

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İSKENDER GÜLBAHAR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/870)

Karar Tarihi: 8/6/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 26/10/2016 - 29869

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR
	Recep KÖMÜRCÜ
	Alparslan ALTAN
	Muammer TOPAL
Raportör	: Bahadır YALÇINÖZ
Başvurucu	: İskender GÜLBAHAR
Vekili	: Av. Mahir IŞIKAY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ayırma işlemine karşı açılan davada idarenin hakkaniyetten ve eşitlikten uzak bir uygulama gerçekleştirdiği, ayırma işlemi ile ilgili davanın reddedilmesi kararında Anayasa'nın ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığı, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) bünyesinde iki dereceli yargılanma imkânının bulunmadığı, AYİM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığı belirtilerek eşitlik ilkesinin, adil yargılanma hakkının, masumiyet karinesinin ve çalışma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/1/2014 tarihinde İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 30/3/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 18/2/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, başvuruya ilişkin görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucunun, Maltepe Askerî Lisesinde İngilizce öğretmeni subay (yüzbaşı) statüsünde görev yapmakta iken video dersinde öğrencilere izlettirdiği *"Games of Thrones-Taht Oyunları"* adlı dizinin pornografik görüntüler içerdiği iddiasıyla 2012 yılında TSK'dan ilişiği kesilmiştir.

8. Başvurucunun ayırma işleminin iptali talebiyle açtığı davada Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesinin oyçokluğuyla verdiği 25/6/2013 tarihli ve E.2012/1319, K.2013/766 sayılı kararı ile ayırma işlemini iptal etmiştir. Mahkemenin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

> "*...Maltepe Askeri Lisesinde İngilizce öğretmeni olarak görev yaptığı sırada, aralarında davacının da bulunduğu Yabancı Diller Bölüm Başkanlığı İngilizce Dersi Grubu (Yab. Dil. Bölüm Bşk. Öğ. Alb. A.D., İngilizce ders öğretmenleri Alb. Ü.K., Yb. S.R.M. ve davacı) tarafından 09.09.2011 tarihli toplantıda video dersinde öğrencilere izletilmek üzere "Games of Thrones" (Taht Oyunları) isimli dizinin seçildiği, alınan grup kararını müteakip Öğ. Yb. S.R.M. tarafından internetten dizinin orijinal halinin indirildiği, dolayısıyla öğrencilere izletilen bölümlerin ulusal kanallarda (CNBCE-e, e2, NTV) yayınlanmakta olan ve RTÜK'ün (13+) yaş kategorisine izlettirilebileceğini değerlendirdiği içerikten farklı sahneler ihtiva ettiği; Yayın Seçme ve İnceleme Kurulunun denetiminden geçirilmeksizin 16-19 yaş grubu öğrencilere video dersinde izletilen bu dizide grup, eşcinsel, ensest, anal ilişkiye ilişkin sahneler ile cinsel organın gözüktüğü müstehcen sahnelerin bulunduğu, yapılan sınavda müfredat gereği diziye ilişkin sorular da sorulduğu; bu olay nedeniyle davacı ile diğer üç öğretmen subay hakkında Güney Dz. Saha K.lığı Askeri Savcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda 30.12.2011 tarihli kararla kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği, bu karara yapılan itirazın ise Hv. Eğt. K.lığı As. Mahkemesinin 31.01.2012 tarihli kararı ile reddedildiği, bilahare MSB'nin Mahkemenin itirazın reddine dair kararının kanun yararına bozulması talebinin Askeri Yargıtay'ın 14.03.2012 tarihli kararıyla kabul edildiği, sonuç olarak davacı diğer üç öğretmen subay hakkında soruşturmanın halen devam etmekte olduğu vakıadır.*
>
> ...
>
> *Davacı, olaydan sorumlu tutulan bir bölüm başkanı olan dört öğretmen subayın rütbe olarak en küçüğüdür ve hepsine karşı ast durumundadır. Diğer taraftan, video dersinde izletilmek üzere söz konusu dizi filmi davacının değil, diziyi izlemekte ve kitabını da okumakta olan Yb. S.R.M. ve Alb. Ü.K.'nın önerdiği görülmektedir. Esasen, İngilizce Dersi Grubu olarak alınan kararda imzası bulunan davacının (beyan ettiği gibi) diziyi izlemeden ve içeriği hakkında bilgisi olmadan karara katıldığı dosya kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. Zira, ihbar mektubunda davacının ders sırasında "Bu filmin böyle sapık olacağını bilmiyordum, çocuğuma bu tür filmleri izlettirmem." dediği iddiası yer almakta, keza bizzat idare tarafından da öğrenci ifadesine dayanılarak davacının ders esnasında "Bu filmin böyle sapık olacağını bilmiyordum." dediği ileri sürülmektedir. Bu durumda davacının, video dersi için "Games of Thrones" dizisinin seçilmesinde dizinin içeriğini bilmeden Alb. Ü.K. ve Yb. S.R.M.'nin tavsiyesine uyarak karara katıldığı yönündeki ifadesi doğrulanmaktadır. Kuşkusuz, karar tutanağında imzası bulunan davacı imzasından sorumludur. Ancak, TSK'nin amir ve üste güveni ve saygıyı ön planda tutan geleneğinin göz ardı edilmemesi gerekir. Bu itibarla, davacının bir yüzbaşı olarak, biri bölüm başkanı iki albay ve bir kadın yarbayın onayladığı bir materyali onlara güvenip sorgulamamış olması TSK'dan ayrılmasını gerektirecek bir hata olmadığı kuşkusuzdur. Bu noktada irdelenmesi gereken diğer bir husus, davacının dizinin izletilmesi sırasındaki tutumudur. Bu aşamada da davacının, idari tahkikat heyetince alınan ve aksine bir kanıtın bulunmadığı ifadesinde belirttiği üzere, dizinin içeriğine vakıf olmasını müteakip dizinin içeriğini tasvip etmediğini grup odasında kıdemli öğretmenlere söylediği ve fakat kıdemli öğretmenlerin davacı ile aynı fikirde olmaması nedeniyle diziyi izletmeyi sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda idari tahkikat heyetine verdiği ifadede, diziyi çocuğuna izlettirmeyeceği samimi beyanında bulunan davacının, Grup Kararını görevi gereği uygulamaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu veriler karşısında dizinin içerdiği öğeler bakımından öğrencileri olumsuz etkileyip etkilemediğinden bağımsız olarak davacının, gerek dizinin seçimi gerekse izletilmesi sürecinde tutum ve davranışının TSK'den ihracını gerektirmediği çok açıktır.*

Davalı idarenin, davacı ile ilgili olarak ileri sürdüğü diğer bir husus ise, söz konusu olay nedeniyle 07.12.2011 tarihli emirle davacı ve diğer üç öğretmen subayın Maltepe Askeri Lisesinden atanmalarını müteakip, okulda 16.12.2011 tarihinde diğer personelle vedalaşmak maksadıyla yapılan toplantıda, davacının, bu işten tek kârlı çıkanın Okullar Komutanı olduğu, onun da Askeri Şurada ödüllendirileceği, bu işi yapanların 30 Ağustos'ta rütbe almak için yaptıkları yönünde beyanda bulunduğu iddiasıdır. Kuşku yok ki, bu sözler bir subayın üst ve amirlerine karşı sarf etmemesi gereken sözlerdir. Ne var ki dosya kapsamına göre olayın soruşturması devam etmektedir ve halen olayın üzerinden 7 aydan fazla bir süre geçmesine rağmen davacı hakkında tanzim edilmiş bir iddianame bulunmamaktadır, dolayısıyla idarenin davacının sarf ettiğini ileri sürdüğü sözlerin davacı tarafından söylendiği henüz hukuken iddia dahi edilmemektedir.

Asker şahıslar için disiplinin ve ahlaki değerlerin özel bir önemi bulunduğu kuşkusuzdur. Ne var ki, kınanmayı gerektiren veya TSK disiplinine aykırı bir davranışın niteliği ve niceliği nazara alınmadan her durumda ilgilinin TSK'den çıkarılmasını gerektirdiğini ileri sürmek mümkün değildir. Diğer bir anlatımla oranlılık, elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerini kapsayan ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmelidir. Bu yönüyle yapılan değerlendirmede, sicil notu ortalaması tam puana yakın olan ve safahatında benzer bir suçlamayla karşılaşmamış olan davacının yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere "Games of Thrones" dizinin seçiminde bir etkisinin bulunmadığı, içeriği bilmeden üstlerinin tavsiyesiyle amir ve üstlerinin verdiği karara katıldığı, diziyi öğrencilerine derste izletirken içeriğine vakıf olduğunda ise, dizinin içeriğini tasvip etmediğini grup odasında kıdemli öğretmenlere söylediği ve fakat kıdemli öğretmenlerin davacı ile aynı fikirde olmaması nedeniyle, görevi gereği diziyi izletmeyi sürdürdüğü, okulda yapılan veda toplantısında sarf ettiği öne sürülen sözler yönünden ise, henüz bir iddianamenin dahi söz konusu olmadığı, soruşturmanın devam ettiği, kaldı ki bu sözleri sarf ettiği sabit bulunsa dahi safahatında hiçbir disiplinsizliği bulunmayan davacının salt bu nedenle TSK'den ilişiğinin kesilemeyeceği, tüm veriler karşısında davacının disiplin durumunun kamu hizmetinde istihdamını imkânsız kılacak vahamet düzeyinde olmadığı, bu bağlamda durumunun normal sicil işleminde değerlendirilmesi vb. orantılı bir yaptırım uygulanması olanağı varken TSK'den res'en emekli edilmesi işleminde ölçülülük ilkesine riayet edilmediği değerlendirilmiştir (Esasen idare, dava konusu olaylar nedeniyle 07.12.2011 tarihli emirle davacıyı Maltepe Askeri Lisesinden, başka bir birliğe ve öğretmenlik dışı bir göreve atamış, davacının söz konusu atama işleminin iptali istemiyle açtığı davada, atama işlemi elverişli ve orantılı yani ölçülü bulunduğundan Dairemizce davanın reddine karar verilmiştir. Bilahare idare, soruşturma devam ederken işbu ayırma işlemini tesis etmiştir.)

Son olarak ifade edilmesi gereken bir husus ise idarenin eşitlik ilkesine aykırı hareket ettiği olgusudur. Şöyle ki idare, olaydan sorumlu tuttuğu dört öğretmen subaydan sadece gerek dizinin seçiminde ve izletilmesinde gerekse veda toplantısındaki olaylarla ilgili en az kusur ve sorumluluğu olan davacı hakkında ayırma işlemi tesis edilmiştir. Diğer bir ifade ile idare diğer üç subay hakkında takdir yetkisini TSK'den ayrılmamaları yönünde kullanırken davacı yönünden ayrılması yönünde kullanmıştır. Bu husus da idarenin takdir yetkisini kullanırken açık hataya düştüğünü göstermektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle, davacı hakkında tesis edilen ayırma işleminde birey ve kamu yararı dengesi gözetilmediği, ölçülülük ve eşitlik ilkesine uyulmadığı, dolayısıyla dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu sonuc[un]a varılmıştır."

9. Davalı Millî Savunma Bakanlığınca yapılan karar düzeltme talebi üzerine aynı Dairenin 19/11/2013 tarihli ve E.2013/1165, K.2013/1136 sayılı kararı ve oyçokluğuyla karar düzeltme istemi kabul edilerek dava reddedilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"Yukarıda açıklanan mevzuat çerçevesinde dava konusu işlemi değerlendirdiğimizde;

1602 sayılı AYİM Kanununun 52'nci maddesi kapsamında gönderilen belgelerden; öğrencilere İngilizce dersi sırasında porno içerikli dizinin seyrettirildiğinin ihbar edilmesi üzerine kurulan idari tahkikat heyeti tarafından davacının ifadesinin alındığı, davacının ifadesinde; okuldan onay almadıklarını, Öğretmen Yzb.R. M.ın dışarıdan flash disk ile getirdiğini, bu şekilde öğrencilere gösterdiklerini, içeriğini pek tasvip etmediğini, çocuğuna bu tür filmleri izlettirmeyeceğini beyan ettiği anlaşılmaktadır.

Yine 1602 sayılı Kanunun 52'nci maddesi kapsamında gönderilen belgelerden olan diziyle ilgili değerlendirme raporunda; dizinin 1'inci bölümünde gurup pornografisine, anal ilişkiye ilişkin görüntüler olduğu, bunların topluluk içerisinde sahnelendiği, 2'nci bölümünde; anal ilişki ve ters ilişkilerin yer aldığı, 3'üncü bölümünde; cinsellik ve saldırganlık temalarının olduğu, 5'inci bölümünde; erkek eşcinselliğine ilişkin görüntüler olduğu, 6'ncı bölümünde; kadın cinsel organının teşhir edildiği, 7'nci bölümünde; lezbiyenlik ilişkisinin teşhir edildiği belirtilmektedir. 52'nci madde kapsamında gönderilen belgeler içinde yer alan ve öğrencilere seyrettirilen dizinin kopyalandığı CD içeriğindeki görüntülerin yapılan tespitlere uygun görüntüler olduğu anlaşılmaktadır.

Diziyi izleyen 12'nci sınıf öğrencilerinden bazılarının ifadelerinin alındığı, bu ifadelerde de dizide cinsel içerikli erkek erkeğe görüntülerin, ensest (kardeş kardeşe) ilişkiye ilişkin görüntülerin yer aldığının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Maltepe Askeri Lisesi Komutanlığı Yayın Seçme ve İnceleme Kurulunun olay sonrasında 02.02.2012 tarihinde Okul Komutanlığınca onaylanan kararında; filmin orijinal halinin derste öğrencilere izlettirilmesinin uygun olmadığının belirtildiği görülmektedir.

...

Davacı yukarıda belirttiğimiz üzere, yaklaşık 10 bölümden ibaret olan diziyi sansürsüz olarak öğrencilere seyrettirmiştir. Seyrettirilen öğrenciler TSK'ya subay yetiştirmek üzere kurulmuş ve yatılı eğitim veren bir lisede bulunan kişilerdir, öğrencilerinin hepsi erkektir. Gerek dünya görüşleri, gerek yaşam tarzları, gerekse cinsellik konularına bakış açılarından karakterleri yeni yeni oluşmaktadır. Bu dönemde alacakları her türlü eğitim, onların gelecekteki yaşam tarzlarını, dolayısıyla TSK'nın yapısını ve bakış açısını etkileyecektir. Bu nedenle olayı cinsel içerikli bir dizinin yalnızca öğrencilere seyrettirilmesi noktasına indirgeyerek basit bir olay olarak nitelendirmemek gerekir. Nitekim diziyi seyrettiren diğer öğretmen bayan subayın öğrencilere, "biz burada rahip yetiştirmiyoruz, bu tür dizileri de izleyeceksiniz ki gözünüz gönlünüz açılacak, burada her türlü şeyi öğreneceksiniz" gibi bir beyanının olduğu öğrenciler tarafından belirtilmektedir. Esasında bu durum da dizinin hangi maksatla sansürsüz olarak öğrencilere seyrettirildiğini ortaya koymaktadır. Diğer yandan öğrencilerin psikolojik yapıları üzerinde tesir icra edecek Türk örf ve ananelerine yakışmayan diziyi "küçük" statüsündeki öğrencilere izlettiren davacının, söz konusu dizinin izlettirilmemesi gerektiğini düşünmesi halinde bunu Okul Komutanlığı ile paylaşması gerekirdi. Ancak sözlü veya yazılı böyle bir başvurusunun olmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, içeriğini kendi çocuğunu seyrettirmeyeceğini beyan eden davacının, Askeri Lisede İngilizce dershanesinde askeri öğrencilere söz konusu diziyi seyrettirmek ve bu sırada onların yanında bulunmak suretiyle Türk Silâhlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde ahlâk dışı hareketlerde bulunduğu ve statüsü itibariyle kamu görevlisi olma nitelik ve yeterliliğini yitirdiği, bu durum karşısında davacının kamu hizmetinde istihdam edilmesinin kamu yararına açıkça aykırılık teşkil ettiği, davacı hakkında "Silahlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir" sicil belgesi düzenlenmesi işlemi ve bu sicil belgesine istinaden 926 sayılı Kanunun 50 ve Subay Sicil Yönetmeliğinin 91'inci maddeleri kapsamında ayırma işlemi tesis edilmesinde takdir yetkisinin ölçülü ve objektif olarak kullanıldığı ve anılan işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan diziyi izleten diğer öğretmenlerle ilgili olarak ayırma işlemi icra edilmemesi (eğer ayırma işlemi yapılmadı ise) eşitlik prensibi açısından hukuka aykırı olsa

da, bu durum tek başına davacı hakkındaki işlemi hukuka aykırı hale getirmeyecektir. Zira kötü emsal, emsal teşkil etmemektedir."

10. Karar 19/12/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

11. Başvurucu 17/1/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

12. 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun *"Çeşitli Nedenlerle Silahlı Kuvvetlerden Ayrılacak Subaylar Hakkında Yapılacak İşlem"* kenar başlıklı 50. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan (c) bendi şöyledir:

"Disiplinsizlik ve ahlaki durum sebebiyle ayırma: Disiplinsizlik veya ahlaki durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır.

Bu sebeplerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı subay sicil yönetmeliğinde gösterilir. Bu gibi subaylardan durumlarının Yüksek Askerî Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi, Yüksek Askerî Şura kararı ile yapılır."

13. 27/12/1998 tarihli ve 23566 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Subay Sicil Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) işlem tarihinde yürürlükte olan *"Disiplinsizlik veya Ahlaki Durum Nedeniyle Ayırma"* kenar başlıklı 91. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Aşağıdaki sebeplerden biri ile disiplinsizlik veya ahlaki durumları gereği Silahlı Kuvvetlerde kalmaları, bulunduğu rütbeye veya bir önceki rütbesine ait bir veya birkaç belge ile anlaşılıp uygun görülmeyenler hakkında, hizmet sürelerine bakılmaksızın emeklilik işlemi yapılır:

a) Disiplin bozucu hareketlerde bulunması, ikaz veya cezalara rağmen ıslah olmaması,

b) Hizmetin gerektirdiği şekilde tavır ve hareketlerini ikazlara rağmen düzenleyememesi,

c) Aşırı derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olması,

d) Nafaka, trafik kazası, doğal afet, personelin öngöremeyeceği şekilde ülke genelinde yaşanan olağanüstü ekonomik dalgalanmalar, ani devalüasyonlar, sağlık ve tedavi giderleri ile kefillik ve benzeri zorunluluk halleri hariç olmak üzere, Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını zedeleyecek şekilde aşırı derecede borçlanmaya düşkün olması ve bu borçlarını ödememeyi alışkanlık haline getirmesi,

e) Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunması..."

14. Yönetmelik'in işlem tarihinde yürürlükte olan *"Disiplinsizlik veya ahlaki durum nedeniyle ayırma sicil belgesi düzenlenmesi ve uygulanacak usuller"* kenar başlıklı 92. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma iki şekilde yapılır,

a) Ayırma işleminin sıralı sicil üstlerince başlatılması:

Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma sicil belgesinin düzenlenmesinde; süre söz konusu olmayıp, her zaman düzenlenebilir. Temel nitelikler hariç olmak üzere diğer

niteliklere işaret konulmaz.

Sicil üstleri, sicil belgelerinin temel nitelikler ve son bölümündeki kendilerine ait olan kanaat hanelerine bu Yönetmeliğin 91 inci maddesindeki disiplinsizlik ve ahlâkı durumlardan hangisine göre kesin kanaate vardıklarını belirttikten sonra "Silâhlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir" kanaatini yazarak imzalar ve gerekli belgeleri ekleyerek, bekletmeden sıralı sicil üstlerinin tümünün kanaatlerinin yazılmasını sağladıktan sonra Kuvvet Komutanlıkları Personel Başkanlıklarına, jandarma subaylarının sicillerini Jandarma Genel Komutanlığı Personel Başkanlığına, general ve amiral sicillerini Genelkurmay Personel Başkanlığına gönderirler.

Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle hakkında ayırma sicil belgesi düzenlenen bir subay hakkında bu görüşe katılmayan sicil üstü, niteliklere işaret koymaksızın sicil belgesinin kendisine ait olan kanaat hanesine, gerekçeli olarak "Silâhlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir Kanaatine Katılmıyorum" kanaatini yazar ve imza eder.

Kuvvet Komutanlıkları veya Jandarma Genel Komutanlığı Personel Başkanlığına gelen bu siciller, ilgili şubelerce karargâhta bulunan dosya ve diğer belgelerle karşılaştırılarak incelenir ve bunlar Kuvvet Komutanlığı veya Jandarma Genel Komutanlığı karargâhında; Kurmay Başkanının başkanlığında personel, istihbarat, harekât başkanları, personel ve tayin dairesi başkanları ve gerekli gördükleri şube müdürleri ile kıdem, personel yönetim şube müdürleri, adlî müşavir veya hukuk işleri müdürlerinden oluşan komisyona sevk edilir. Bu komisyon tarafından, düzenlenen sicilin Kanun ve Yönetmeliklere uygunluğu, ekli belgelerin yeterliliği ve geçerliliği yönünden incelendikten sonra bir değerlendirme yapılır. Gerekirse sicil üstlerinin şifahî veya yazılı görüşleri alınır; bilgi, belge isteğinde bulunulabilir.

Komisyon, yapmış olduğu inceleme ve değerlendirme sonucunda almış olduğu kararı, bir tutanak ile Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanının onayına sunar ve alınacak onaya göre işlem yapılır. Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanı tarafından emekliliği uygun görülmeyenlerin sicilleri, mazbata edilerek şahsî dosyalarına konur ve bunların görev yerleri değiştirilir. Emekliliği, Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanı tarafından onaylanan personelin dosyaları, Genelkurmay Başkanlığına gönderilir. Genelkurmay Başkanlığına gelen bu emeklilik istemleri, personel başkanlığınca adlî müşavirlikle koordine edilerek, Yüksek Askeri Şûra kararına sunulup sunulmaması yönünden incelenir ve Genelkurmay Başkanının tasvibine sunulur. Genelkurmay Başkanı tarafından durumları Yüksek Askerî Şûrada görüşülmesi gerekli görülenlerin hakkındaki istemler, ilk Yüksek Askerî Şûra toplantısında gündeme alınarak, hakkında kesin karara varılır ve işlemleri tamamlanır. Genelkurmay Başkanının, durumlarını Yüksek Asker Şûrada görüşülmesine gerek görmediği subayların dosyaları, Kuvvet Komutanlıkları ve Jandarma Genel Komutanlığına iade edilir. Bu gibi subaylar hakkında, Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanının daha önce verdiği karara göre işlem yapılır. Yüksek Askerî Şûra tarafından durumları incelenen subaylardan, göreve devam etmesi kararı verilenler hakkında yapılan işlemler ve sıralı sicil üstlerince düzenlenen sicil belgeleri, mazbata edilerek personelin şahsî dosyasına konur ve bu gibilerin görev yerleri değiştirilir."

15. 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun *"Disiplin"* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Disiplin: Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir.

Askerliğin temeli disiplindir.

Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır.

16. 211 sayılı Kanun'un 39. maddesi şöyledir:

"Silahlı Kuvvetlerde askeri eğitim ile beraber ahlak ve maneviyatın yükseltilmesine ve milli duyguların kuvvetlendirilmesine bilhassa itina olunur.

Cumhuriyete sadakat, vatanını sevmek, iyi ahlaklı olmak, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silah arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her askerin esas vazifesidir."

17. 6/9/1961 tarihli ve 10899 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 86. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Asker, kendisinden beklenen vazifeleri hakkıyla yapabilmek için yüksek ahlâk ve kuvvetli maneviyata sahip olmalıdır. Her askerde bulunması lâzımgelen ahlakî ve mânev. vasıflar şunlardır:

...

(h) İyi ahlâk sahibi olmak: Askerin ahlâkı ve yaşayışı kusursuz ve lekesiz olmalıdır. Asker, esrarkeşlikten, sarhoşluktan, yalancılıktan borçtan ve kumardan, dolandırıcılıktan, ahlâksız kimselerle düşüp kalkmaktan, hırsızlıktan, yağmadan, yakıp yıkmaktan ve sair bütün fenalıklardan sakınmalıdır. Bunlar vazifenin yapılmasına mâni olurlar, yaşayışı, sıhhati, azim ve cesareti bozar; namusu, lekeler, manevi şahsiyeti öldürür ve her biri ayr. ayrı cezaları üstüne çeker..."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 8/6/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucu; ulusal kanallarda izletilmekte olan ve (13+) yaş kategorisi izleyici için uygun görülen söz konusu dizinin izletildiği sınıfın 17-18 yaş grubundaki on ikinci sınıf öğrencileri olduğunu, dizinin Askerî Savcılık tarafından yürütülen soruşturmaya ilişkin dosyasında mübrez bilirkişi raporunda belirtildiği gibi Orta Çağ Dönemi'nde geçtiği varsayılabilecek fantastik ögeler içeren, gerçek dünya ile alakası olmayan, içeriğinde Türk milleti ya da Türk devleti ile ilgili konu barındırmayan dolayısıyla millî duyguları zayıflatabilecek hiçbir öge içermeyen bir yapım olduğunu, dizide vatan sevgisi, kralına bağlılık, kahramanlık, aile sevgisi ve benzeri kavramların ön planda olduğunu, 550 dakikalık dizide cinsel içerikli sahnelerin 15 dakikayı geçmediğini, İngilizce eğitimine paralel olarak izletilen ve sınavda sorusu sorulan bu dizinin ahlaki açıdan sakıncalı olduğu iddiasının dayanaktan yoksun bulunduğunu kaldı ki dizinin izlenmesine ilişkin kararda asıl sorumluluğun üstü konumunda olan üç subaya ait bulunduğunu, kendisinin ast olarak alınan karara uymak zorunda olduğunu, dizide cinsel içerik veya millî duyguları zedeleyecek ögeler bulunmasa da uygunsuz olarak nitelendirilebilecek bazı kısımları ileriye sararak veya izletmeyerek kontrollü bir şekilde dizinin izlenmesini sağlamaya çalıştığının öğrenci ifadelerinden ve tanık beyanlarından sabit olduğunu, üstü konumundaki asıl sorumlu üç subayın soruşturma dahi geçirmediği dikkate alındığında idarenin hakkaniyetten ve eşitlikten uzak bir uygulama gerçekleştirdiğini, otuza yakın takdirnameye sahip çok başarılı bir subay olduğunu, ayırma işlemi ile ilgili davanın reddedilmesi kararında Anayasa'nın ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığını, suçluluğu hükmen sabit olana dek suçsuz sayılması gerektiğini, AYİM bünyesinde iki dereceli yargılanma imkânının bulunmadığını, AYİM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığını ve sonuç olarak belirtilen durumlar nedeniyle eşitlik ilkesinin, adil yargılanma hakkının, masumiyet karinesinin ve çalışma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yeniden yargılama yapılmasını talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

20. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının AYİM'in bağımsız ve tarafsız olmadığı, iki dereceli yargılanma hakkı imkanının tanınmadığı ve AYİM nezdinde yapılan yargılamanın hakkaniyete uygun olmadığı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Bağımsız ve Tarafsız Olmadığına İlişkin İddia

21. Başvurucu, AYİM'in yapısı ve bünyesindeki sınıf subayları nedeniyle bağımsız ve tarafsız olmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

22. Başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

23. Anayasa Mahkemesi tarafından bu konu daha önce incelenirken belirtildiği üzere AYİM'in oluşumu, statüsü ve görevleri Anayasa ve ilgili Kanun'da hüküm altına alınmıştır. AYİM'e atanan askerî hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden askerî hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun bulunmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap vermek zorunda olmadıkları, ayrıca disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29). Diğer yandan sınıf subayı üyelerinin en fazla dört yıllık bir süre ile görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görev süreleri içinde idari veya askerî yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir.

24. Açıklanan nedenlerle Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin bir husus saptanmadığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. İki Dereceli Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

25. Başvurucu, AYİM Daire kararlarına karşı başvurulabilecek bir temyiz merciinin olmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

26. Anayasa ve kanun hükümlerine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18). Bu nedenle bireysel başvuru kapsamındaki hakların içeriğinin tespit edilmesinde Anayasa ve Sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ve ortak koruma alanının tespit edilmesi gerekir.

27. Sözleşme'nin 7. Protokolü'nün 2. maddesinde cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı tanınmıştır. Ancak başvuru konusu edilen olay bir ceza yargılaması değildir.

28. Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği AYİM nezdinde temyiz, yani

iki dereceli yargılanma hakkı, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmadığı gibi Sözleşme'nin ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına da girmemektedir (*Mahir Akarsu,* B. No: 2012/1096, 20/2/2014, §§ 42-45).

29. Açıklanan nedenlerle başvuru konusu ihlal iddialarının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

30. Başvurucu, uygunsuz olarak nitelendirilebilecek bazı kısımları ileriye sararak veya izletmeyerek kontrollü bir şekilde dizinin izlenmesini sağlamaya çalıştığının öğrenci ifadelerinden ve tanık beyanlarından sabit olduğunu, asıl sorumlu üstü konumundaki üç subayın soruşturma dahi geçirmediği dikkate alındığında idarenin hakkaniyetten ve eşitlikten uzak bir uygulama gerçekleştirdiğini, otuza yakın takdirnameye sahip çok başarılı bir subay olduğunu, ayırma işlemi ile ilgili davanın reddedilmesi kararında Anayasa'nın ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığını iddia etmiştir.

31. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

32. 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."*

33. Sözleşme'nin *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı 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..."*

34. 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. Maddede geçen *"adil yargılanma hakkının"* kapsamı Anayasa'da açık bir şekilde düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (*Onurhan Solmaz,* B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22).

35. Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetletme imkânı verir. Bu nedenle bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurların değerlendirilmesinde eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş

olması gerekir (*Naci Karakoç*, B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22).

36. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve yükümlülüklere halel getirmedikçe iç hukuktaki mahkemeler tarafından yapıldığı iddia edilen olay ve hukuk hatalarını incelemenin kendi görevi olmadığını, kararlarında bir yerel mahkemenin şu veya bu şekilde karar vermesine neden olan unsurlar hakkında değerlendirme yapma yetkisi bulunmadığını, zira bunun kendisini üçüncü ya da dördüncü derece yargı organı olarak görmesi anlamına geleceğini ifade etmiştir. Ancak iç hukukun yorum ve uygulamasının, Mahkemenin içtihatları ışığında yorumlanan sözleşme ilkeleri ile uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi için AİHM'in lüzumlu olduğunu da belirtmektedir (*Scordino/İtalya* [BD], B. No:36813/97, 29/3/2006, §§ 190, 191).

37. Başvuru konusu olayda yüzbaşı olan başvurucunun da aralarında bulunduğu iki albay ve bir yarbaydan oluşan Yabancı Diller Bölüm Başkanlığı İngilizce Dersi Grubu tarafından 9/9/2011 tarihli toplantıda, video dersinde öğrencilere izletilmek üzere *"Games of Thrones-Taht Oyunları"* adlı dizi seçilmiş; Öğ. Yb. S.R.M. tarafından internetten dizinin orijinal hâli indirilmiş, öğrencilere izlettirilmiş, dizide yer alan görüntüler nedeniyle yapılan şikâyet üzerine idari tahkikat raporu hazırlanmış, ayrıca başvurucu hakkında disiplinsizlik ve ahlaki durumu gerekçe gösterilerek *"TSK'da kalması uygun değildir."* şeklinde sicil belgesi düzenlenmiş ve ardından başvurucunun TSK ile ilişiği kesilmiştir.

38. Başvurucu tarafından ayırma işleminin iptali istemiyle açılan davada AYİM Birinci Dairesi 25/6/2013 tarihli kararıyla başvurucunun yüzbaşı olarak, biri bölüm başkanı iki albay ve bir yarbayın onayladığı bir materyali onlara güvenip sorgulamamış olmasının TSK'dan ayrılmasını gerektirecek bir hata olmadığının kuşkusuz olduğu, diziyi öğrencilerine derste izletirken içeriğine vakıf olduğunda dizinin içeriğini tasvip etmediğini grup odasında kıdemli öğretmenlere söylediği fakat kıdemli öğretmenlerin aynı fikirde olmaması nedeniyle görevi gereği diziyi izletmeyi sürdürdüğü, okulda yapılan veda toplantısında sarf ettiği öne sürülen sözler yönünden ise henüz bir iddianamenin dahi bulunmadığı, soruşturmanın sürdüğü kaldı ki iddia edilen sözleri söylemiş bulunsa dahi safahatında hiçbir disiplinsizliği bulunmayan başvurucunun salt bu nedenle TSK ile ilişiğinin kesilemeyeceği, disiplin durumunun kamu hizmetinde istihdamını imkânsız kılacak mahiyette olmayıp durumunun normal sicil işleminde değerlendirilmesi vb. orantılı bir yaptırım uygulanması imkânı varken TSK'dan resen emekli edilmesinde ölçülülük ilkesine riayet edilmediği, ayrıca idarenin olaydan sorumlu tuttuğu dört öğretmen subaydan sadece -gerek dizinin seçiminde ve izletilmesinde gerekse veda toplantısındaki olaylarla ilgili- en az kusur ve sorumluluğu olan başvurucu hakkında ayırma işlemi tesis ettiği, fiilden asıl sorumluluğu bulunan diğer üç subay hakkında takdir yetkisini TSK'dan ayrılmamaları yönünde kullanırken başvurucu için ayrılması yönünde kullanarak takdir yetkisinin kullanılmasında açık hataya düştüğü, ayırma işleminde birey-kamu yararı dengesi ile ölçülülük ve eşitlik ilkelerine uyulmadığı dolayısıyla dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle ayırma işleminin iptaline karar vermiştir (bkz. § 8).

39. Davalı idare tarafından yapılan karar düzeltme başvurusu üzerine AYİM Birinci Dairesi 19/11/2013 tarihli kararıyla başvurucunun yaklaşık on bölümden ibaret olan diziyi sansürsüz olarak karakterleri yeni oluşmaya başlayan öğrencilere seyrettirdiği, olayın cinsel içerikli bir dizinin yalnızca öğrencilere seyrettirilmesi noktasına indirgenerek basit bir olay olarak nitelendirilmemesi gerektiği, diziyi seyrettiren diğer öğretmen bayan subayın öğrencilere *"Biz burada rahip yetiştirmiyoruz, bu tür dizileri de izleyeceksiniz ki gözünüz gönlünüz açılacak, burada her türlü şeyi öğreneceksiniz."* gibi bir beyanının olduğunun öğrenciler tarafından belirtildiği, bu durumun dizinin hangi maksatla sansürsüz olarak öğrencilere seyrettirildiğini ortaya koyduğu, diğer yandan öğrencilerin psikolojik yapıları

üzerinde tesir icra edecek Türk örf ve ananelerine yakışmayan diziyi *"küçük"* statüsündeki öğrencilere izlettiren başvurucunun söz konusu dizinin izlettirilmemesi gerektiğini düşünmesi hâlinde bunu Okul Komutanlığı ile paylaşması gerekeceği hâlde sözlü veya yazılı böyle bir başvurusunun olmadığı, içeriğini kendi çocuğunu seyrettirmeyeceğini beyan eden başvurucunun Askerî Lisede İngilizce dershanesinde askerî öğrencilere söz konusu diziyi seyrettirmek ve bu sırada onların yanında bulunmak suretiyle TSK'nın itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunduğu ve statüsü itibarıyla kamu görevlisi olma nitelik ve yeterliliğini yitirdiği, bu durum karşısında başvurucunun kamu hizmetinde istihdam edilmesinin kamu yararına açıkça aykırılık teşkil ettiği, ayırma işlemi tesis edilmesinde takdir yetkisinin ölçülü ve objektif olarak kullanıldığı ve anılan işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı gerekçelerine yer vermek suretiyle davanın reddine karar vermiştir (bkz. § 9).

40. Yukarıda yer verilen her iki kararı da AYİM, başvurucu hakkında tesis edilen ayırma işleminde kullanılan takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını tartışmış ve her iki karar da oy çokluğuyla alınmış olup ilk kararda takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmasının tespitinde uygulanacak testler arasında sayılan *ölçülülüğün* sağlanmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verildiği, karar düzeltme istemi üzerine yapılan incelemede ise aksi yönde bir sonuca varılarak davanın reddine karar verildiği görülmektedir.

41. Başvuruya konu ayırma işlemi ve devam eden yargısal sürecin, 926 sayılı Kanun'un 50. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan (c) fıkrası ile Subay Sicil Yönetmeliği'nin işlem tarihinde yürürlükte olan 91. ve 92. maddeleri uyarınca yürütüldüğü anlaşılmaktadır.

42. Disiplin yaptırımlarının bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek; onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, anılan teşkilatın onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildiği açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı; kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. 211 sayılı Kanun'un 13. maddesinde disiplin; kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca askerliğin temelinin disiplin olduğu vurgulanmış, disiplinin muhafazası ve idamesi için özel kanunlarla cezai ve idari tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir (*Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, § 40).

43. Başvuruya konu olan ve hak ihlaline neden olduğu ileri sürülen karar düzeltme başvurusu üzerine verilen kararda: ilk kararda yer alan objektif tespitlere aykırı bir hususun varlığının ortaya konulamadığı, takdir yetkisinin kullanımında amaç edinilen kamu yararının başvurucu hakkında daha hafif bir disiplin cezası ile sağlanabilip sağlanamayacağının tartışılmadığı, başvurucunun mesleki geçmişinde hiç bir disiplin cezası yok iken disiplin yönünden ilk defa yaşanılan bir olay nedeniyle en üst düzeyde yaptırım uygulanmasının gerekçelerinin tam olarak ortaya konulamadığı, dizinin izlettirilmesine başvurucunun tek başına karar vermediği gibi karar vericiler arasında en alt rütbede yer aldığı, ayrıca dizinin izlettirilmesi sırasında başvurucunun da diziden rahatsız olduğuna dair öğrenci ifadeleri bulunmasına karşın bu dumunun da kararda tartışılmadığı görülmektedir.

44. İlke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir

hatası veya açık keyfîlik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular, derece mahkemesi kararları bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik içermedikçe Anayasa Mahkemesince incelenemez (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

45. Başvuru konusu olaya bu kapsamda bakıldığında, İngilizce dersi için dizi seçimi yapan grupta en alt rütbede bulunan, dizi bölümlerini üst rütbeli askerden alan, dizinin izlettirilmesi sırasında rahatsızlığını ifade eden başvurucunun emir komutanın uygulandığı TSK bünyesinde iki albay ve bir yarbayın olur verdiği bir duruma karşı yüzbaşı olarak dizi seçimindeki etkinliği araştırılmaksızın başvurucunun fiiline karşı daha hafif ve ölçülü disiplin cezalarıyla istenilen amaca ulaşılabileceği tartışılmaksızın, geçmiş dönemdeki sicillerinin iyi olmasına ve disiplin cezası bulunmamasına karşın üstlerinin emriyle yerine getirilen görevde tek sorumlu olarak kabul edilmesinin ve ayrıca üstleri hakkında bir işlem yapılmamış olmasının *"Kötü emsal emsal teşkil etmemektedir."* gerekçesine dayandırılmasının meslek hayatı boyunca ilk kez disiplin yönünden tahkikata tabi tutulan ve üstlerinin emri ve bilgisi dâhilinde olan bir olaydan dolayı en ağır yaptırım olarak kabul edilebilecek ayırma işlemine tabi tutulan başvurucu hakkında kullanılan takdir yetkisinin kamu yararına uygun olduğu yönünde verilen kararda bariz takdir hatası olduğu ve bu nedenle ayırma işleminde kullanılan takdir yetkisinin ölçülü olduğu konusundaki kararın adil yargılanma ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

46. Açıklanan nedenlerle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

47. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. ...*
>
> *(2) 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 başvurucu 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."*

48. Başvurucu, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

49. Başvuruda, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

50. Adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere AYİM Birinci Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

51. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. İki dereceli yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere AYİM Birinci Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE

8/6/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE verildi.

Başkan	Üye	Üye
Engin YILDIRIM	Serdar ÖZGÜLDÜR	Recep KÖMÜRCÜ

Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Muammer TOPAL