeti gerektirdiğinden bu niteliklerden yoksun bulunan ve üstelik hakimlik güvencesine sahip olmayan görevlilerden kurulu yargı yerlerinin doğru ve hiçbir etki altında kalmadan karar verebilecekleri kuşkuludur" (Anayasa Mahkemesinin 15.5.1975 gün ve E.1973/19 ve K.1975/87 sayılı Kararı. *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 13, s.447). Dolayısıyla bu kararın methumu muhalifinden bir mahkemenin çoğunluğunu oluşturmamak şartıyla hakimlik teminatına sahip olmayan üyelerden oluşabileceği kabul edilmektedir.

de bu memurun amiri davacı konumunda bulunmuştur. Dolayısıyla, bu makam, yeterli bağımsızlık görüntüsü vermemektedir (Gölcüklü, 1995: 21). Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde de "hakim sınıfından olmayan üyeler" in bulunması buna benzer görülebilir. Bu hakim sınıfından olmayan subay üyelerin amiri durumundaki makamlar, genellikle bu Mahkeme önünde "davalı" konumundadırlar; iptali istenen işlemleri yapanlar bu makamlardır. Örneğin Genelkurmay Başkanlığının bir kararının iptalinin istendiği bir davada, Genelkurmay Başkanlığı tarafından buraya önerilen subay üyenin bağımsız ve tarafsız olması oldukça güçtür.

Tarafsızlık

Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafsızlık kavramını objektif ve sübjektif olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. *Sübjektif tarafsızlık* mahkeme üyesi hakimin birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığıdır. Sübjektif tarafsızlığından şüpheye düşülen yargıcın davadan çekilmesi gerekir. *Objektif tarafsızlık* ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması gerekir. Objektif tarafsızlık değerlendirilmesi *organik*, yani mahkemenin kuruluş şekli ve *fonksiyonel* yani görevin yerine getirilme tarzı açısından yapılmaktadır (Gölcüklü, 1995: 21-22). Bu açıdan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi incelenirse, yukarıda açıklanan subay üyelerin varlığından dolayı objektif tarafsızlığın organik açıdan değerlendirilmesinde mahkemenin tarafsızlığından şüphe edilebilir.

Sonuç olarak kanımızca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, hakim sınıfından olmayan üyelerin bağımsızlığını sağlayacak teminattan yoksun olmaları bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına aykırıdır.

Bir Ek Sorun: Dosya Dışı İnceleme ve Hakkaniyete Uygun Yargılama

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin incelerken son olarak bu Mahkemenin Kanununun 52'nci maddesinin son fıkrasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesine aykırılığı sorunu üzerinde durmak gerekir.

"Dosya Dışı İnceleme" kenar başlığını taşıyan 52'nci maddenin ilk fıkrası,

"Daireler ve Daireler Kurulu, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilecekleri gibi, tayin edecekleri süre içinde, lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden"

isteyebileceğini öngörmektedir. Bu maddenin son fıkrası ise,

"görevli daire ve kurul veya kanunsözcüleri tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalar... taraf vekillerine incelettirilmez"

demektedir.

Bu fıkraya göre, idare "gizli" kaydıyla birtakım bilgi ve belgeler Mahkemeye sunmuşsa, Mahkeme bu bilgi ve belgeleri dikkate alacak, yani kararına bunlara dayanarak verebilecek, ama bu bilgi ve belgeleri davacıya göstermeyecektir.

Kanımızca Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52'nci maddesinin son fıkrası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen "hakkaniyete uygun yargılanma hakkına" aykırıdır. Zira, Sözleşmeye göre, "her şahıs... davasının... hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir".

"Hakkaniyete uygun" bir yargılama için, Avrupa İnsan Hakları Divanının getirdiği bir takım şartlar vardır. Bu şartlardan en önemlisi, tarafların arasında "silahların eşitliği ilkesi"dir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme önündeki süreçte taraflar arasında tam eşitlik olmalı ve bu eşitlik yargılama boyunca devam etmelidir. Buna göre yargılama süreci içinde yapılan her işlem (mesela delil ve karşı-delillerin sunulması, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi) silahların eşitliği ilkesi açısından değerlendirilir. Örneğin silahların eşitliği ilkesi, Schuler-Zgragen/İsviçre davasında davacının dava dosyasını inceleyebilme ve dosyadan bazı belgelerin fotokopilerini alabilme, mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi açısından incelenmiştir (Gölcüklü, 1995: 32-35).

Kanımızca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52'inci maddesinin son fıkrası idare tarafından gönderilen "gizli" belgelerin davacıya gösterilmemesi "silahların eşitliği" ilkesinin ve dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkının tipik bir ihlalidir.

Uygulamada genelde Milli Savunma Bakanlığı birinci cevap dilekçesinin ekinde, söz konusu 52'nci madde kapsamında değerlendirilmek üzere, "gizli" kaydıyla bir takım belgeleri Mahkemeye sunmaktadır. İdare sunduğu bu "gizli" belgelere göre yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve bu belgelere dayanarak davanın reddedilmesini istemektedir. Mahkeme de, bu belgeleri davacıya tebliğ etmeden, davacıdan idarenin cevabına cevap vermesini istemektedir. Doğaldır ki davacı bu gizli belge ve bilgileri incelemeyen, idarenin iddialarının delillerini görmeden, idarenin cevabına cevap veremez. Burada davacı, idarenin sunduğu delilleri tartışma ve çürütme imkanına sahip değildir. Dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılamanın diğer bir şartı olan "çelişiklik ilkesi" de ihlal edilmektedir (Gölcüklü, 1995: 33). Böyle bir durumda, davacının yargılama sürecine gerçek anlamda katılımı söz konusu değildir. Dolayısıyla yargılama sürecinde çelişme sağlanamaz.

Kanımızca burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin öngördüğü "alenilik" şartının da bir ihlali vardır. Zira Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda aleniliği ihlal eden başkaca bir hüküm yoksa da, 52'nci maddenin son fıkrası aleniliğe aykırı görülebilir. Çünkü mahkemenin kararına dayanak teşkil eden belgeler gizli kalmıştır. Ne tarafların, ne de kamunun bilgisi dahilindedir.

Özetle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52'nci maddesinin son fıkrasında öngörülen "gizli belgelerin taraflara incelettirilmeyeceği"ne ilişkin hüküm bir çok bakımdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında güvence altına alınan "hakkaniyete uygun yargılanma hakkına" aykırıdır².

ASKERİ CEZA YARGISI

Askeri ceza yargısını ikiye ayırıp incelemek gerekir. Askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri. Zira Anayasamızın 145'inci maddesi "askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür" demektedir. Her iki tür mahkemenin de üstünde Askeri Yargıtay bulunur. Bu nedenle ilkönce Askeri Yargıtayın kuruluşunu incelemek uygun olur.

Askeri Yargıtay

Anayasamızın 156'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre,

"Askeri Yargıtay üyeleri birinci sınıf askeri hakimler arasından Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir".

Kanımızca Askeri Yargıtay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen "kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme" olarak kabul edilebilir. Yeni üyeler yürütme tarafından değil, yine aynı kurumun mevcut üyeleri tarafından önerilmektedir. Bir çeşit kooptasyon sistemi vardır. Askeri Yargıtayda hakim sınıfından olmayan subay üyeler de bulunmamaktadır. Bu bakımdan Askeri Yargıtayın kuruluşunda bizatili eleştirilecek bir nokta yoktur. Şüphesiz Avrupa İnsan Hakları Divanının içtihatlarında bağımsızlık "genel bir görünüm" açısından incelenmekte, keza tarafsızlık da sübjektif ve objektif bakımlardan ayrı ayrı incelenmektedir. Bu nedenle somut bir olayda Askeri Yargıtayın bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe edilmesi ihtimal dışı değildir. Ancak bu, buradaki inceleme konumuzu aşar.

² Aslında bu hüküm sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine değil, kendi Anayasamızın "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" diyen 36'ncı maddesine de aykırıdır. Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu konuda Anayasamızın 152. maddesi kapsamında yapılan "anayasaya aykırılık itirazlarını" ciddi görmemekte ve reddetmektedir (örneğin AYİM I.D.'nin 13.5.1997 gün ve E.1996/746 ve K.1997/366 sayılı kararı).