

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 sınıfindan 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 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 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 yargıların 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 sınıfından olmayan üyeler bulunsa 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 almanak 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, Başsavcılığına, daire başkanlıklarına ve üyeliklerine, Millî Savunma Bakanı ve Başbakanın imzalayacağı, Devlet Başkanının onaylayacağı Kararname ile atama yapılır. Atamalar Resmî 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-

hurbaşkanının 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 AYİMİK, 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 (AYİMİK., 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; AYİMİK, m.8/2). Bu adaylar, iki yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla albay rütbesinde üç yılını doldurmamış kurmay subaylar arasından önerilir (AYİMİK, m.7/2). Bunlar hukukçu değildir. Dahası bu hakim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır (AY. m.157/3; AYİMİK, 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.

Kanımca, 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 dairelerinde 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 tecrübe, 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 hakimnin 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 getirtilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalar... taraf vekillerine incellettirilmez”

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’nci 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 getirdiğı bir takım şartlar vardır. Bu şartlardan en önemlisi, tarafların arasında “silahların eşitliğı 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 eşitliğı ilkesi açısından değerlendirilir. Örneğın silahların eşitliğı 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 eşitliğı” 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 sunduğı bu “gizli” belgelere göre yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve bu belgelere dayanılarak 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 sunduğı delilleri tartışma ve çürütme imkânına 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 arasında 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’nci maddesine de aykırıdır. Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu konuda Anayasamızın 152. maddesi kapsamında yapılan “anayasaya aykırılık itirazlarını” ciddi görmemekte ve reddetmektedir (örneğin AYİM E.D.’nin 13.5.1997 gün ve E.1996/746 ve K.1997/366 sayılı kararı).

Askeri Yargıtay'ı gördükten sonra şimdi sırasıyla askeri mahkemeleri ve disiplin mahkemelerini görelim.

Askeri Mahkemeler

Askeri mahkemelerin kuruluşu 25.10.19963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Kanunuyla düzenlenmiştir. Şimdi Askeri mahkemelerin kuruluşunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen adil yargılama hakkının koşullarını taşıyıp taşımadığını inceleyelim. Yukarıda gördüğümüz gibi bu şartlar dört taneydi.

“Mahkeme”

Adil yargılanma hakkının birinci şartı, yargılamanın bir “mahkeme” tarafından yapılmasıdır. Askeri mahkemeler, içinde subay üyeler olsa da Avrupa İnsan Hakları Divanının içtihatları bakımından bir “mahkeme” olarak kabul edilebilir. Zira bu kurumun bir “yargısal rol” ifa ettiğinden ve bir “adli fonksiyona” (Gölcüklü, 1995: 18-19) sahip bulunduğundan şüphe yoktur.

Kanunilik

Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin ikinci koşulu bu yargılamayı yapacak olan mahkemenin “kanun” ile kurulmuş olmasıdır. Askeri mahkemeler ülkemizde Anayasamızın 145'inci maddesi tarafından öngörülmüş ve 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Kanunuyla kurulmuşlardır. Dolayısıyla askeri mahkemeler kanunla kurulduğundan bu koşulu yerine getirmektedir (Gölcüklü, 1995: 19-20).

Bağımsızlık

Yukarıda görüldüğü gibi, bağımsızlık, başka bir kişi veya organdan emir almamak ve tarafların ve özellikle yürütme organının etki alanının dışında olmak demektir. 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 mahkemelerde iki çeşit üye vardır. Askeri hakim sınıfından üyeler ve subay üyeler. Bu nedenle bunların bağımsızlıkları ayrı ayrı incelenmelidir.

Hakim Sınıfından Üyelerin Bağımsızlığı

Bu sınıftan olan üyeler “askeri hakim”dir. Askeri hakim olmanın şartları 26.10.1963 günlü ve 357 sayılı Askeri Hakimler Kanununda düzenlenmiştir. Bunlar değişik kaynaklardan sağlanmaktadır (m.2-8). Bu kaynakları burada

incelemek konumuzu aşar. Ancak belirtelim ki, her halükarda askeri hakimler hukuk fakültesi mezunlardır. Bunlar mezuniyetten sonra bir yıllık adaylık süresi geçirirler (m.9). Adaylıkta başarılı olanlar askeri hakim yardımcılığına atanırlar (m.109). Yardımcılık süresi üç yıldır. Bu süre sonunda yeterli görülenler askeri hakimliğe geçirilirler (m.11). Burada canalıcı nokta, görüldüğü gibi bir yıl adaylık ve üç yıl yardımcılıktan sonra “yeterli görülüp” askeri hakimliğe geçiştir. Kanun bu “yeterli görülme” konusunda bir de kriter getirmektedir: “Bu yeterlik için, askeri hakim veya savcı yardımcılığı görev süresi içinde alınan mesleki sicil notları ortalamasının mesleki sicil tam notunun % 50 veya daha fazlası olması şarttır” (m.11/2).

Bu şekilde başarılı olanlar askeri hakimliğe Silahlı Kuvvetler mensuplarının nakil tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın ortak kararnamesi ile Cumhurbaşkanının onayına sunulur ve Resmi Gazetede yayınlanır (m.16) (Erman, 1970: 324).

Görüldüğü gibi burada askeri hakimliğe atanma tamamen yürütme organının elindedir. Bu anlamda askeri hakimlerin bağımsızlığından şüphe edilebilir. Ne var ki, Avrupa İnsan Hakları Divanı, mahkeme üyelerinin bir bakan veya hükümet kararıyla atanmasının her zaman ve muhakkak olarak bağımsızlık yokluğu anlamına gelmediğine karar vermiştir³. Bu nedenle Türkiye’de askeri hakimlerin atanma usûlünün AİHS’ne aykırı olduğu peşinen söylenemez. Bu konuda Divanın değerlendirmesini beklemek gerekir.

Diğer yandan askeri hakimlerin bağımsızlığı bakımından özlük işleri ve özellikle meslekte yükselmeleri sistemini de incelemek gerekir. Meslekte yükselmeleri Askeri Hakimler Kanununun 12’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “askeri hakim subayların rütbe terfi, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesini temin edecek yeterlikleri sicil ile saptanır”. Sicil belgeleri “subay sicil belgesi” ve “mesleki sicil belgesi” olmak üzere iki çeşittir (m.12/2). Mesleki sicil belgesi mesleki sicil notunu içerir. Bu not askeri hakim’in “hakimlik” mesleğindeki başarısını ölçmeye yöneliktir. Bu not askeri hakimlere Askeri Yargıtay daireleri ve Daireler Kurulunca verilir (m.13). Kanımca, “mesleki sicil belgesi” ilişkin eleştirilecek bir şey yoktur.

Ancak askeri hakimler hakkında bir de “subay sicil belgesi” düzenlenir. Bu belgeyi ise askeri hakim’in birinci, ikinci ve üçüncü sicil üstleri düzenler. Bu sicil üstleri de nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri amirdir (m.12). Bu kişi bir adli makam değil, *tout court* bir askeri makamdır. Subay sicil belgesi ve mesleki sicil belgesine ait sicil tam notu ayrı ayrı ikiyüzdür. Hakim’in terfiinde bu iki sicil notunun ortalaması alınır. Ayrıca general ve ami-

³ Divan Kararı, Campell ve Fell/İngiltere, 28.6.1984, A, s.39; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s.18; Lithgow ve diğerleri / İngiltere 8.7.1986, A 102, s.73 (Gölcüklü, 1995: 21).

rallîge yükselecek albaylarla general ve amirallîğin üst rütbelerine yükseleceklerin saptanması ve değerlendirilmesi işlemlerinin yapılması Yüksek Askeri Şuranın yetkisindedir (m.14).

Görüldüğü gibi askeri hakimlerin terfileri yarı yarıya adli bir makam olmayan askeri komutanların verecekleri sicil notlarına bağlıdır. Bu nedenle askeri hakimlerin kendileri hakkında subay sicil belgesi düzenleyecek sicil üstleri durumunda olan komutanlara karşı bağımsızlıklarından şüphe edilebilir⁴. Askeri hakimler, yükselmeleri yarı yarıya takdirine bağlı olduğu bir kişi karşısında kendilerini bağımsız hissetmeyebilirler. Bu nokta kanımca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen "bağımsızlık" koşuluna aykırıdır.

Subay Üyelerin Bağımsızlığı

25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Kanununun 2'nci maddesine göre, "askeri mahkemeler iki askeri hakim ve bir subay üyeden kurulur". Bu Kanunun 3'üncü maddesine göre ise, "askeri mahkemelerde bulunacak subay üyelerin en az yüzbaşı rütbesinde muharip sınıftan bulunmaları sanığın astı ve yargılama süresince en yakın amiri olmamaları" gerekmektedir.

Hukukçu olmayan subay üyelerin mahkemede üye olarak bulunması eleştirilebilir. Ancak kanımca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir mahkemenin bütün üyelerinin hukukçu olması şart değildir. Aslında burada ceza muhakemesi hukukunda yapılan "meslekten hakim", "meslekten olmayan hakim" şeklindeki klasik ayrım söz konusudur (Kunter, 1986: 312). 353 sayılı Kanun her ne kadar askeri mahkemelerin hukukçu olmayan üyesine "hakim" bile dememekte, "subay üye" demekteyse de, bu kişiler aslında hakimlik görevi yapmaktadırlar (Kunter, 1986: 312) ve hakimdirler. Kanımca bunların da hakimlik bağımsızlığına ve teminatına sahip olmaları şartıyla mahkemede üye olmalarına bir engel yoktur. Ancak her halükarda bu üyelerin de bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmalıdır.

Oysa 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kanununun bu bağımsızlığı ve teminatı sağladığını söylemek mümkün değildir. Bu kanunun 4'üncü maddesine göre,

"subay üyeler ile yedekleri nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında o mahkemenin yetkisine giren birlik ve kurum mensupları arasından bir yıl süre ile değiştirilmemek üzere seçilir".

Görüldüğü gibi bu üyelerin atanması tamamen birlik komutanının elindedir. Üstelik bu üyeler sadece bir yıl için atanmaktadırlar. Ve tekrar atanması yine birlik komutanının takdirine bağlıdır. Bu tür üyenin kendi birliğindeki asıl gö-

⁴ Sahir Erman da askeri hakimlerin terfilerinde idari sicil üstlerine yetki tanınmasını eleştirmektedir (Erman, 1970: 331).

revi de devam etmektedir. Asıl görevi bakımından ise tamamen birlik komutanına tabidir. Bu nedenle askeri mahkemenin subay üyesine birlik komutanının etki yapması ihtimal dahilindedir.

Tarafsızlık

Adil yargılanma hakkının dördüncü şartı bu yargılamanın tarafsız bir mahkeme tarafından yapılmasıdır. Yukarıda görüldüğü gibi, davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı yokluğu demek olan tarafsızlık, bağımsızlık kavramıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle burada askeri mahkemelerin tarafsızlığını ayrıca tartışmaya gerek görmüyoruz. Bağımsızlıkları şüpheli olan bu mahkemelerin tarafsızlıklarından da *a fortiori* şüphe duyulabilir.

Sonuç olarak askeri mahkemelerde subay üyelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının var olmadığını bu bakımdan bu mahkemelerin kuruluşunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen bağımsızlık şartına aykırı olduğu söylenebilir.

Disiplin Mahkemeleri

Disiplin mahkemeleri bizzat Anayasamız tarafından öngörülmüştür (m.145/1). Disiplin mahkemelerinin kuruluşu 16.6.1964 günlü ve 477 sayılı *Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun* ile düzenlenmiştir. Bu mahkemeler kendilerine disiplin suçu ismi verilen ve bu Kanunun 47 ila 62'inci maddeleri arasında düzenlenen bir takım küçük suçlar konusunda yetkilidirler.

Bir önsorun.- Disiplin mahkemelerinin kuruluşunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olup olmadığını incelemeyen önce, bu mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının kapsamında olup olmadığını tartışmak gerekir. Zira Sözleşmenin bu maddesi adil yargılanma hakkını "cezaî sahada serdedilen isnadın esasına" inhisar ettirerek bu hakkı sınırlandırmıştır. Disiplin hukuku bu maddenin kapsamı dışında kalır. Bununla birlikte Divan, "otonomi kavramlar" doktrini uyarınca "suç isnadı" terimini geniş yorumlamaktadır (Gölcüklü, 1995: 3). "Suç isnadı" deyimini, devletlerin iç hukuklarındaki tavsiflerden bağımsız, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gereken özerk bir kavramdır (Çavuşoğlu, 1994: 25). Örneğin iç hukuk bakımından disiplin kabahati olan bir fiil, Sözleşme bakımından pekala bir suç olarak nitelendirilebilir ve böylece 6'ncı maddenin koruma alanına girebilir (Gölcüklü, 1995: 14). Komisyon ve Divan, bir fiilin 6'ncı maddenin kapsamında bir "suç" olarak görülüp görülemeyeceğini bu fiilin iç hukuktaki tavsifine, bu fiilin zati niteliğine ve söz konusu fiil için öngörülen müeyyidenin niteliğini ve ağırlık derecesini (ör-

neğin hapis cezasının süresi gibi) dikkate alarak bir sonuca varmaktadır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1996: 248).

477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanununun 41'inci maddesine göre, bu kanuna göre verilebilecek oda ve göz hapsi cezaları üç günden iki aya kadardır. Bu Kanunun 38'inci maddesine göre, oda hapsi cezaları, kapısında nöbetçi bulunan bir hapis odasında çektirilir. Bu cezalar pratikte oldukça ağır koşullarda Disiplin Ceza ve Tutukevlerinde yerine getirilmektedir.

Bu nedenle Divan disiplin mahkemeleri tarafından verilen iki aya kadar çıkabilen bu cezaları gerçek anlamda bir ceza olarak görüp disiplin suçlarını Sözleşmenin 6'ncı maddesi kapsamında bir "suç" olarak değerlendirebilir. Bu nedenle disiplin mahkemelerinin kuruluşunun Sözleşmeye uygunluğunu tartışmakta yarar vardır.

Şimdi disiplin mahkemelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen adil yargılanma hakkı şartlarına uyup uymadığını araştıralım.

"Mahkeme"

Yukarıda da gördüğümüz gibi, adil yargılanma hakkının birinci şartı, yargılamanın bir "mahkeme" tarafından yapılmasıdır. Disiplin mahkemeleri "yargısal rol" ifa etmekte ve bir "adli fonksiyona" sahip bulunmaktadır. Keza bu mahkemeler, belli bir usûl izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak karar vermektedirler. Kararları devlet gücüyle icra edilmektedir. Ancak böyle bir organda hakim niteliğine sahip üye yoktur. Aşağıda görüleceği gibi birlik komutanına karşı bağımsız ve gerekli teminata sahip değillerdir. Bu nedenle disiplin mahkemelerinin oluşumunun dahi AİHS anlamında bir "mahkeme" olmadığı düşünülebilir.

Kanunilik

Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin ikinci koşulu bu yargılamayı yapacak olan mahkemenin "kanun" ile kurulmuş olmasıdır. Disiplin mahkemeleri 477 sayılı kanunla kurulduğundan bu şartı gerçekleştirmektedir.

Bağımsızlık

16.6.1964 günlü ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usûlü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 2'nci maddesine göre, "disiplin mahkemesi, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelere biri astsubaylardan seçilir"⁵.

⁵ Kanunun gerekçesine göre, "suç teşkil eden bir fiilin işlenmesiyle bozulan disiplinin mümkün olan en kısa zamanda iadesi, askerliğin niteliği ve kamu güvenliğini çok yakından ilgilendirmesi bakımından, adı suç-

Seçilme usûlü ise bu kanunun 3'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "başkan ve üyeler ile yedekleri, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında bu mahkemenin yetkisine giren birliklerdeki subay ve astsubaylar arasından kıtaya veya askeri kuruma katılış sırasına göre değiştirilmemek üzere bir yıl için seçilirler".

Görüldüğü gibi bu mahkemede hakim niteliğinde üye yoktur. Mahkemenin nezdinde kurulduğu komutanın birliğinde görevli bulunan subay ve astsubaylar bu mahkemede üye olarak çalışmaktadırlar. Bu üyeler birlik komutanı tarafından bir yıllığına seçilmektedirler. Disiplin mahkemesine üye seçilen subay ve astsubayların kendi birliklerindeki asıl görevleri de devam etmektedir. Bu üyeler kendi asıl görevlerinde birlik komutanına tamamen bağlıdırlar. Dolayısıyla disiplin mahkemesindeki görevlerinde birlik komutanının etkisi altında kalmaları pek muhtemeldir.

Bu mahkemelerde duruşmada iddia makamı görevini disiplin subayı yapar. Refakatinde adli müşavir bulunan birlik komutanlığı nezdinde kurulan disiplin mahkemelerinde disiplin subaylığı görevi adli müşavir veya yardımcılar tarafından yapılır. Adli müşavir ve yardımcılar olmayan hallerde bu görevi birlik komutanı tarafından atanan teğmen ile binbaşı rütbesindeki subaylar yapar (m.45).

Kanımızca bu mahkemeler bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından en küçük bir teminattan dahi yoksundurlar (Erman, 1970: 334). Bir kere, disiplin mahkemesi üyeleri birlik komutanı tarafından atanırlar ve görev süreleri bir yıldır. İkinci olarak disiplin hazırlık soruşturması birlik komutanının emriyle başlar (m.14). Üçüncü olarak, hazırlık soruşturması sonucunda dava açılıp açılmamasına karar vermek yine birlik komutanına aittir (m.15). Dördüncü olarak disiplin mahkemesi birlik komutanının emriyle toplanır (m.16). Beşinci olarak disiplin mahkemeleri ve disiplin subayları silsile yoluyla nezdinde kuruldukları komutanların gözetimine ve Milli Savunma Bakanlığının teftişine bağlıdır. Her ne kadar, bu gözetim ve teftiş yetkisine dayanılarak yargı işlerine karışılmazsa da (m.36), Sahir Erman'ın belirttiği gibi, komutanın gözetimine ve Bakanlığın teftişine tabi bir mahkemenin bağımsız olduğunu ileri sürmek mümkün değildir (Erman, 1970: 334-335).

Nihayet, gerek mahkeme üyelerinin gerek disiplin subayının hiyerarşik sicil amiri, bu mahkemede dava açılmasına karar veren, dolayısıyla sanığın cezalandırılmasını isteyen birlik komutanıdır. Ayrıca bu üyelerin kıtadaki normal gö-

larla bozulan sosyal nizamın iadesinden çok daha önemlidir. Bu sebeple disiplin suçlarına bakacak ve disiplin işleriyle çok daha yakın ilgileri bulunan 'askerler'den teşekkül edecek disiplin mahkemelerinin kurulması gerekli görülmüştür" (17.9.1963 gün ve 71-2102/4340 sayılı Hükümet Gerekçesi, içinde: Özbakan, 1983:14).

revi de devam etmektedir. Bu görevinde ise tamamen birlik komutanına tabidirler. Böyle bir durumda bulunan mahkeme üyelerinin birlik komutanının yapabileceği muhtemel etkiye direnmeleri mümkün değildir.

Tarafsızlık

Adil yargılanma hakkının dördüncü şartı bu yargılamanın tarafsız bir mahkeme tarafından yapılmasıdır. Yukarıda görüldüğü gibi, tarafsızlık bağımsızlık kavramıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle burada disiplin mahkemelerinin tarafsızlığını ayrıca tartışmaya gerek yoktur. Bağımsızlıkları bu derece şüpheli olan bir mahkemenin tarafsızlığından söz edilemez.

Özetle, disiplin mahkemesi üyelerinin hiç bir teminatı yoktur. Dolayısıyla disiplin mahkemesinin bağımsızlığından ve tarafsızlığından bahsedilemez. Disiplin mahkemesinin bu kuruluşu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına aykırıdır.

Aslında disiplin mahkemelerinin bu kuruluş tarzı Türk Anayasasına da aykırıdır⁶. Anayasamızın 138-140'inci maddelerinde hakimin kim olduğu, ne gibi teminatlara sahip olduğu ve özellikle resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları anayasamızda açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, disiplin mahkemesine katılan subaylar anayasamızın anladığı anlamda birer "hakim" değildirler. Bunların kararıyla bir kimsenin dokunulmazlığı ve hürriyetinin kısıtlanması Anayasamızın 17 ve 19'uncu maddelerine aykırı olur (Cf. Erman, 1970: 332). Gerçi anayasamızın 145'inci maddesinde disiplin mahkemelerinden bahsedilmiştir. Ancak Anayasamızda bu mahkemelerin sadece subaylardan kurulacağını belirten bir hüküm yoktur.

SONUÇ

Kanımızca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin ve askeri mahkemelerin kuruluşlarında bulunan hakim sınıfindan olmayan subay üyelerin varlığı bu mahkemelerin bağımsızlığına gölge düşürmektedir. Bu mahkemelerdeki subay üyelerin statüsü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aradığı bağımsızlık ve tarafsızlık şartlarına uymamaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve askeri mahkemelerde subay üye bulundurulması sistemine ya son verilmeli ya da bu subay üyelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayıcı ciddi teminatlar getirilmelidir.

⁶ Disiplin mahkemelerinin kuruluşunun 1961 Anayasasına aykırı olduğu ileri sürülmüş, ancak bu dava Anayasa Mahkemesince reddedilmiştir (Anayasa Mahkemesinin 4.6.1970 gün ve E.1970/6 ve K.1970/29 sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, s.288).

Keza disiplin mahkemelerinin mevcut kuruluş tarzı tamamen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırıdır. Bu mahkemelerin kuruluş tarzı bütünüyle değiştirilmelidir.

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.

KAYNAKÇA

- Çavuşoğlu, Naz (1994), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara.
- Erman, Sahir (1970), *Askeri Ceza Hukuku*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- Gölcüklü, A. Feyyaz ve Gözübüyük, A. Şeref (1996), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 2'nci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gölcüklü, Feyyaz (1995), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama*, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara.
- Kunter, Nurullah (1986), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8'nci Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul.
- Özbakan, Hulusi (1983), *İlgili Mevzuat ile İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı, Örnekli, Disiplin Mahkemeleri ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu*, Ankara.