



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

KENAN ÖZTERİŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2012/989)

Karar Tarihi: 19/12/2013

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Alparslan ALTAN
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Recep KÖMÜRCÜ
Engin YILDIRIM
Raportör : Serhat ALTINKÖK
Başvurucu : Kenan ÖZTERİŞ
Vekili : Av. Davut AYDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, zorunlu askerlik görevini yedek subay olarak tamamlayıp terhis olduktan sonra askerlik hizmetinin eksik olduğu gerekçesiyle yeniden askere celp edildiğini ileri sürerek Anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 27/11/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 28/3/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm, 20/5/2013 tarihinde yapılan toplantıda Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 21/5/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 18/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 22/7/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, diyeceklerini 5/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru dilekçesinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu 1981 doğumlu olup Gaziantep'te yaşamaktadır.

9. Dört yıllık fakülte mezunu olan başvurucu 30/11/2010 tarihinde askerliğe sevk edilmiş ve askerlik görevini kısa dönem erbaş olarak 30/5/2011 tarihinde tamamlayarak terhis olmuştur.

10. Terhisinden yaklaşık 6 ay sonra 3/11/2011 tarihinde telefonla bilgi verilmek suretiyle askerlik şubesine celp edilen başvurucuya; Milli Savunma Bakanlığının ("MSB") 10/10/2011 tarihli yazısına istinaden 2004 yılındaki hırsızlık suçundan ertelenmiş mahkûmiyetinin tespit edildiği, yedek subay olarak alınan askerlik kararının er olarak tadil edildiği, yapılan askerlik hizmetinin yeterli olmaması nedeniyle eksik hizmeti bulunduğu ve tekrar askere alınacağı bildirilmiştir.

11. Başvurucu, dört yıllık fakülte mezunu olduğunu, bu nedenle yedek subay adayı olarak askerlik kararı alındığını, bu karara istinaden kısa dönem erbaş olarak askerlik hizmetini yerine getirip terhis edildiğini, ancak terhisini takiben sabıka kaydında mahkûmiyet hükmü bulunduğunun tespit edilmesi üzerine MSB'ce hakkındaki askerlik kararının tadil edilerek 15 aylık er statüsüne çevrildiğini, bakiye hizmet süresini tamamlamak üzere askere alınması için MSB'ce karar alındığını ve yapılan bu tadil işleminin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek MSB'nin 10/10/2011 tarihli askerlik kararının er olarak tadil edilmesine ilişkin kararının iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle 11/11/2011 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ("AYİM") başvurmuştur.

12. Başvurucu 20/3/2012 tarihinde yeniden yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuş, ancak talep AYİM 2. Dairesinin 4/4/2012 tarih ve E.2011/1465 sayılı kararıyla oy çokluğu ile reddedilmiştir.

13. Başvurucunun iptal ve yürütmenin durdurulması istemiyle açtığı dava, AYİM 2. Dairesinin 3/5/2012 tarih ve E.2011/1465, K.2012/482 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

14. Başvurucu, AYİM 2. Dairesinin 3/5/2012 tarihli ret kararına karşı 2/8/2012 tarihinde karar düzeltme talebinde bulunmuş, talep AYİM 2. Dairesinin 31/10/2012 tarih ve E.2012/947, K.2012/944 sayılı kararıyla oy çokluğu ile reddedilmiştir.

15. Karar düzeltme talebinin reddine dair karar 15/11/2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

16. 21/6/1927 tarih ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"(Ek: 21/7/1999 - 4414/2 md.) 1076 sayılı Kanun hükmüne tabi yükümlülerden; bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayları olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayları olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır."

17. 16/6/1927 tarih ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu'nun 8. maddesi şöyledir:

“Yedek subay adayı olarak askere sevkden evvel veya yedek subay yetiştirilmekte iken aşağıdaki engel hali olduğu anlaşılanlar askerlik hizmetini durumlarına göre er veya erbaş olarak tamamlarlar.

a) 1. Türk Silahlı Kuvvetlerinde subaylıktan çıkarmayı gerektiren bir suçtan mahküm olanlar,

...”

18. 22/5/1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 30. maddesi şöyledir:

“Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askeri mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.

...

B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde.

...”

19. 1632 sayılı Kanun'un 31. maddesi şöyledir:

“Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasının niteliği, hükümlünün Silahlı Kuvvetlerle ilişkisinin kesilmesidir. Bu ceza, ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın;

A) Askeri rütbe ve memuriyetlerin kaybedilmesi,

B) Subay, astsubay, uzman jandarma ve Devlet memuru olarak tekrar Türk Silahlı Kuvvetlerine kabul edilmeme,

Sonuçlarını doğurur.”

20. 27/7/1967 tarih ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) Personel Kanunu'nun 50. maddesi şöyledir:

“d) Aşağıda belirtilen suçlardan hükümlü olma nedeniyle ayırma:

Ertelenmiş, para cezasına veya tedbire çevrilmiş, affa uğramış olsalar bile, Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 131 inci maddesinin birinci fıkrasının az vahim hali hariç basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas, iftira gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı nitelikteki suçlardan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarından hükümlü olan subaylar hakkında, hizmet sürelerine bakılmaksızın Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır.”

21. 4/7/1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun "*Teminat*" kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Başkanı, Başsavcı, Daire Başkanları ve üyeleri; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi hakimleri olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının kendilerine sağladığı teminat altında hizmet görürler."

22. 1602 sayılı Kanun'un 8., 9. ve 10. maddeleri şöyledir:

"Üyelerin seçimi:

Madde 8 – (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

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

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

Cumhurbaşkanınca seçilir."

"Atanma:

Madde 9 – (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

Seçilenler arasından rütbe ve kıdem sırasına göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına, Başsavcılığına, daire başkanlıklarına ve üyeliklere, Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın imzalayacağı, Cumhurbaşkanının onaylayacağı Kararname ile atama yapılır. Atamalar Resmi Gazete'de yayımlanır.

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

"Görev süresi:

Madde 10 – (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

Askeri Hakim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 19/12/2013 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru nunun 27/11/2012 tarih ve 2012/989 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu, askerden terhis olduktan yaklaşık altı ay sonra MSB'nin yazısına istinaden eksik hizmeti bulunduğu gerekçesiyle tekrar askere alınacağını bildirilmesinin hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerine aykırı olduğunu, askerlik hizmetini tamamladığını ve bunun kendisi açısından kazanılmış hak teşkil ettiğini, tekrar askere çağırılmasının kazanılmış haklara saygı ilkesini zedelediğini, MSB'nin kararına karşı açtığı davada Mahkemece verilen kararın adil olmadığını, AYİM'e açtığı davanın hâkim mesleğinden olmayan iki üye tarafından reddedildiğini ileri sürerek Anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Hukuki Güvenlik ve Kazanılmış Haklara Saygı İlkeleri ile Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

25. Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E.2012/116, K.2013/32, K.T. 28/2/2013).

26. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa'nın tüm maddelerinde zımnen mevcut bir ilkedir. Bir bireysel başvuruda hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edildiği iddiası, ancak söz konusu bireysel başvurudaki iddialarla bağlantılı olarak ileri sürülebilir. Başvuru dosyasındaki belgeler incelendiğinde başvurucunun, bireysel başvuru kapsamındaki herhangi bir hakla bağlantı kurmaksızın soyut olarak hukuk güvenliği ve kazanılmış haklara saygı ilkesinin ihlal edildiğinden şikâyet ettiği görülmektedir.

27. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucunun, hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkelerinin ihlal edildiği yönündeki şikayetleri esas olarak AYİM 2. Dairesince verilen 3/5/2012 tarihli kararın adil olmadığına ilişkindir. Başvurucunun, açıkça dayanaktan yoksun olmayan bu iddialarının, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan "*adil yargılanma hakkı*" kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. AYİM'in Bağımsız ve Tarafsız Olmadığı İddiası Yönünden

29. Başvurucu, terhis edilmesine rağmen eksik hizmeti bulunduğu gerekçesiyle yeniden askere çağırılması işleminin iptali istemiyle AYİM nezdinde açtığı davanın hâkim mesleğinden olmayan üyeler tarafından reddedildiğini, davasının bağımsız ve tarafsız

olmayan bir mahkemece karara bağlandığını ve bu nedenle de “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

30. Anayasa'nın “*Mahkemelerin Bağımsızlığı*” başlıklı 138. maddesi şöyledir:

“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

...”

31. AİHS'nin 6. maddesi şöyledir:

“Herkes davasının, ... yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir. ...”

32. Anayasa'nın “*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi*” kenar başlıklı 157. maddesi şöyledir:

“Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyumsuzlukların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyumsuzluklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askeri hakim sınıfından 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 sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

...

Mahkemenin Başkanı, Başsavcı ve daire başkanları hakim sınıfından olanlar arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

(Değişik son fıkra: 7/5/2010-5982/21 md.) Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

33. Anayasa'nın 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı düzenlenmiştir. Ayrıca, AİHS'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, herkesin davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesini isteme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

34. Kanunla kurulmuş bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı “*bağımsız*” olup olmadığının belirlenmesinde; üyelerinin atanma şekli ve görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *İbrahim Gürkan/Türkiye*, B. No: 10987/10, 3/7/2012, § 13).

35. Bir mahkemenin “*tarafsız*” olup olmadığına karar verilirken ise, mevcut davanın koşullarında, objektif olarak hiçbir şüpheye mahal vermeksizin davanın hâkimine yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *Feti Demirtaş/Türkiye*, B. No: 5260/07, 17/01/2012, § 117).

36. AYİM, MSB'ye atfedilen işlem, ihmal veya eylemlere karşı askeri personel veya onların temsilcilerince ileri sürülen hukuki talepleri karara bağlama yetkisini haiz bir mahkeme olup, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yapar. AYİM'in oluşumu, statüsü, görevleri, üyelerinin atanma usulleri, görev süreleri ve teminatları gibi hususlar Anayasa ve 1602 sayılı Kanun'da hüküm altına alınmıştır (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 28).

37. Somut olaydaki uyuşmazlığın karara bağlanması görevi yasama organı tarafından AYİM'e verilmiş olup, esas itibariyle başvuru tarafından da AYİM'in kanun ile kurulan bir mahkeme olduğuna itiraz edilmemektedir.

38. AYİM'e atanan askeri hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili Kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden, askeri hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap verme durumunda bulunmadıkları, disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29).

39. AYİM'de üye olarak atanan sınıf subayları yönünden ise, salt olarak Genelkurmay Başkanlığınca önerilen üç aday arasından seçilmesi sebebiyle bu üyelerin bağımsızlığının zedelendiği söylenemez. Sınıf subayı üyelerin nihai atama yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir. Bunların atanmasından sonra, sınıf subayı üyeler, askeri hâkim üyeler gibi, görevlerini yerine getirirken dış müdahaleye karşı anayasal güvence altındadırlar. Bu üyeler hâkimlik görevleri süresince askeri veya idari organlar tarafından görevlerinden alınamazlar. Sınıf subayı üyelerin en fazla dört yıllık bir süre ile görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görev süreleri zarfında idari veya askeri yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları, idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: *Mustafa Yavuz ve Diğerleri/Türkiye* (kk.), B. No: 29870/96, 25/5/2000; *Bek/Türkiye*, B. No: 23522/05, 20/4/2010, § 30).

40. Somut olayda, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin bir husus saptanmamıştır. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu bölümünün "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas İnceleme

41. Başvurucu, askerden terhis edilmesine rağmen tekrar askere çağırılması üzerine açtığı dava neticesinde AYİM'ce verilen kararın hakkaniyete uygun olmadığından şikâyet etmiştir.

42. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurunun AYİM'ce verilen kararın hakkaniyete uygun olmadığı yönündeki şikâyetlerini, kazanılmış haklara saygı ilkesinin ihlal edildiği iddiası çerçevesinde değerlendirerek; AYİM tarafından yapılan yargılama neticesinde, başvurunun beyanlarına rağmen iptali istenen MSB işleminin kazanılmış haklara saygı ve hukuki istikrar ilkelerine aykırı olmadığı kanısına varıldığını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") içtihatlarında delillerin kabul edilebilirliği, değerlendirilmesi, yorumlanması gibi konularda takdirin öncelikle derece mahkemelerine ait olduğunun vurgulandığını, bu nedenle derece mahkemelerince olguların değerlendirmesinin Anayasa ve AİHS tarafından güvence altına alınan haklar ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece bireysel başvuruya konu yapılamayacağını, Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü ve 6216 sayılı

Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamayacağını, kazanılmış hakkın ihlal edildiği iddiasının değerlendirmesinin derece mahkemesinin yetkisinde olduğunu ve bu nedenlerle söz konusu iddianın bireysel başvuruya konu olamayacağını bildirmiştir.

43. Başvurucu, Adalet Bakanlığının kazanılmış haklara saygı ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin görüşüne karşı; derece mahkemelerinin yetkisinde olan hususların bireysel başvuruya konu olamayacağı kabul edilse bile, görüşte söz konusu haksız uygulama ile ilgili hangi makamlara başvurulması gerektiğinden bahsedilmediğini, bireysel başvurunun varlık nedeninin derece mahkemelerinin haksız uygulama ve kararlarını iptal etmek olduğunu, bunun aksini düşünmenin Anayasa'nın ruhuna aykırı olacağını, başvuruya konu hatalı idari işlemi yapan kişilerden hesap sorulmayıp kendisinin cezalandırılmasının anayasal ilkelerle bağdaşmadığını belirterek Adalet Bakanlığının görüşüne katılmamıştır.

44. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"

45. 6216 sayılı Kanun'un "Esas hakkındaki inceleme" kenar başlıklı 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

46. 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

47. Anılan Anayasa ve Kanun hükümleri ile kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bireysel başvuruda incelenemeyeceği ve bu çerçevede Anayasa Mahkemesince açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvuruların açıkça dayanaktan yoksun ve Anayasa ve Kanun tarafından Anayasa Mahkemesinin yetkisi dışında bırakılan hususlara ilişkin olduğu açıktır (B. No:2012/1056, 16/4/2013, § 34).

48. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular için benimsediği temel yaklaşım doğrultusunda kural olarak, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri

değerlendirmesinde ve hukuk kuralını yorumlamasında bariz bir takdir hatası bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.

49. Başvurucunun AYİM’ce yapılan yargılamada hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasında hataya düşüldüğü yönündeki iddialarının Anayasa’nın 36. ve AİHS’nin 6. maddeleri açısından değerlendirilmesi gerekir.

50. Anayasa’nın “*Hak arama hürriyeti*” kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

51. Sözleşme’nin “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. ...”

52. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa’da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriği, AİHS’in “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmelidir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

53. Hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının içinde zımnen mevcut bir ilkedir. Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüllerdir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *Kayasu/Türkiye*, B. No: 64119/00 ve 76292/01, § 83).

54. Somut olayda yedek subay adayı olarak askerliğine karar alınan başvuru, Afyon Sulh Ceza Mahkemesinin 10/9/2002 tarih ve E.2002/374, K.2002/565 sayılı kararı ile hırsızlık suçundan haptisten çevrilme para cezasına mahkûm edilmiş, 647 sayılı Kanunun 6. maddesi gereğince bu cezanın ertelenmesine karar verilmiş ve bu karar 16/3/2004 tarihinde kesinleşmiştir. Başvuru 30/11/2010 tarihinde başladığı askerlik hizmetini 30/5/2011 tarihinde tamamlamıştır. Askerlik hizmetini tamamlamasından sonraki bir tarihte MSB tarafından yaptırılan arşiv araştırması sonucunda başvuru hakkında verilen bir mahkûmiyet kararı tespit edilmiştir. Bunun üzerine, MSB’nin 10/10/2011 tarih ve “karar tâdili” konulu yazısı ile başvuru askerlik kararı tadil edilerek 15 aylık er statüsüne geçirilmiştir. Bu durum başvurucuya 3/11/2011 tarihinde bildirilmiş, başvuru MSB’nin söz konusu kararının iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle 11/11/2011 tarihinde AYİM’e iptal davası açmıştır.

55. AYİM 2. Dairesi, 3/5/2012 tarih ve E.2011/1465, K. 2012/482 sayılı kararıyla “*Dava dosyasındaki bilgiler ve mevzuat hükümlerine göre, davacının Afyon Sulh Ceza Mahkemesinin 10/9/2002 gün, E.2002/374, K.2002/565 sayılı kararı ile “Hırsızlık” suçundan haptisten çevrilme para cezasına mahkûm edildiği ve 647 sayılı Kanunun 6. maddesi gereğince cezanın ertelenmesine karar verildiği, bu kararın 16/3/2004 tarihinde kesinleştiği, söz konusu mahkûmiyet kararının 1076 sayılı Kanununun 3. ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 4551 sayılı Kanunla değişik 30/B ve 926 sayılı TSK Personel Kanununun 50/d maddeleri gereğince TSK’da subaylıktan çıkarılmayı gerektirdiği, davacının işlemiş olduğu suçun vasfı itibariyle, idarenin, davacının “yedek subay aday adayı statüsünden çıkarılması” yönünde işlem tesis etme konusunda “bağlı yetki”sinin bulunduğu, bu durumun davacının yedek subay ve yedek subaylık hakkına sahip yükümlülerin yararlandığı altı aylık kısa dönem er olarak askerlik hizmetini yapmasına engel teşkil ettiği, 1111 sayılı Kanun’un 5/1. maddesinde belirtilen süre kadar askerlik hizmeti yapmak üzere daha önce yedek subay aday adayı olarak alınan askerlik kararının er olarak tadil edilme işleminin tüm unsurları ile hukuka ve mevzuata uygun olduğu*”na hükmetmiştir.

56. Mahkeme kararında 1076 sayılı Kanun’un 3. maddesine, 1632 sayılı Kanun’un 30. maddesinin (B) fıkrasına ve 926 sayılı TSK Personel Kanununun 50. maddesine dayanmıştır. 1632 sayılı Kanun’un 30. maddesinin (B) fıkrasına göre hırsızlık suçu nedeniyle hüküm giyenlerin TSK’dan çıkarma cezası ile cezalandırılacağı, 1076 sayılı Kanun’un 8. maddesine göre ise “*Yedek subay aday olarak askere sevkden evvel veya yedek subay yetiştirilmekte iken*” TSK’dan çıkarma cezası ile cezalandırılanların durumlarına göre askerlik hizmetlerini er ya da erbaş olarak tamamlayacakları hükme bağlanmıştır.

57. Başvurucu hakkındaki belirtilen mahkûmiyet kararının, suçun niteliği yönünden 1632 sayılı Kanun’un 30. ve 926 sayılı Kanun’un 50. maddeleri uyarınca TSK’da subaylıktan çıkarılmayı gerektirdiği, dolayısıyla 1076 sayılı Kanun’un 8. maddesi gereğince, başvurucunun yedek subay statüsünü kazanmasına ve bu statüde yedek subay veya yine bu statüde erbaş veya er olmasına engel olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

58. Ancak belirtilen yasal düzenlemelerde mahkûmiyetin tecil edilmiş bulunması halinde, deneme süresi içerisinde yeniden bir suç işlenmemesi durumunda esasen mahkûmiyetin vaki olmaması gerektiğinden, bu ertelemeli mahkûmiyetin yedek subay olmaya engel olup olmayacağı ve TSK’dan çıkarma sebebi sayılıp sayılmayacağı hususları düzenlenmemiştir. Bu nedenle, AYİM önündeki davada, hukuki sorunun çözümünde önem arz eden tecil durumu ve başvuru açısından beş yıllık deneme süresinin geçmiş olmasının kararda değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

59. 1/3/1926 tarih ve 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nun 95. maddesi şöyledir:

“... bir cürümden ... dolayı hapis cezasına ve hapis ile mahkûm olan kimse ... hüküm tarihinden itibaren beş sene zarfında hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olmazsa evvelki mahkûmiyeti esasen vaki olmamış sayılır....”

60. Buna göre, mahkûmiyetin tecil edilmiş olması durumunda beş yıllık deneme süresi içerisinde yeniden bir suç işlenmemesi halinde esasen mahkûmiyetin vaki olmaması gerekeceği açıktır.

61. Başvurucu hakkındaki davada davanın esası ile ilgili olarak Başsavcılık makamınca da “*10/9/2002 tarihinde mahkûm olan ve hüküm tarihinden itibaren beş yıllık deneme süresi içerisinde yeni bir suç işlemeyen, 765 sayılı TCK’nın 95. maddesi uyarınca tecil edilmiş mahkûmiyeti esasen vaki olmamış sayılan davacının, yedek subay aday adayı*

olarak alınan askerlik kararının uzun dönem er olarak tadil edilerek askere bu statüde sevk edilme işlemine esas alınmasına hukuken imkan bulunmadığı, zira davacının işlediği suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün, hukuk nazarında esasen vaki olmadığı, hukuken vaki olmamış sayılan mahkûmiyetin, hüküm ve sonuçlarını devam ettiriyormuş ve hayatiyetini koruyormuşçasına bir idari işleme esas alınmasının idari işleme hukuki geçerlik kazandırmayacağı, davacının yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının er olarak tadil edilmesi işleminin hukuka aykırı olduğu, davacının yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının er olarak tadil edilmesi işleminin iptaline karar verilmesinin gerektiği” yönünde görüş bildirilmiştir.

62. Somut olayda, 10/9/2002 tarihinde “hırsızlık” suçundan mahkûm olan ve beş yıllık deneme süresinden sonra 30/11/2010 tarihinde askerliğe sevk edilen başvuru, askerlik hizmetini 30/5/2011 tarihinde tamamlayarak terhis olmuştur.

63. Başvurucunun, yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının uzun dönem er olarak tadil edilerek askere bu statüde sevk edilme işlemine esas alınması, 765 sayılı Mülga Kanun’un 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira başvuru işlediği suça ilişkin mahkûmiyet hükmü, tecil koşullarına uyulması nedeniyle, hukuk nazarında esasen vaki olmamıştır. Hukuken vaki olmamış sayılan mahkûmiyetin, hüküm ve sonuçlarını devam ettiriyormuş ve hayatiyetini koruyormuşçasına bir idari işleme esas alınmasının ilgili idari işleme hukuki geçerlik kazandırdığı söylenemez.

64. Başvuru konusu olayda, başvuru hakkında verilen mahkûmiyetin tecil edilmesinin sonuçları ile ilgili açık bir kanun hükmü mevcuttur. Bu hükme verilecek olağan anlam bellidir ve başvuru buna göre kendisine muamele edileceğini beklemektedir. Ancak AYİM 2. Dairesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapmıştır. Bu uygulama yönünde yerleşmiş içtihat olduğu ne derece mahkemesi kararında belirtilmiş ne de Bakanlık görüşünde ileri sürülmüştür. Dolayısıyla eldeki belgelere göre başvuru dava açarken (hukuki yardımdan yararlı olsa bile) açık kanun hükmünden farklı bir şekilde kendisine muamele edileceğini beklemesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Buna göre, AYİM 2. Dairesinin 3/5/2012 tarih ve E.2011/1465, K.2012/482 sayılı kararındaki yorumu “öngörülemez” niteliktedir ve “bariz takdir hatası” içermektedir.

65. Açıklanan nedenlerle, başvuru hakkında yapılan yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının “öngörülemez” nitelikte olması ve “bariz takdir hatası” içermesi nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

V. 6216 SAYILI KANUN’UN 50. MADDESİNİN UYGULANMASI

66. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şu şekildedir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

67. Başvuruda hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının “öngörülemez” nitelikte olması ve “bariz takdir hatası” içermesi nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası

uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin Askeri Yüksek İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

68. Başvurucu herhangi bir tazminat talebinde bulunmamıştır. Bu konuda Mahkemece karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

69. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 172,50 harç ve 2.640,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.812,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle:

A. Başvurucunun, “*adil yargılanma hakkı*” ile ilgili şikâyetlerinin **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**,

B. Başvurucunun, AYİM’in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığına ilişkin şikâyetlerinin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,

C. Başvurucu hakkında yapılan yargılamada sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının “*öngörülemesiz*” nitelikte olması ve “*bariz takdir hatası*” içermesi nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesinin **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

D. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 TL harç ve 2.640,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.812,50 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

F. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla “*yeniden yargılama yapmak üzere*” AYİM 2. Dairesine gönderilmesine,

19/12/2013 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM