D.10/2022 YİM 63/2019

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti: Mehmet Türker, Tanju Öncül, Talat Usar.

Davacı: Polat Adaçaylı, No: 4 Mehmetçik Sok., Yenişehir, Mağusa .

* ile –

Davalı: 1)KKTC Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı vasıtası ile KKTC Başsavcılık, Lefkoşa.

 2)KKTC Başbakanlık vasıtası ile KKTC Başsavcılık, Lefkoşa.

 A r a s ı n d a.

Davacı namına: Avukat Emine Çolak.

Davalılar namına: Başsavcı Yardımcı Muavini İlter Koyuncuoğlu.

 -------------

**K A R A R**

Mehmet Türker: Bu davada, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Talat Usar okuyacaktır.

Talat Usar: Davacı işbu davasında aşağıda aktardığımız taleplerde bulunmuştur:

“A)Davacının 8.10.2018 tarihli dilekçesine davalılar 21.1.2019 tarihinde geç cevap vererek ve/veya 30 gün içinde yanıt vermeyerek ve/veya yasal mevzuata aykırı davrandığı ve/veya bir ihmal işlediği hususunda bir ilam;

 B)Davacının Davalılara yaptığı 8.10.2018 tarihli başvurusu ile dini vicdanı gerekçesiyle zorunlu askerlik hizmetine çağrıda bulunmaktan muaf tutulmasını ve/veya askerin hiçbir şekilde kontrolü, yönetimi veya gözetimi altında olmayan alternatif sivil hizmet yapabilmesi mümkün olana kadar davacıyı askere çağırmayı erteleme talebini reddeden 21.1.2019 tarihinde davacının bilgisine getirilen 7.11.2018 tarihli yazı ve/veya karar ve/veya yapılan işlemlerin iptali ve/veya hatalı ve/veya malul ve/veya hukuken herhangi bir geçerliliği olmadığına ve/veya hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair karar verilmesi;

C)Davacı tarafından davalılara yapılmış bulunan 8.10.2018 tarihli başvuru neticesinde davalıların askerlik yasasında belirtilen işlem yapılmasının mümkün olmadığına ilişkin verilen kararın ve/veya yapılan işlemlerin iptalinin hukuken geçerliliği olmadığına ve/veya hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verilmesi;

D)Davalıların davacının yoklama kaçağı olduğuna ilişkin vermiş olduğu kararın ve/veya davacının askerlik yapmakla mükellef olduğuna ilişkin verilen tüm karar ve/veya işlemlerin iptali ve hatalı ve/veya malul ve/veya hukuken herhangi bir geçerliliği olmadığına ve/veya hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına karar verilmesi;

E)Davalıların davacının yoklama kaçağı olduğuna dair verdiği ve davacının 13.3.2019 tarihinde bilgisine gelen kararının iptaline ve/veya malul ve/veya hukuken herhangi bir geçerliliği olmadığına ve/veya hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair karar verilmesi;

F)Davalıların davacının yoklama kaçağı olduğuna dair verdiği ve davacının 13.3.2019 tarihinde bilgisine gelen kararına dayalı davacıya 13.3.2019 tarihinde tebliğ edilen idari para cezası (655-TL) emrinin iptali ve/veya işbu davada nihai karar verilene kadar durdurulması hususunda karar verilmesi”

 Davasını Anayasaya, 59/2000 sayılı Askerlik Yasası’na, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Anayasa Mahkemesi’nin muhtelif kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına dayandıran Davacı, layihasının olgusal dayanaklar kısmında özetle,1993 yılında doğduğunu, 1998 yılının başlarında annesi ve kız kardeşiyle birlikte Yehova’nın Şahitlerinin dini toplantılarına katılmaya başladığını, kendisini her zaman Yehova’nın şahidi olarak gördüğünü, 20.11.2016 tarihinde vaftiz edilerek Yehova’nın şahidi olduğunu, üniversite yılları boyunca askerliğinin ertelenmesi için ASAL şubeye başvurduğunu ve başvurularının her defasında kabul edildiğini, inandığı dinin kutsal kitap incelemesinden askerlik hizmeti yaparak veya askerin gözetimi ya da denetimi altında olan bir iş gerçekleştirerek Tanrı’ya temiz bir vicdanla hizmet edemeyeceğini anladığını, inancının, savaş veya savaş hazırlığı yapmak veya militarizm ile bedenen, fikren, vicdanen ve ideolojik olarak çelişmekte olduğunu, bu nedenle de askerin denetimi veya komutası altında bulunmayı reddetme temel hakkını kullandığını, bunu yaparken alternatif olarak askerin denetim, gözetim, komutası altında olmadan yurttaşlık görevini sivil hizmet şeklinde yerine getirmeye hazır olduğunu, vicdani yönden dayandığı tüm hususları 8.10.2018 tarihli yazı ile Davalılara bildirip zorunlu askerlik hizmetine çağrıdan muaf tutularak, alternatif şekilde sivil hizmet imkânı sağlayan yasal bir düzenleme yürürlüğe konulana kadar askere çağrılmasının ertelenmesini talep ettiğini ancak bu başvurusuna yasal ve/veya anayasal süre içerisinde cevap alamadığını, Davalıların, Davacının vicdani reddini tanımayarak ve/veya askerlik hizmetinden muaf olduğuna dair karar üretmeyerek ve/veya kararlarını Davacıya zamanında bildirmeyerek Davacının haklarını ihlal ettiklerini, yasal çarelere başvurmasını engellediklerini ve/veya geciktirdiklerini ve/veya Davacının yoklama kaçağı statüsüne tabi tutulmasına neden olduklarını, Davacının askerlik için son yoklama tarihi 15.1.2019 olduğu cihetle, meşru menfaatinin doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilendiğini, Davalıların 21.1.2019 tarihinde Davacıyı telefonla arayarak askerlik şubesine gitmesini istediklerini, Davacının bu çağrıya icabet ettiğini, şubeye gittiği zaman 8.10.2018 tarihli başvurusunun reddedildiğine dair Davacının ilk kez gördüğü 7.11.2018 tarihli bir yazı verildiğini, Anayasa Mahkemesi kararlarında vicdani ret hakkının mevcudiyetinin kabul edildiğini, Davalıların, Askerlik (Değişiklik) Yasa Tasarısı ile vicdani redde dair yasal değişikliğin meclis gündeminde tartışılır durumda olduğunu, Anayasa Mahkemesi’nin ise vicdani reddi hak olarak kabul ettiğini dikkate almadan karar vermekle Davacının meşru menfaatini olumsuz olarak ve doğrudan etkilediğini beyan ve iddia ile davasındaki talepleri mucibince emir ve hüküm verilmesini talep etmiştir.

 Davalılar ise Müdafaa Takririni hukuki esaslar bakımından bilhassa Anayasa’nın 74(1) maddesi ile 59/2000 sayılı Askerlik Yasası’nın 4. maddesine dayandırmış olgusal anlamda ise 7.11.2018 tarihli bir yazı ile KKTC mevzuatında talep edilen uygulamaya ilişkin bir düzenleme bulunmadığının Davacıya bildirildiğini, bu yazının 16.11.2018’de Davacıya tebliğ edilmek üzere postaya verildiğini, Davalı No. 1’in Davacının da yer aldığı yoklama kaçağı durumuna düşenler listesini ilgili mercilere gönderdiğini, Davacının davasında başarılı olamayacağını beyan ve iddia ile davanın masraflarla birlikte ret ve iptal edilmesini talep etmiştir.

 Davacı, Müdafaaya Cevap Takririnde özetle, vicdani redde ilişkin AİHM kararlarına atıfta bulunarak, Davalıların Müdafaa Takririnin, gerçek bir müdafaa teşkil etmediğini iddia ile Talep Takriri uyarınca hüküm verilmesi talebini yinelemiştir.

 Davanın duruşmasında, talimatta sunulan belgeler sırası ile Emare 1-9 olarak kaydedilmiştir.

 Tarafların ihtilafsız olduğu hususunda mutabık kalıp Mahkemeye beyan ettiği olgular ise şöyledir:

1. Davacı 28.7.1993 doğumlu KKTC vatandaşı bir erkektir ve henüz askerliğini yapmamıştır.
2. Davacı 2011 yılında Davalılar tarafından askeri hizmete çağrılmıştır. Öğrenci olması sebebi ile Davalılar nezdinde askerlik çağrısı ertelenmiştir.
3. Davacı Davalılara 8.10.2018 tarihinde yazı gönderdi.
4. Davacı Davalılara ikinci kez 15.1.2019 tarihinde yazı gönderdi.
5. Davalılar Davacının 8.10.2018 tarihli yazısına cevaben 7.11.2018 tarihli ve 1130-2134-18/asal.Ks. sayılı mektubu 16.11.2018 tarihinde posta marifeti ile Davacıya göndermiş ancak mektup Davacıya ulaşmamıştır. Davalılar 21.1.2019 tarihinde Lefkoşa Asal Şubeye çağırarak şahsen Davacıya yazıyı tebliğ edip müracaatı reddettiler.
6. Davacı Davalılara yazdığı 15.1.2019 tarihli yazısına halen cevap almamıştır.
7. Davalı Davacının iki yazısını da aldıktan sonra Davacıyı 15.1.2019 tarihinde yoklama kaçağı statüsüne düşürmüştür. 13.3.2019 tarihinde 655.-TL idari para cezası Davacıya tebliğ edilmiştir.
8. Askerlik Yasası’nda vicdani ret hakkı ve alternatif sivil hizmet opsiyonu sunan yasal düzenleme yoktur.
9. Vicdani ret ve alternatif sivil hizmet opsiyonu sunan yasal düzenleme içeren Askerlik (Değişiklik) Yasa Tasarısı Meclise sunulmuştur. Yasa Tasarısı 3.7.2019 tarihinde UBP-HP Hükümeti tarafından geri çekilmiştir.

Davanın duruşmasında Davacı bizzat şahadet sunup Christopher Charles Richard Vildig ile Petr Muzivy’yi tanık olarak dinletirken Davalı taraf tanık dinletmemiş, Mahkemeye hitapla yetinmiştir.

Davacının Avukatı hitabında, işbu dava maksatları bakımından Davacının gerçekten vicdani retçi olduğunu ispat etmesi gerektiğini, bu yöndeki ispat külfetini Mahkemeye getirdikleri şahadetle ispat ettiklerini, sunulan şahadetten de anlaşılacağı üzere, Yehova şahidi olarak vaftiz olabilmek için inancın temelleri üzerine uzun soluklu bir eğitim gerektiğini, Davacının inancının bir gereği olarak askerlik yapamayacağını, bunun yerine alternatif hizmet yapmaya hazır olduğunu yazılı olarak idareye bildirdiğini, KKTC’de usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmaların yasa hükmünde olduğunun, bunlarla ilgili olarak Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacağının, normlar hiyerarşisinde Anayasa ile aynı seviyede bulunduklarının, Anayasa’nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ters düşmeyecek şekilde yorumlanması gerektiğinin ülkemiz içtihadına yerleşmiş olduğunu, vicdani reddi tanıyan yasal değişiklik temel bir insan hakkı olduğundan, bu hakka ilişkin düzenlemenin eninde sonunda meclisten geçeceğini, AİHM’nin vicdani gerekçelerle askerlik yapmayanların cezalandırılması ile alternatif hizmet için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmamasını hak ihlali olarak gördüğünü, vicdani reddin bizim iç hukukumuzun da bir parçası olduğunu, askerliğe alternatif hizmetin yasa ile düzenlenmemiş olmasının vicdani ret hakkını ortadan kaldıramayacağını, esas dava konusunun da bu nokta olduğunu, uluslararası hukuk ve bilhassa Anayasa Mahkemesi vicdani reddi hukukumuzun bir parçası haline getirdiğinden, idarenin buna uygun karar vermek zorunda olduğunu, idarenin vicdani reddin tespitinin nasıl yapılacağı veya alternatif hizmete dair düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle bu hak yokmuş gibi davranamayacağını, alternatif hizmet yasasının bulunmayışının oluşturduğu yasal boşluğun içtihatla doldurulabileceğini ve bu meselede de doldurulması gerektiğini, aksi takdirde idarenin hukuk dışı kararına onay verilmiş olacağını beyan ve iddia ile Talep Takririnde olduğu şekilde karar verilmesini talep etmiştir.

Davalıları temsil eden Başsavcı Yardımcı Muavini ise hitabında özetle, Anayasanın 152. maddesinin Yüksek İdare Mahkemesi’nin yetkilerini belirlediğini, Mahkemenin, Davacının Talep Takririnin (A) paragrafındaki talep mucibince bir emir vermeye yetkisinin bulunmadığını, kaldı ki Davacının 8.10.2018 tarihli dilekçesine cevap da verildiğinden ihmalin varlığından söz edilemeyeceğini, (B) ve (C) paragraflarındaki talebin esasen, 7.11.2018 tarihli Emare 5 kararın iptali olduğunu, idarenin, Davacının dilekçesinde belirttiği şekilde bir askerlik uygulamasına yönelik düzenleme bulunmaması gerekçesiyle talebi reddettiğini, Mahkemenin, idarenin bu cevabının ve gerekçesinin yürürlükteki mevzuata uygun olup olmadığını incelemesi gerektiğini, askerlik yapma yükümlülüğünün yasadan değil Anayasadan kaynaklandığını, 59/2000 sayılı Askerlik Yasası’nın 8. maddesinin askerlikten muafiyeti düzenlediğini, buna göre Sağlık Yeteneği Tüzüğü’ne göre aklen ve bedenen askerliğe elverişli olmayanlarla Polis Akademisi mezunu olup göreve başladıktan sonra ilgili Yasa’da öngörülen süre kadar görev yapanların askerlikten muaf olduğunu, bunların dışında 59/2000 sayılı Yasa’da herhangi bir muafiyet düzenlenmediğini, bu muafiyet kapsamında olmayıp da askerliğini yapmayanların askerlik çağından çıkarılamayacağını, bunun Yasa’nın emredici bir maddesi olduğunu, Davacının taleplerine idarenin olumlu cevap vermesine olanak sağlayan bir mevzuatın bulunmadığını, her yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmadığı veya yürürlükten kaldırılmadığı müddetçe uygulanması gerektiğini, uluslararası anlaşmaların doktrindeki yeri tartışmalı olmakla birlikte, uluslararası anlaşmaların Anayasadan üstün tutulamayacağını, KKTC’nin taraf olduğu hiçbir uluslararası anlaşmada vicdani redde ilişkin doğrudan uygulanabilecek bir kural bulunmadığından, idarenin de yasa yerine uygulayabileceği bir uluslararası düzenlemenin olmadığını, vicdani reddin AİHM tarafından kabul edilen ve bizi de bağlayan bir hak olduğu kabul edilse dahi mevzuatımızdaki eksiklik nedeniyle uygulama alanı bulamayacağını, bu açıdan idarenin verdiği karar hukuka uygun olduğundan Talep Takririnin (B) ve (C) paragraflarındaki taleplerin ret ve iptal edilmesi gerektiğini, vicdani reddin her zaman alternatif hizmetle paralel gittiğini, Davalı No. 1’in Davacıyı “yoklama kaçağı” statüsüne sokarak cezai işlem yapmasının 59/2000 sayılı Askerlik Yasası’nın gereği olduğundan Talep Takririnin (D), (E) ve (F) paragraflarının da reddedilmesi gerektiğini, bu meselede Davacı Avukatının iddia ettiği gibi bir boşluk olmadığını tam tersine, Anayasaya uygun bir yasa olduğunu, mahkemenin bu noktada içtihatla kural koymasının Yasama organının yerine geçmek olacağını, idarenin işbu dava konusu kararları verirken Davacının dini inancı dolayısı ile vicdani retçi olup olmadığını değerlendirmediğini, Mahkemenin de böyle bir değerlendirme yapmasının doğru olmayacağını, aksinin Mahkemenin idarenin yerine geçmesi sonucu doğuracağını ancak her hal ve kârda böyle bir değerlendirme yapılacak ise Davacının bu iddiasını ispat edemediği sonucuna ulaşılması gerektiğini, Davacının vaftiz olduğunu iddia ettiği tarihin 20.11.2016 olduğu dikkate alındığı zaman bu tarihten sonraki ertelemelerini öğrenciliği devam ettiği için yapmasının manidar olduğunu, buradan da Davacının gerçekten dini inancı nedeniyle askerlik yapmak istemediğinin doğru olmadığı sonucuna ulaşılması gerektiğini beyan ve iddia ile davanın reddini talep etmiştir.

Davalıların Müdafaa Takririnde, Davacının işbu davayı 75 günlük süre içerisinde açmadığına veya meşru menfaatinin bulunmadığına dair iddia bulunmadığı gibi Davalıları temsil eden Savcı hitabında, tam tersine, Davacının meşru menfaatinin olduğunu kabul etmiştir.

Dava konusu kararlar, Davacının askerlik hizmetine alınmaması veya alternatif hizmet yapmasına olanak sağlayacak yasa yapılıncaya değin askerlikten muaf tutulması talebini reddeden dolayısı ile de Davacının askere alınması gerekliliği ile askere gitmemesi nedeniyle aleyhine cezai takibat başlatılması sonucunu doğuran kararlar olup bu açıdan mezkûr kararlar dolayısı ile Davacının meşru menfaatinin doğrudan ve olumsuz yönde etkilenmekte olduğunu doğru kabul eder, bu hususta bulgu yaparız.

İdari olduğu kanaatimizce açık olan dava konusu 7.11.2018 tarihli Emare 5 kararın 21.1.2019 ve 17.1.2019 tarihli Emare 6 kararın 13.3.2019’da Davacıya tebliğ edildiğinin ihtilafsız olgu olduğu dikkate alındığı zaman, 2.4.2019 tarihinde dosyalanan davanın süresi dahilinde açılmış olduğunu doğru kabul eder, davaya ilişkin ön koşulların mevcut olduğuna dair bulgu yaparız.

Yasal olarak askerlik yapmakla yükümlü olan Davacının, dini inancı dolayısı ile bu yükümlülüğünü yerine getirme mecburiyeti olmadığına dair veya alternatif bir sivil görev verilmek suretiyle bu yükümlülüğünü yerine getirmiş addedilmesine olanak sağlayan yasal bir düzenleme olmadığı taraflar arasında ihtilaflı değildir.

59/2000 sayılı Askerlik Yasası’nın askerlikten muafiyeti düzenleyen 8. maddesi şöyle olup:

|  |  |
| --- | --- |
| “Askerlikten Muafiyet  29/1976 13/2012 R.G. EK III 22.8.1989 A.E 388 R.G EK III 6.5.1994 A.E 247 R.G EK III 18.8.1998 A.E 440 | 8. (1) Güvenlik Kuvvetlerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Yasası uyarınca çıkarılan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı Sağlık Yeteneği Tüzüğüne göre aklen veya bedenen askerliğe elverişli olmayanlar askerlikten muaftırlar. (2) Polis Akademisi mezunu olup, göreve başladıktan sonra Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasasının 67A maddesinin (13)’üncü fıkrasında öngörülen süre kadar fiilen görev yaptıkları takdirde askerlikten muaf olurlar.” |

Davacının 59/2000 sayılı Askerlik Yasası’nın 8. maddesi kapsamında olmadığı da ihtilafsızdır.

Yine KKTC iç hukukunda Davacının dini inancı dolayısı ile askerlik yükümlülüğünü yerine getirme mecburiyeti olmadığına dair veya alternatif bir sivil görev verilmek suretiyle mezkûr yükümlülüğünü yerine getirmiş addedilmesine olanak sağlayan bir düzenleme mevcut olmadığı gibi KKTC’nin iç hukuk yolu olarak kabul ettiği herhangi bir uluslararası sözleşmede de buna olanak sağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda vicdani reddin temel bir insan hakkı olarak kabul edildiğine dair AİHM kararları ile bu kararların iç hukukumuzdaki yerini öncelikle incelemeyi uygun bulmaktayız.

Anayasa Mahkemesi 3/2006 D. 3/2006 sayılı kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uluslararası hukuk sahasında yeni prensipler getirmediğini, customary international law olarak nitelendirilebileceği cihetle, hükümleri tüm devletleri bağladığından hareket ederek KKTC Devletinin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağlı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkememiz yine 5/2015 D. 2/2017 sayılı kararında 39/1962 sayılı Yasa ile Kıbrıs Cumhuriyeti tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, KKTC Anayasası’nın Geçici 4. maddesi altında uygulamakla yükümlü olduğumuz bir uluslararası sözleşme konumunda olduğunu vurgulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin usulüne uygun şekilde onaylanmış bir uluslararası anlaşma olduğu düşünüldüğü zaman mezkûr anlaşmanın, hukukumuz gereği Anayasaya aykırılığı dahi iddia edilemeyecek yasa gücünde hatta yasanın üzerinde, yasa ile Anayasa arasında bir mevzuat olduğunu söylemek kanaatimizce mümkündür. Anayasamız, yasaların Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesine imkân verirken, az önce belirttiğimiz şekilde kabul edilen uluslararası anlaşmaların ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin getirdiği düzenlemelerden herhangi birinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesine cevaz vermemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AİHM kararlarının iç hukuk olarak uygulanması gerektiğine dair ayrıca Anayasa Mahkemesi 2-3/2015 D. 1/2018, Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 47-48/1998 D. 1/2001, Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 1-2-3/2001 D.2/2001, Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 64-65-66/2002 D.4/2002 sayılı kararlara atıfta bulunuruz.

Anayasa Mahkemesi, seferberlik çağrısına dini inancı dolayısı ile vicdani retçi olduğu gerekçesiyle katılmayan sanık aleyhine getirilen ceza davasından yapılan havalede 17/1980 sayılı Seferberlik Yasası’nın havaleye konu maddelerinin Anayasanın 1., 8., 23., 24. ve 49. maddelerine aykırı olup olmadığını incelediği 13/2011 D. 2/2013 sayılı kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bayatyan v. Ermenistan, Erçep v. Türkiye, Cenk Atasoy – Arda Sarkut v. Türkiye davalarında, inançları askerlik hizmetiyle çatışan Davacıların cezai takibata maruz bırakılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi ile güvence altına alınan dini inancını açıklama özgürlüğüne müdahale oluşturduğu kararına vardığını teyit etmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin görevinin, bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluk denetimi, kanun hükmünde ifadesini bulan kuralın Anayasanın bir kuralı ile çatışıp çatışmadığının değerlendirilmesinden ibaret olduğunu belirterek havaleye konu yasa maddelerinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Karardan şu kısmı aktarmayı gerekli görmekteyiz:

“Vicdani retçi statüsünün ve bu statüye kabulle ilgili esas ve usullerin Askerlik Yasası’nda veya başka bir yasada düzenlenmemiş olması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir eksiklik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletin Sözleşme altındaki yükümlülüğünü ihmali olarak görülmekte ve bu eksiklik nedeniyle askerlik hizmetine karşı olan vicdani retçilerin cezalandırılmaları, kişilerin Sözleşme’nin 9. maddesinde yer alan özgürlüklerine müdahale olarak değerlendirilmektedir.

 Dini ya da diğer inançlarının askerlik hizmeti ile aşılamayacak ölçüde çatışması nedeniyle askerlik hizmetine karşı olanlara, vicdani retçi diye tanımlananlara, askerlik hizmetinden muafiyet ve alternatif sivil kamu hizmeti yapma olanağı tanıyan hükümlerin olmaması, askerlik ödevi veya bunun bir uzantısı olan seferberliğe katılma yükümlülüğü öngören mevcut kanun hükümlerini Anayasa ile çelişkili kılmamaktadır; aksine, mevcut kanun hükümleri, Anayasa’nın 74. maddesindeki hükmü uygulamaya taşımaktadır ve mevcut kanun hükümlerinin iptal edilerek yürürlükten kaldırılmaları veya uygulanmamaları, Anayasa’nın 74. maddesindeki hükmün hayata geçmesine engel olacaktır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önerdiği gibi, askeri hizmet yerine sivil kamu hizmeti yapılmasına olanak tanıyan bir düzenlemeye iç hukukta yer verilmesi, tamamı ile yasa koyucunun, yani yasama organının değerlendirme ve takdirindedir; bu noktada ‘yurt ödevini’ silahlı kuvvetlerle ilişkilendiren Anayasa’nın 74. maddesi de dikkate alınmalıdır.”

 Kararın alıntısını yaptığımız kısmından da görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı, vicdani retçi diye tanımlananlara askerlik hizmetinden muafiyet ve alternatif sivil kamu hizmeti yapma olanağı tanıyan hükümlerin bulunmayışının, askerlik ödevi öngören 59/2000 sayılı Yasa hükümlerini Anayasa ile çelişkili kılmayacağı yönündedir.

Yine değindiğimiz aynı karardan açıkça anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, askeri hizmet yerine sivil kamu hizmeti yapılmasına olanak tanıyan bir düzenlemeye iç hukukta yer verilmesinin tamamen Yasama organının değerlendirme ve takdirinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Davacı Avukatının hitabında üzerinde geniş şekilde durduğu Anayasa Mahkemesi’nin 13/2011 D. 2/2013 sayılı karardaki Sn. Yargıç Şafak Öneri’nin ek görüşü ise şöyledir:

“Sayın Başkanın kararında ulaştığı sonuca aynen katılırım.

Sorunun Anayasal nitelikli olmadığı, yargılama yetkisi kullanan Mahkemeler tarafından, uluslararası sözleşme hükümleri ile iç hukuk hükümlerinin çatışması halinde uygulanması gereken ilkeler çerçevesinde (Bak: YİM 119/2003) çözümlenmesi gerektiği kanaatindeyim.”

 Anayasa Mahkemesi’nin 13/2011 D. 2/2013 sayılı kararı bir bütün olarak incelendiği zaman, Mahkemenin, vicdani retçi durumundaki kişilerin 17/1980 sayılı Seferberlik Yasası kuralları tahtında cezai kovuşturmaya tabi tutulmasını Anayasal bir sorun olarak görmediği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, vicdani reddin AİHM kararları tahtında bir hak olduğunu teslim etmekle birlikte, Mahkemenin yaptığı inceleme bireysel hakkın ihlali boyutunda değil, bireysel hakkı ihlal ettiği ileri sürülen yasa maddelerinin Anayasaya uygunluğu boyutundadır.

AİHM’nin konuya ilişkin tespiti, dini inancı gereği askerlik yapmak istemeyen ve vicdani retçi olarak tanımlanan kişilerin durumunun yasal düzenlemeye oturtulmamış olmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi ile güvence altına alınan dini inancı açıklama özgürlüğüne ihlal teşkil ettiğidir.

Mevzuatımızda bu yönde halen herhangi bir değişiklik yapılmadığından, askerlik hizmeti yapmakla mükellef olan kişilerin, 59/2000 sayılı Yasanın 8. maddesinde öngörülen yukarıda belirttiğimiz haller hariç muaf tutulmasının yasal bir yolu yoktur.

Sn. Yargıç Şafak Öneri’nin yukarıda aktardığımız ek görüşünde değindiği YİM 119/2003 D. 20/2010 sayılı kararda, Yüksek İdare Mahkemesi, Anayasanın 90. maddesi kuralları uyarınca iç hukuk statüsüne girdiği ve bağlayıcı olduğu sonucuna ulaştığı ILO sözleşmesi ile çelişen 26/1977 sayılı Emeklilik Yasasının 9(1) maddesi yerine ILO sözleşmesinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Huzurumuzdaki mesele ile yukarıda değindiğimiz YİM 119/2003 D. 20/2010 sayılı davaya konu mesele arasında, Talep Takririnin (F) paragrafındaki talep hariçtemel bir farklılık bulunmaktadır (Talep Takririnin (F) paragrafına ilişkin aşağıda ayrıca inceleme yapılacaktır). Şöyle ki; YİM 119/2003 D. 20/2010’da, yasa ile çelişen ancak doğrudan düzenleme ihtiva eden bir uluslararası sözleşme mevcutken, huzurumuzdaki meselede doğrudan düzenleme ihtiva eden bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yukarıda değindiğimiz AİHM kararlarına konu 9. maddesi, askerlik görevini dini inanışı dolayısı ile reddedenlerin nasıl bir uygulamaya tabi tutulması gerektiğine ilişkin değildir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi şöyledir:

 MADDE 9

 Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  “ | (1) | Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. |
|  | (2) | Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.” |

Alıntısını yaptığımız maddede düzenlenen vicdan ve din hürriyeti ile bunları açıklama özgürlüğüdür ki, bu özgürlük KKTC Anayasası’nın 23. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlemeye çok benzer bir şekilde güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin, “Vicdani retçi statüsünün ve bu statüye kabulle ilgili esas ve usullerin Askerlik Yasası’nda veya başka bir yasada düzenlenmemiş olması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir eksiklik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletin Sözleşme altındaki yükümlülüğünü ihmali olarak görülmekte” olduğuna dair yukarıda da değindiğimiz kararını dikkate aldığımız zaman bu eksikliğin idare tarafından giderilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varmaktayız.

İdarenin, yasamanın yerine geçerek hakkında yasal bir mevzuat bulunmayan bir konuya ilişkin ve hatta mevcut yasal mevzuatın hilafına bir uygulama yapması mümkün değildir.

Yüksek İdare Mahkemesinin görev ve yetkileri Anayasanın 152. maddesinde düzenlenmiş olup özetle, idarenin şikâyet konusu karar, işlem veya ihmalinin Anayasa, yasa veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuat kurallarına uygun olup olmadığını denetlemekle sınırlıdır.

Davacının işbu dava ile şikâyet konusu yaptığı idari kararların tümünün aslında idarenin mevcut yasal mevzuatı uygulamasından ibaret olduğu kanaatimizce açıktır. Bu açıdan bakıldığı zaman Davacının idareden olan beklentisi, idarenin, AİHM kararlarını dikkate alarak 59/2000 sayılı Yasa hükümlerini Davacıya tatbik etmemesi, Mahkemeden olan talebi ise Davalının bu şekilde hareket etmeyerek yani Yasa hükümlerini uygulayarak hatalı davrandığını hükme bağlamasıdır.

Davacının bu noktada Mahkememizden olan taleplerinin karşılık bulmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Yüksek İdare Mahkemesi, yasal mevzuattaki eksikliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal ettiği ve bu nedenle AİHM’de açılacak davada devlet aleyhine tazminata hükmedilebileceği endişesinden hareket edemez.

Davacının durumunda olanlara uygulanacak ve Anayasanın 90. maddesi tahtında iç hukuk statüsüne getirilen bir uluslararası sözleşme bulunsa ve bu sözleşmenin herhangi bir maddesi ile 59/2000 sayılı Askerlik Yasası çelişse idi daha farklı bir değerlendirme yapılabilecekti. Ancak, Davacı Avukatının da kabul edip hitabında değindiği üzere, Davacı durumunda olduğunu iddia edenler için nasıl bir uygulama yapılacağını belirleyen yasal mevzuat olmadığı gibi Anayasanın 74. maddesine göre askerliğe ilişkin kurallar yasa ile düzenlenir.

Anayasanın bizatihi ancak yasa ile düzenleme yapılabileceğini öngördüğü bir konu hakkında, kanaatimizce, ne idarenin ne de yargının mevzuatta boşluk olduğu noktasından hareketle böyle bir boşluğu doldurma yetkisi vardır.

Davacı Avukatının hitabında değindiği, Zaim M. Necatigil’in, “KKTC ‘de Anayasa ve Yönetim Hukuku” adlı eserinin 104. sayfasında, içtihat hukuku, yönetim hukukunun kaynaklarından biri olarak gösterilmekte ve şunlar söylenmektedir:

“Hukukun önemli kaynaklarından biri de yargı içtihatlarıdır. Mahkemelerin verdiği kararlardan çıkarılan hukuka, içtihat hukuku denir. Mahkemeler ellerindeki davaları sonuçlandırabilmek için, hukuk kurallarını karşılaştıkları somut olaylara uygulamak zorundadırlar. Bunun için mahkemeler çoğu kez yasaları yorumlamak, anlamlarını araştırmak durumundadır. Böylece mahkemeler görevlerini yerine getirirken hukukun oluşmasına da yardımcı olurlar. Hatta yargı organları hukuk alanında boşluk varsa bunu da doldurmak durumundadırlar. Bunu yaparken belirledikleri ilkeler emsal oluşturmakta, yerleşmiş emsal kararları da yanlış olduğu ileri sürülse dahi kolay kolay değiştirilmemektedir.”

Huzurumuzdaki meselede yasada boşluk bulunmadığı gibi Davacı Avukatının Mahkemeyi yapmaya davet ettiği şey, hali hazırda yürürlükte olan bir yasaya aykırı surette, hakkında hiçbir yasal düzenleme bulunmayan, Anayasanın ancak yasa ile düzenlenebileceğini açıkça belirttiği, Anayasa Mahkemesi’nin ise “tamamı ile yasa koyucunun, yani yasama organının değerlendirme ve takdirindedir” (Anayasa Mahkemesi 13/2011 D. 2/2013) dediği bir konuya ilişkin içtihat oluşturmasıdır.

Kimlerin ne şartlar dahilinde vicdani retçi kabul edilebileceği ve vicdani retçi olduğu kabul edilenlerin ne gibi bir alternatif hizmet yapacakları mahkemenin içtihatla veya idarenin idari karar almak suretiyle doldurabileceği bir boşluk değil, tam tersine, son derece teknik, detaylı ve geniş bir yasal çalışma yapılmasını gerektiren bir konudur. Nitekim, ilgili dönemdeki hükümet de bu yönde bir değişiklik yasa tasarısı hazırlayıp Meclise sunmuş ancak, bilahare geri çekmiştir.

Tüm bu izah ettiklerimiz ışığında idarenin, Davacının zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulması veya alternatif sivil hizmetlerde görevlendirilmesine olanak sağlayacak yasal düzenleme yapılıncaya değin askere çağrılmasının ertelenmesine dair talebini mevzuat cevaz vermediğinden reddeden Emare 5 kararda hukuken bir hata bulunmadığı, Emare 5 karar hukuken geçersiz olmadığından, Davacının yoklama kaçağı statüsüne girdiği ve buna bağlı olarak verilen idari para cezasında da hukuka aykırılık olmadığı sonucuna ulaşır, Talep Takririnin (B), (C), (D) ve (E) paragraflarını ret ve iptal ederiz.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Talep Takririnin (F) paragrafı ile ilgili olarak ayrı bir değerlendirme yapmayı uygun bulmaktayız.

Bu inceleme kapsamında öncelikle, mezkûr paragrafa konu idari kararın aynı zamanda icrai bir karar olup olmadığının da incelenmesi, kararın icrai olmadığı sonucuna ulaşılması durumunda daha ileri değerlendirme yapma ihtiyacı olmaksızın talebin reddedilmesi gerekmektedir.

 Davalı No.1’in, yoklama kaçağı olduğu gerekçesiyle Davacıya 655.-TL idari para cezası kestiği ihtilaflı değildir. İdarenin kestiği bu para cezasının kaynağı 29/1983 sayılı Askeri Suç ve Cezalar Yasası’nın 39. maddesidir. Mezkûr madde şöyledir:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| “Geç gelen veya yakalanan saklı yoklama kaçağı ve bakayalar50/2006 | 39. | 1. Barışta, yasal özrü olmadan saklı, yoklama kaçağı veya bakaya durumuna düşenler bir suç işlemiş olurlar ve kendiliğinden gelenler aylık asgari ücretin ¼’ü (Dörtte biri), yakalananlar ise aylık asgari ücretin 2/4’ü (Dörtte ikisi) kadar sabit para cezasını kabul ettikleri ve bu para cezasını cezanın kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde Güvenlik Kuvvetlerini Güçlendirme Kurumunun hesabı bulunan bankalara yatırdıklarını ASAL Şube Müdürlüğüne belgeledikleri takdirde haklarında adli işlem yapılmaz.
2. Yukarıdaki (1)’inci fıkra uyarınca öngörülen sabit para cezalarının tebliği Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 46’ncı maddesine uygun olarak polis tarafından yapılır.
3. Yukarıdaki (1)’inci ve (2)’nci fıkralar uyarınca tahsil edilen sabit para cezaları Güvenlik Kuvvetlerini Güçlendirme Kurumuna gelir olarak kaydedilir.
4. Yukarıdaki (1)’inci fıkrada öngörülen sabit para cezalarını tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ödemeyenler aynı fıkrada öngörülen suçları işlemiş olurlar ve Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesinde yargılanarak, kendiliğinden gelenler bir aylık asgari ücret kadar para cezasına veya bir yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden, yakalananlar ise üç aylık asgari ücret kadar para cezasına veya üç yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilirler.

 Ancak, yaşıtlarının veya birlikte işleme bağlı arkadaşlarının yollanmalarından başlayarak otuz gün içerisinde kendiliğinden gelenlerin hapislik cezası üç ay, aynı sürede yakalananların hapislik cezası altı aydan fazla olamaz.” |

Davalı No.1’in alıntısını yaptığımız maddeye istinaden kestiği idari para cezasının iptal davası boyutunda incelenebilmesi için mezkûr kararın aynı zamanda icrai nitelikte bir idari işlem veya karar olması gerekmektedir.

İdari işlemlerin icrailiğine ilişkin YİM/İstinaf 12, 13, 14/2015, D. 6/2016’da şunlar söylenmiştir:

“İcrai nitelikte idari işlemler, idarenin tek yanlı iradesiyle hukuki sonuçlar doğuran, hukuk düzeninde değişikliklere yol açan, kişilerin hakları ve yükümlülükleri üzerinde etkili olan işlemlerdir. İcrai olmayan kararlar ise, bir idari merciin kararı olmakla birlikte herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan, hukuki durumda değişiklik yapmayan, ilgili kişilerin haklarını etkilemeyen idari kararlardır (Gör: Kemal Gözler İdare Hukuku İkinci Baskı Cilt 1 sayfa 702-703).”

43/1991 Sayılı Yol ve Trafik Suçlarının Davasız Halli ve Ceza Puanı (Değişiklik) Yasasına istinaden ceza puanı kesme işleminin idari icrai nitelikte olup olmadığının tartışıldığı YİM/İstinaf 10/2009 D. 4/2009 sayılı kararda Mahkeme şunları söylemiştir:

“İdarenin hukuksal bir işleminin idari karar sayılabilmesi için icrai nitelikte olması yani ilgilisi tarafından kabul edilmesine gerek olmaksızın hukuki sonuçlarını doğurması gerekmektedir. Bir idari kararın icrailik özelliği ile resen icrası farklı kavramlardır. İdari kararın icrailiğinden bahsedildiğinde kararın hukuk aleminde sonuçlar meydana getirdiği anlaşılır. Kararın resen icrasından ise, idare tarafından hukuk aleminden maddi aleme aktarıldığı anlaşılır. İdari karar hukuk aleminde oluşur. Ancak maddi alemde uygulanır.

Hazırlık işlemleri, idari kararın alınmasından önce yapılan tavsiye, teklif ve temenni, verilen mütalaa ve rapor gibi yetkili makamı yönlendirici ve aydınlatıcı belgelerdir. Bunların kendisinden sonra gelen idari kararı sınırlandırması söz konusu değildir. Bunlar idari kararı oluşturan asıl iradeyi teşkil etmez. (Bak: Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, sayfa 398 – 399.)

Aynı veya değişik idari merci veya organların irade açıklamalarını gerektiren işlemler olarak adlandırılan zincir işlemlerde ‘ayrılabilir işlem’ kuralı gereği zincirin halkasını oluşturan bazı işlemlerin dava konusu yapılabileceği kabul edilmektedir.

Zincir işlemi oluşturan irade açıklamalarından (halka işlemlerden) önceki halka işlem, sonraki nihai karardan bağımsız olarak da, tek başına yeni hukuki durumlar ve hukuki sonuçlar yaratıyorsa, nihai idari kararda belirlenen yetkinin kullanılmasını sınırlıyorsa, kesin ve icrai nitelik taşıdığı kabul edilir.”

 Yukarıda alıntısını yaptığımız 29/1983 sayılı Askeri Suç ve Cezalar Yasası’nın 39. maddesinin (1). fıkrasına göre yoklama kaçağı veya bakaya durumuna düşen mükellefin sabit para cezasını kabul ettiği takdirde, cezayı tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde ödeme imkânı vardır. Bu ödemenin yapılmaması durumunda suç oluşmuş sayılır ve ilgili aleyhine aynı Yasa maddesinin (4). fıkrasına istinaden, Güvenlik Kuvvetleri Mahkemesi’nde dava açılarak, mahkûm edilmesi halinde, fıkrada belirtilen para ve/veya hapis cezalarına çarptırılabilir.

29/1983 sayılı Askeri Suç ve Cezalar Yasası’nın yukarıda izah ettiğimiz 39. maddesine göre, yoklama kaçağı veya bakaya durumuna düşenler, sabit para cezasını kabul edip ödedikleri takdirde aleyhlerine ileri yargısal işlem yapılmayacaktır.

İdarenin hukuki işleminin idari karar sayılabilmesi için ilgilisi tarafından kabul edilmesine gerek olmaksızın hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte olması gerektiğinden, bir an için söz konusu karar zincir işlemi oluşturan irade açıklaması olarak kabul edilse dahi sonraki nihai karardan bağımsız olarak da tek başına yeni hukuki durum yaratmadığından Talep Takririnin (F) paragrafındaki sabit para cezasının idari nitelikte bir icrai işlem veya karar olmadığı sonucuna ulaşmaktayız. Nitekim, bahse konu sabit para cezasına temel teşkil eden yasa maddesi, hakkında ceza işlemi uygulanan kişinin cezayı kabul edip ödeme yapmaması durumunda başka bir idari işlemle cezanın tahsilini öngörmemekte, hakkında sabit para cezası uygulanan kişi açısından hukuki bir sonuç doğurmamakta, böyle bir durumda cezayı ödemeyen aleyhine idari değil yargısal yola müracaat yolunu açmaktadır.

Yaptığımız bu inceleme ışığında Talep Takririnin (F) paragrafındaki talebin de ret ve iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşırız.

Son olarak Talep Takririnin (A) paragrafında yer alan Davalı No.1’in Davacının 8.10.2018 tarihli yazısına 30 gün içerisinde cevap vermeyerek ihmalde bulunduğu iddiasını incelediğimiz zaman, Davalı No. 1’in, Davacının 8.10.2018 tarihli yazısına cevaben 7.11.2018 tarihli Emare 5 kararı ürettiği ve bu kararı 16.11.2018 tarihinde posta ile Davacıya gönderdiğinin ihtilafsız olgu olduğunu görmekteyiz. Bu durumda, Davacının 8.10.2018 tarihli dilekçesi 30 gün içerisinde cevaplandırılmış olup, Davacıya postalanan gönderinin Davacının eline geçmemesi idarenin yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucu doğuramayacağından idari bir ihmalin bulunmadığı kanaatindeyiz ve Davacının Talep Takririnin (A) paragrafındaki talebi de ret ve iptal ederiz.

Netice itibarıyla ve tüm yukarıda izah ettiklerimiz ışığında:

Dava ret ve iptal edilir, dava masraflarının Davacı tarafından ödenmesine emir ve hüküm verilir.

 Mehmet Türker Tanju Öncül Talat Usar

 Yargıç Yargıç Yargıç

1 Nisan 2022