



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

FETİ DEMİRTAŞ - TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 5260/07)

KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

17 Ocak 2012

İşbu karar Sözleşme'nin 44 / 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı düzeltmelere tabi tutulabilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan ve (5260/07) numaralı başvurunun nedeni T.C. vatandaşı Feti Demirtaş'ın (başvuran) 26 Ocak 2007 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca yapılan başvurdur.

Başvuran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde İzmir, New York, Viyana ve Tiflis Barosu avukatlarından sırasıyla T. Alsancak, J.E. Andrik, R. Kohlhofer ve A. Carbonneau tarafından temsil edilmektedir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

Başvuran Feti Demirtaş 1981 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir. 25 Temmuz 2001 tarihinde yirmi beş yaşında iken vaftiz edilen başvuran, Yehova Şahidi'dir. Başvuran, İncil'i baştan sona okuduğunu ifade etmiş ve İncil'de « savaş eğitimi yapmayacaklar artık » (İncil, Yeşaya 2:4) diyen Yeşaya'nın sözlerine itaat etmek amacıyla askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmiştir.

A. Davanın koşulları

1. Askerlik hizmetini reddetme

17 ve 22 Şubat 2005 tarihlerinde, başvuran Savunma Bakanlığı'na iki mektup göndermiştir.

28 Şubat 2005 tarihli yazısında, Savunma Bakanlığı Asker Alma Dairesi Başkanlığı, başvuranı askerlik hizmetini yapmaya davet etmiştir. Başkanlık ayrıca başvuranın mektuplarına açıklayıcı bilgilerle cevap vermiştir.

8 Nisan 2005 tarihinde, başvuran Savunma Bakanlığı'na bir mektup daha göndermiş ve askerlik hizmeti yerine geçecek herhangi bir kamu hizmetini yapmaya hazır olduğunu bildirmiştir.

18 Nisan 2005 tarihli yazıda başvuran, askerlik hizmetine başlamadan önce yerine getirmesi gerekli formaliteler için askerlik şubesine davet edilmiştir.

2. Başvuranın askere alınması ve üniforma giymeyi reddetmesi

a) Zorla askere alma

31 Mayıs 2005 tarihinde, Beyoğlu Askerlik Şubesi'ne giden başvuran, yakalanarak Maslak Jandarma Komutanlığı'na götürülmüştür.

4 Haziran 2005 tarihinde, başvuran askerlik hizmetini yerine getirmek üzere Balıkesir Er Eğitim Komutanlığı'na gönderilmiştir. Başvuran, orduya katıldığı halde sürekli askeri üniforma giymeyi reddetmiştir. Bu davranışı nedeniyle başvuran hakkında iki askeri yargıç ve bir subay üyeden oluşan İzmir Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi (« askeri mahkeme») önünde dokuz ceza kovuşturması başlatılmıştır. Başvuran sırasıyla Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin 1. fıkrası ile 88. maddesi tarafından yasaklanan « ısrarlı itaatsizlik » ve « askeri bir grup önünde emre itaatsizlik » gerekçesiyle birçok defa bu

mahkeme tarafından bir ila altı ay arasında özgürlükten mahrum bırakma cezasına mahkûm edilmiştir. İlgili şahıs, kesinleşen cezalarını çekmiştir. Aynı şekilde, bu davalar çerçevesinde ilgili şahıs, birçok kez askeri bir cezaevine hapsedilmiş ve İzmir Şirinyer Askeri Cezaevinde tutuklu kalmıştır. Öte yandan, başvuran askerlik hizmetine elverişliliğinin belirlenmesi için üç kez askeri hastanelerde tıbbi gözetim altında tutulmuştur.

b) Başvuran hakkında açılan ceza davaları

7 Haziran 2005 tarihinde, Bay Demirtaş ilk kez olarak 400 erin toplandığı askeri içtima'ya katılmıştır. Bu içtimada üniforma taşımayı reddetmiş ve askeri üniforma taşımasının dini inançlarına ters düşüğünü belirtmiştir. Başvuran, derhal gözaltına alınmıştır.

8 Haziran 2005 tarihinde ilgili şahıs tutuklanmıştır.

Askeri mahkeme savcısı 26 Temmuz 2005 (dava n° 1) tarihli iddianamede, başvuranı kurnazca askerlik hizmetinden kaçmak için ısrarlı bir şekilde emre itaatsizlik etmekle suçlamış ve Askeri Ceza Kanunu'nun 88. maddesi uyarınca mahkûm edilmesini istemiştir. Savcı özellikle, isnat edilen suçun 400'ü aşkın er önünde işlendiğini kaydetmiştir.

10 Ağustos 2005 tarihli duruşmada suçsuz olduğunu savunan başvuran, dini inançları nedeniyle üniforma taşımak ve askerlik hizmetini yapmak istemediğini yinelemiş ve askere alınmasına ilişkin belgeleri imzalamadığını belirterek, asker sıfatını edinmediğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda başvuran, sivil bir birey olarak, sadece askeri yargıçlardan oluşan bir mahkeme önünde yargılanmasının başlı başına AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafını ihlal ettiğini savunmuştur. Askeri mahkeme, ilgili şahsın serbest bırakılmasına karar vermiştir.

AİHM önünde başvuran 13 Ağustos 2005 tarihinde Erzurum kışlasına geldiğinde, kendisinin tehdit edildiğini ve askeri üniforma taşımaya mecbur bırakıldığını ileri sürmüştür.

23 Ağustos 2005 tarihinde yapılan içtima sırasında başvuran, tekrar üniforma taşımayı reddetmiştir.

2 Eylül 2005 tarihinde, ilgili şahıs askeri mahkeme önüne çıkarılmış ve mahkeme kararıyla tutuklanmıştır.

Aynı gün, askeri savcı, 23 Ağustos 2005 tarihli içtimada itaatsizlik eylemi dolayısıyla başvuran hakkında yeni bir ceza davası açmıştır. Savcı, ilgili şahsı « ısrarlı itaatsizlik » ile itham etmiştir (dava n° 2).

29 Eylül 2005 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın serbest bırakılmasına karar vermiştir.

4 Ekim 2005 tarihinde yapılan içtima sırasında başvuran, bir kez daha üniforma taşımayı reddetmiştir.

6 Ekim 2005 tarihinde askeri mahkeme 1 Nolu Dava ile ilgili olarak, başvuranı isnat edilen suçtan dolayı suçlu ilan etmiş ve Askeri Ceza Kanunu'nun 88. maddesine dayanarak beş ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu karar, 21 Mart 2006 tarihinde Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır.

17 Ekim 2005 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın tutuklanmasına hükmetmiştir.

18 Ekim 2005 tarihinde, askeri savcı 4 Ekim 2005 tarihli içtimada itaatsizlik eylemi dolayısıyla başvuran hakkında üçüncü bir ceza davası açmıştır. Savcı, ilgili şahsı « ısrarlı itaatsizlik » ile itham etmiştir (dava n° 3).

27 Ekim 2005 tarihinde askeri mahkeme 2 Nolu Dava ile ilgili olarak, başvurunu isnat edilen suçtan dolayı suçlu ilan etmiş ve Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak beş ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu karar, 21 Haziran 2006 tarihinde Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır.

15 Kasım 2005 tarihinde yapılan içtimada başvuran, bir kez daha üniforma taşımayı reddetmiştir.

7 Aralık 2005 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın tutuklanmasına hükmetmiştir.

13 Aralık 2005 tarihinde, askeri savcı 15 Kasım 2005 tarihli içtimada itaatsizlik eylemi dolayısıyla başvuran hakkında bir başka ceza davası daha açmıştır. Savcı, ilgili şahsı « ısrarlı itaatsizlik » ile itham etmiştir (dava n° 4).

Askeri mahkeme, 3 ve 4 Nolu ceza davaları çerçevesinde başvuranın askerlik hizmeti için elverişliliğinin belirlenmesi ve yargılanması amacıyla bir tıbbi bilirkişi raporu istemiştir. 23 ile 28 Aralık 2005 tarihleri arasında, Bay Demirtaş, İzmir Askeri Hastanesi Psikiyatri Servisinde yatmıştır. Sağlık kontrolleri sonunda hastanenin psikiyatri doktoru, ilgili şahıs hakkında yargılanma ehliyetini etkilemeyen bir uyum bozukluğu teşhisi koymuştur. Başvuranın askerlik hizmeti konusundaki tutumu ile ilgili olarak ise doktor, uyum bozukluğu dolayısıyla ilgili şahsa üç ay izin vermiş ve başvuranın durumunun bu dönem sonunda tekrar değerlendirileceğini eklemiştir.

Üç aylık izin dönemi sonunda başvuran, askerlik hizmetine elverişliliğinin belirlenmesi amacıyla 31 Mart ile 5 Nisan 2006 tarihleri arasında İzmir Askeri Hastanesinde yatmıştır. Bunun sonucunda askerliğe elverişli bulunan başvuran, kışlaya geri dönmüştür.

7 Nisan 2006 tarihinde yapılan içtima sırasında başvuran, üniforma taşımayı yine reddetmiştir.

Aynı gün, Albay Aydın, Askeri Ceza Kanunu'nun 169. maddesine dayanarak başvuran hakkında cebri tutuklama kararı almış ve özgürlükten mahrum bırakma cezasına mahkûm etmiştir.

12 Nisan 2006 tarihinde, askeri savcı 7 Nisan 2006 tarihli içtimada itaatsizlik eylemi dolayısıyla başvuran hakkında bir ceza davası açmıştır. Savcı, ilgili şahsı « ısrarlı itaatsizlik » ile itham etmiştir (dava n° 5).

16 Mayıs 2006 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın 17 Mayıs 2006 tarihinden itibaren şartlı tahliyesine karar vermiştir.

18 Mayıs 2006 tarihinde, askeri mahkeme 3 ve 4 Nolu Davaların birleştirilmesine karar vermiş ve başvurunu kurnazca askerlik hizmetinden kaçmak için ısrarlı bir şekilde emre itaatsizlikten suçlu ilan etmiştir. Mahkeme, başvurunu ilk suç için beş ay ve ikinci suç için yirmi beş gün hapis cezasına mahkûm etmiştir. 26 Aralık 2006 tarihinde, bu karar Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır.

22 Mayıs 2006 tarihinde, Albay Aydın'ın bürosuna çağırılan başvuran üniforma taşımayı ve alay komutanının emirlerini yerine getirmeyi reddettiğini yinelemiştir. Bunun üzerine, başvuran yakalanarak alaydaki cezaevine konulmuştur.

25 Mayıs 2006 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

31 Mayıs 2006 tarihli iddianame ile askeri savcı, başvurunu 22 Mayıs 2006 tarihindeki eylemi için ısrarlı itaatsizlikle suçlayarak mahkûm edilmesini istemiştir (dava n° 6).

5 Nolu Ceza Davası ile ilgili olarak askeri mahkeme, 30 Haziran 2006 tarihinde başvurunu ısrarlı itaatsizlik suçundan suçlu bulmuş ve iki ay on beş gün hapis cezasına mahkûm etmiştir. 12 Aralık 2006 tarihinde, bu karar Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır.

Aynı gün, başvuran serbest bırakılmıştır.

4 Temmuz 2006 tarihinde, ilgili şahıs üniforma taşımayı ve alay komutanının emirlerini yerine getirmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine, başvuran yakalanarak alaydaki cezaevine konulmuştur.

6 Temmuz 2006 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

14 Temmuz 2006 tarihli iddianame ile askeri mahkeme askeri savcısı, başvurunu 4 Temmuz 2006 tarihindeki eylemi için ısrarlı itaatsizlikle suçlamıştır (dava n° 7).

26 Temmuz 2006 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın şartlı tahliyesine karar vermiştir.

30 Ekim 2006 tarihinde, ilgili şahıs serbest bırakılmıştır.

1 Kasım 2006 tarihinde, ilgili şahıs üniforma taşımayı ve alay komutanının emirlerini yerine getirmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine, başvuran tutuklanmıştır.

3 Kasım 2006 tarihinde, askeri mahkeme başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

14 Kasım 2006 tarihli iddianame ile askeri mahkeme askeri savcısı, başvurunu 1 Kasım 2006 tarihindeki eylemi için ısrarlı itaatsizlikle suçlamıştır (dava n° 8).

1 Aralık 2006 tarihinde, başvuran beraat etmiştir.

4 Aralık 2006 tarihinde, başvuranın askeri üniforma taşımayı reddettiğine dair bir tutanak düzenlenmiştir. İlgili şahıs gözaltına alınmıştır.

6 Aralık 2006 tarihinde, askeri mahkeme nöbetçi hakimi başvuranın tutuklanmasına gerek olmadığı kanaatine vararak, askeri savcının bu yöndeki talebini reddetmiştir.

7 Aralık 2006 tarihinde, başvuran Demirtaş üniforma taşımayı ve alay komutanının emirlerini yerine getirmeyi reddetmiş ve gözaltına alınmıştır.

8 Aralık 2006 tarihinde, askeri savcının talebi üzerine askeri mahkeme, başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

13 Aralık 2006 tarihli iddianame ile askeri mahkeme askeri savcısı, başvuranı 4 ve 7 Aralık 2006 tarihlerindeki ret eylemleri için ısrarlı itaatsizlikle suçlamıştır (dava n° 9).

20 Şubat 2007 tarihinde, başvuran İzmir Hastanesi Psikiyatri Merkezinde bir tıbbi muayeneden geçirilmiş ve orada iki gün yatmıştır.

23 Şubat 2007 tarihli raporda doktorlar, başvuranın hâlâ uyum bozukluğu yaşadığı ve askerlik hizmeti için elverişli olmadığı sonucuna varmıştır. Doktorlar, bu elverişsizlik kabulünün 4 Aralık 2006 tarihinden itibaren geçerli olduğunu belirtmiştir.

Askeri mahkeme, 17 Mayıs 2007 tarihli kararında başvuranın 4 ve 7 Aralık 2006 tarihlerindeki ret eylemleri için (dava n° 9) beraatına hükmetmiştir. Bu karar gerekçesinde mahkeme, ilgili şahsın 4 Aralık 2006 tarihinden itibaren askerlik hizmeti için elverişsiz olduğunu dikkate alındığını belirtmiştir. 7 Mayıs 2008 tarihinde, bu karar Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır.

28 Haziran 2007 tarihinde, Çal Ceza Mahkemesi başvuranın 30 Haziran 2007 tarihinden itibaren şartlı tahliyesine hükmetmiştir.

6, 7 ve 8 Nolu Ceza Davaları ile ilgili olarak askeri mahkeme, 12 Kasım 2008 tarihinde başvuranı ısrarlı itaatsizlikten suçlu bulmuş ve 22 Mayıs, 4 Temmuz ve 1 Kasım 2006 tarihlerindeki ret eylemleri için toplam « altı ay kırk beş gün » hapis cezasına mahkûm etmiştir.

12 Kasım 2008 tarihli kararın, 22 Mayıs 2006 tarihli eylemle ilgili bölümü 12 Mayıs 2009 tarihinde Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır. Buna karşın, Yüksek Mahkeme aynı kararın 1 Kasım 2006 tarihli eylemle ilgili bölümünü usul gerekçesiyle kısmen bozmuştur. Dosyadan anlaşıldığına göre, bu yargılama halen ulusal mahkemeler önünde görülmeye devam etmektedir.

Askeri mahkeme önünde görülen davalar sırasında başvuran, özellikle AIHS'nin 9. maddesine atıfta bulunmuş ve mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını ileri sürmüştür.

c) Başvuran tarafından yapılan suç duyuruları ve daha sonraki davalar

Bu arada, 24 Ağustos 2005 tarihinde, başvuran kötü muamele gerekçesiyle bir suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuran şikâyetinde, 8 Haziran 2005 tarihinde Şirinyer Askeri Cezaevinde tutuklu bulunurken iki infaz koruma memurunun kendisine kötü muamele uyguladığını ve tehdit ettiğini iddia etmiştir.

9 Aralık 2005 tarihinde, başvuran ilgili komutanlığa bir dilekçe sunarak kendisine kötü muamele uygulayan kişiler hakkında bir ceza davası açılmasını talep etmiştir. Başvuran, 8 Aralık 2005 tarihinde Şirinyer Askeri Cezaevinde tutuklu bulunurken gerçekten infaz koruma memurları tarafından aşağılandığını ve tehdit edildiğini iddia etmiştir.

13 Aralık 2005 tarihinde, ilgili komutanlık, başvurana bir cevap yazısı göndermiş ve suç duyurusu resmi şartlara uygun olmadığı halde, 8 Haziran 2005 tarihinde meydana gelen olaylarla ilgili olarak 24 Ağustos 2005 tarihli şikâyetinde dile getirilen iddialar hakkında bir soruşturma yürütüldüğünü bildirmiştir. Komutanlık, ilgili şahsın iddialarının dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır. Öte yandan komutanlık, söz konusu suç duyurusunun sunulmuş şeklinin disiplin kurallarına aykırı olduğunu ilgili şahsa bildirmiştir.

7 Nisan 2006 tarihinde, başvuran, Balıkesir Askeri Cezaevinde hapsedilmiş ve orada çavuş A.S. ve infaz koruma memuru S.K. tarafından askeri üniforma giymeye zorlanmıştır. Başvuran, ret nedeniyle bu iki görevli tarafından kötü muameleye maruz kalmıştır (bir yatağa kelepçeyle bağlanmış, dövülmüş ve tehdit edilmiştir). Başvuran, kötü muamele gerekçesiyle bir suç duyurusunda bulunmuştur.

İzmir Askeri Mahkemesi, 24 Eylül 2008 tarihli kararında, Bay Demirtaş'ın Balıkesir Cezaevinde tutuklu bulunduğu sırada, 5 ve 12 Nisan 2006 tarihlerinde üzerindeki kıyafetlerin çıkarılarak zorla askeri üniforma giydirildiğine, saatlerce yatağa ya da bir iskemleye kelepçeyle bağlandığına, tehdit edildiğine ve dövüldüğüne karar vermiştir. Mahkeme, böylesi bir eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 96. maddesi anlamında bir kötü muamele oluşturduğunu kabul etmiştir.

Askeri mahkeme, A.S. ve S.K.'ya asgari ceza uygulanmasına ve iki yıl hapis cezasına mahkûm edilmelerine karar vermiştir. Dava sırasında sanıkların iyi hallerinden dolayı, mahkeme, Türk Ceza Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca bu cezayı bir yıl sekiz aya indirmiştir. Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 5. fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve iki sanığın adli denetime tabi tutulmasına hükmetmiştir.

27 Kasım 2008 tarihinde, başvuranın yukarıda belirtilen karar için yaptığı itiraz aynı mahkeme tarafından reddedilmiştir.

HUKUK

I. KABULEDİLEBİLİRLİĞE İLİŞKİN

A. Mağdur sıfatının olmaması

Hükümet, mağdur sıfatının olmadığına dayalı bir ön itiraz dile getirmektedir. Hükümet, terhis edilen başvuranın AİHM önünde hiçbir dava ehliyetinin bulunmadığı görüşündedir.

Başvuran, bu sava karşı çıkmaktadır.

AİHM, yerleşik içtihadına göre, bir başvuranın mağdur sıfatını kaybetmesi için ilk olarak yetkili mercilerin AİHS'nin ihlal edildiğini açıkça ya da esas itibarıyla kabul etmeleri ve ikinci olarak da bu ihlalin telafisi için girişimlerde bulunmaları gerektiğini hatırlatmaktadır. Ancak bu iki koşul yerine getirildiği takdirde, AİHS'nin koruma mekanizmasının ikincil niteliği bir başvurunun incelenmesini engelleyebilir. Bir başvuranın mağdur sıfatını kaybettiği iddia edilince, söz konusu hakkın niteliği ile ulusal makamların karar gerekçelerinin incelenmesi ve bu kararlardan sonra ilgili şahıs için olumsuz sonuçların ortaya çıkıp çıkmadığının belirlenmesi gerekmektedir (*Rusya aleyhine Sakhnovski davası* [GC], n° 21272/03, prg. 67, 2 Kasım 2010).

Mevcut davada AİHM, Bay Demirtaş'ın, özellikle vicdani retçi sıfatı talep etmesi nedeniyle konu olduğu birtakım takibat ve mahkûmiyetlerin AİHS'nin 3, 5, 7, 9 ve 13. maddelerini ihlal ettiği iddiasında bulunduğunu not etmektedir. AİHM, başvuranın ayrıca Şirinyer Cezaevi, Erzurum'daki askeri birim ve Balıkesir Askeri Cezaevinde kötü muameleye maruz kaldığından şikâyetçi olduğunu kaydetmektedir. AİHM, başvuranın bunlara ilaveten

askeri bir mahkeme tarafından yargılandığı için AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürdüğünü not etmektedir.

Bu şikâyetlerle ilgili olarak AİHM, başvuranın birçok dava ve mahkûmiyet sonrasında gelen terhis kararında, herhangi bir şekilde telafi yoluna gidilerek durumun kabul edilmediğini gözlemlemektedir. Mevcut davada, yukarıda dile getirilen koşulların hiçbiri yerine getirilmediği için AİHM, başvuranın, hakları ihlal edilerek “mağdur” konuma düştüğünü iddia edebileceği kanaatine varmaktadır. Bu itibarla AİHM, Hükümetin itirazını reddetmektedir.

B. İç hukuk yollarının tüketilmemesi

Hükümet, başvuranın Erzurum'daki askeri birim ile Şirinyer Askeri Cezaevinde maruz kaldığı muameleler için yetkili makamlar önünde suç duyurusunda bulunmadığını savunmaktadır. Bu itibarla, ilgili şahıs, AİHS'nin 3. maddesine dayalı şikâyeti ile ilgili olarak kendisine sunulan iç hukuk yollarını tüketmemiştir.

Başvuran, bu sava karşı çıkmaktadır.

İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı ile ilgili olarak AİHM, AİHS'nin 35. maddesi 1. paragrafının amacının Sözleşmeciler Devletlere aleyhlerindeki ihlal iddialarını AİHS organlarına sunulmadan önce düzeltmek ya da önlemek için bir fırsat verdiğini hatırlatmaktadır (bakınız, örneğin, *Fransa aleyhine Hentrich davası*, 22 Eylül 1994, prg. 33, seri A n° 296-A, ve *Fransa aleyhine Remli davası*, 23 Nisan 1996, prg. 33, *Karar ve hükümlerin derlemesi 1996-II*). Böylece, AİHM'nin önüne getirilmesi düşünülen şikâyet, önce, en azından esas yönüyle, iç hukukta öngörülen şekil ve sürede uygun ulusal mahkemeler önünde dile getirilmelidir (*Fransa aleyhine Cardot davası*, 19 Mart 1991, prg. 34, seri A n° 200).

Mevcut davada AİHM, başvuranın, tutukluluğun farklı dönemlerinde maruz kaldığı kötü muamele ile ilgili biri 24 Ağustos 2005 ve diğeri 7 Nisan 2006 tarihinde iki suç duyurusunda bulunduğunu gözlemlemektedir. AİHM, başvuranın ilk suç duyurusundan bir sonuç çıkmadığını, buna karşın ikinci suç duyurusunun şikâyet edilen eylemlerin sorumlularının askeri mahkeme tarafından suçlu bulunmasıyla sonuçlandığını not etmektedir. AİHM bununla birlikte yetkili mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verdiğini gözlemlemektedir.

Bu bağlamda AİHM, her zaman, 3. maddenin yasakları söz konusu olduğunda, yetkili savcılık önünde resmi olarak yapılan bir suç duyurusunun ve gerektiğinde, takipsizlik kararına yapılan bir itirazın, Türk hukuku bağlamında ilke olarak AİHS'nin 35. maddesinin 1. paragrafı amaçları için uygun ve yeterli kabul edildiğini hatırlatmaktadır (bakınız, diğerleri arasından, *Türkiye aleyhine Nurgül Doğan davası*, n° 72194/01, prg. 42, 8 Temmuz 2008).

Bu nedenle AİHM, iki suç duyurusunda bulunan ve askeri mahkeme kararına karşı itiraz eden başvuranın, Türk ceza hukuku sisteminin kendisine sunduğu imkânları tükettiği kanaatine varmaktadır. Dolayısıyla, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazının kabul edilmesi mümkün değildir.

C. Sonuç

AİHM, başvurunun AİHS'nin 35. maddesinin 3. paragrafı anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve ayrıca başka bir kabuledilemezlik gerekçesi bulunmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla, mevcut başvurunun kabuledilebilir ilan edilmesi uygun olacaktır.

II. AİHS'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, askeri üniforma taşımayı reddettiği için sürekli cezai takibat ve mahkûmiyetlere konu olduğunu iddia etmekte, ayrıca Şirinyer Cezaevi, Erzurum'daki askeri birim ve Balıkesir Askeri Cezaevinde aşağılayıcı ve insanlık dışı muamelelere maruz kaldığından şikâyetçi olmakta ve AİHS'nin 3. maddesine atıfta bulunmaktadır.

Hükümet, bu sava karşı çıkmaktadır.

AİHM, yerleşik içtihadına göre, kötü muamelelerin AİHS'nin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari ciddiyet düzeyine ulaşması gerektiğini ve bu asgarinin değerlendirilmesinin özü itibarıyla göreceli olduğunu, muamelenin süresi ya da fiziksel ve psikolojik etkileri ve bazı hallerde, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi davaya özgü koşulların bütününe bağlı olduğunu hatırlatmaktadır (bakınız, diğerleri arasından, *Birleşik Krallık aleyhine Price davası*, n° 33394/96, prg. 24, CEDH 2001-VII, *Fransa aleyhine Mouisel davası*, n° 67263/01, prg. 37, CEDH 2002-IX, ve *Almanya aleyhine Jalloh davası* [GC], n° 54810/00, prg. 67, 11 Temmuz 2006).

AİHM, ayrıca bir ceza ve bununla bağlantılı bir muamelenin “insanlık dışı” ya da “onur kırıcı” olması için bunların meydana getirdiği ıstırap ve aşağılanma duygusunun meşru bir ceza ya da muamelenin yol açtığı kaçınılmaz ıstırap ve aşağılanma duygusundan daha ileri boyutta olması lazım geldiğini hatırlatmaktadır. Bu noktada, muamelenin, mağduru aşağılamayı ya da küçük düşürmeyi amaçlayıp amaçlamadığı dikkate alınması gereken diğer bir unsurdur (bakınız, örneğin, *Birleşik Krallık aleyhine V. davası* [GC], n° 24888/94, prg. 71, CEDH 1999-IX, ve *Finlandiya aleyhine Raninen davası*, 16 Aralık 1997, prg. 55, *Derleme* 1997-VIII). Ayrıca böyle bir amacın olmaması, 3. maddenin kesin bir şekilde ihlal edilmediği anlamına gelmemektedir.

Mevcut davada, AİHM öncelikle 24 Eylül 2008 tarihli kararında askeri mahkemenin, ilgili dönemde, yani 5 ile 12 Nisan 2006 tarihleri arasında, başvuranın Balıkesir Cezaevinde tutuklu bulunduğu sırada, üzerindeki kıyafetlerin çıkarılarak askeri üniforma giydirilmeye zorlandığına, saatlerce yatağa ya da bir iskemleye kelepçeyle bağlandığına, tehdit edildiğine ve dövüldüğüne hükmettiğini tespit etmektedir. Askeri mahkemeye göre, böylesi bir eylem, Türk Ceza Kanunu'nun 96. maddesi anlamında kötü muamele oluşturmaktadır. AİHM, varılan bu sonuçlardan farklı düşünmeyi gerektirecek bir neden görememektedir.

Yukarıdaki paragrafta belirtilen tespitler bağlamında AİHM, özellikle bu tür muameleler için kanıt belgesi sunmanın güçlüğüne dikkate alarak, başvuran tarafından dile getirilen diğer fiziksel ve psikolojik saldırıları ayrıca incelemeye gerek olmadığı kanaatine varmaktadır.

AİHM, Bay Demirtaş'ın askerlik hizmeti sırasında maruz kaldığı muamelelerin, kesinlikle ilgili şahsın fiziksel ve ruhsal direncini kıran, küçülten ve aşağılayan bir korku, endişe ve utanç duygusu uyandıracak nitelikte olduğu kanaatine varmaktadır. Yukarıda belirtilen muamelelerin yanı sıra başvuran, hakkında açılan çok sayıda cezai takibata maruz kalmıştır. AİHM, *Ülke* (ilgili bölüm, prg. 62) kararında, katlanan hapis cezalarının ilgili şahsın

entelektüel kişiliğini bastırıldığına hükmetmiştir. AİHM, bu unsurların ihtilafli muamelelerin insanlık dışı ve aşağılayıcı nitelikte kabul edilmesi için yeterli olduğu kanaatinde.

Bu koşullar altında AİHM, tüm bu unsurları ve ciddiyet derecesini dikkate alarak, başvurana uygulanan muamelelerin, bir mahkûmiyet ya da tutuklamanın normal aşağılayıcı niteliğinin ötesinde ciddi bir ıstırap ve acı verdiği kanaatine varmaktadır. Bu unsurlar, AİHM'nin, orduya hizmet etmeyi reddettiği için başvuranın şahsiyeti üzerine uygulanan bu muamelelerin, hem insanlık dışı ve hem de aşağılayıcı nitelik taşıdığını düşünmesine yetmektedir.

Yukarıdaki tespitler ışığında AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

III. AİHS'NİN 9. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, orduda hizmet vermeyi reddettiği için defalarca mahkûm edilmesinden şikâyetçi olmakta ve bu bağlamda AİHS'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini savunmaktadır.

A. Uygulanabilirliğe ilişkin

Hükümet, Komisyon'un yerleşik içtihadına dayanarak 9. maddenin mevcut davada uygulanabilirliğine karşı çıkmaktadır. Başvuran ise, bu içtihadın eskimiş olduğunu ve bugünkü koşullar ışığında evrim geçirmesi gerektiğini savunmaktadır.

AİHM, AİHS'nin 9. maddesinin vicdani retçilere uygulanabilirliğine ilişkin içtihadını yakın bir tarihte gözden geçirme fırsatı bulmuştur. (*Ermenistan aleyhine Bayatyan davası* [GC], n° 23459/03, 7 Temmuz 2011). AİHM söz konusu davada, orduda hizmet verme zorunluluğu ile bir bireyin vicdanı ya da samimi ve derin dini ya da diğer inançları arasında ciddi ve aşılması güç bir çelişki oluşturduğu gerekçesiyle askerlik hizmetine karşı çıkmanın, 9 maddedeki teminatların uygulanması için gerekli görülen kudret, ciddiyet, bütünlük ve önem kıstaslarına yeteri kadar ulaştığı kanısı yarattığını kaydetmiştir (*Bayatyan*, ilgili bölüm, prg. 110). Burada cevap bulunması gereken soru, söz konusu hüküm altında askerlik hizmetine karşı çıktığında, bunun her davanın kendine özel koşullarına göre mi değerlendirilmesi gerektiğinin ve öyle ise, hangi ölçüde karara bağlanacağını belirlenmesidir.

Mevcut davada AİHM, başvuranın, Yehova Şahidi diye bilinen ve silah taşıma gerekliliğinden bağımsız olarak askerlik hizmetine karşı çıkmanın gerekliliğine inanan bir dini grubun mensubu olduğunu gözlemlemektedir. AİHM, ilgili şahsın, bu zorunlu hizmet ile samimi dini inançları arasında ciddi ve aşılması güç bir çelişki bulunduğu gerekçesiyle askerlik hizmetine karşı çıktığından şüphe duymamaktadır (bakınız, aynı yönde, *Bayatyan*, ilgili bölüm, prg. 111). Dolayısıyla, 9. madde mevcut davada uygulama alanı bulmaktadır.

B. Esasa ilişkin

AİHM, başvuranın askerlik hizmetini yerine getirmeyi sürekli reddetmesine rağmen 4 Haziran 2005 tarihinde orduya katıldığını gözlemlemektedir. AİHM'nin kanaatine göre, başvuranın Yehova Şahidi olarak dini inançları çerçevesinde askerlik hizmetini reddetmesi, açıkça dini inançlarının bir tezahürüdür (*Bayatyan*, ilgili bölüm, prg. 112). Şüphesiz burada söz konusu olan ilgili şahsın dini inançlarını açığa vurmasıdır ve AİHM, dini inançları gereği askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesi dolayısıyla başvuranın art arda mahkûm

edilmesini ve sürekli ceza kovuşturmalarına maruz kalma riski taşımamasını, 9. maddenin teminat altına aldığı dini açığa vurma özgürlüğüne yapılan bir müdahale olarak değerlendirmektedir.

Bu tür bir müdahale, « kanunla öngörülmediği », 2. paragraf bakımından meşru amaç ya da amaçları hedeflemediği ve « demokratik bir toplumda gerekli olmadığı » sürece söz konusu hükmü ihlal etmiş olacaktır (bakınız, diğerleri arasından, *San Marino aleyhine Buscarini ve diğerleri davası* [GC], n° 24645/94, prg. 34, CEDH 1999-I).

1. Müdahalenin meşruluğu hakkında

a) Kanunla öngörülme

Başvuran, söz konusu müdahalenin kanunla öngörülmediğini savunmaktadır. Başvuran, Askeri Ceza Kanunu'nun bakaya kaçacağı cezalandıran 63. maddesi gereğince mahkûm edildiğini, oysa askerlik hizmetiyle ilgili 12. madde uyarınca söz konusu suçun işlenebilmesi için asker ilan edilmiş olmak gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda başvuran, vicdani retçi olması dolayısıyla askere alınmayla ilgili hiçbir belgeyi imzalamadığını, bu nedenle asker olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca başvurana göre, ne Türk Ceza Kanunu ve ne de Askeri Ceza Kanunu, dini inançlar nedeniyle askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmenin bir suç olduğunu belirten hükümler içermemektedir.

Hükümet, bu konuda herhangi bir argüman dile getirmemektedir.

AİHM, inanç nedeniyle askerlik hizmetinin reddedilmesiyle ortaya çıkan durumların uygun bir şekilde yönetilmesinde Türkiye'deki yasal çerçevenin yeterli olmadığını daha önce de not ettiğini hatırlatmaktadır (*Ülke* ilgili bölüm, prg. 61). Her halükârda, AİHM, başvurana karşı uygulanan tedbirlerin kanunla öngörüldüğü varsayılabilirse bile, aşağıda belirtilen gerekçeler nedeniyle bu tedbirlerin AİHS'nin 9. maddesi ile uyumlu olmadığını gözlemlemektedir.

b) Meşru amaç

AİHM, öncelikle bir asker kaçığı için alınan tedbirlerin AİHS'nin 9. maddesinin 2. paragrafında öngörülen gerekçelerden biri tarafından meşru kılınabileceği varsayılabilirse bile, her halükârda, söz konusu tedbirlerin aşağıda belirtilen gerekçeler nedeniyle demokratik bir toplumda gerekli sayılamayacağı kanaatindedir.

c) Demokratik bir toplumda gereklilik

i. İlgili ilkeler

AİHM, 9. maddenin koruduğu şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, AİHS anlamında « demokratik bir toplumun » temellerinden birini temsil ettiğini hatırlatmaktadır. Dinsel açıdan bu özgürlük, inananların hayata bakışlarını ve kişiliklerini oluşturan çok hayati bir unsur olmasının yanı sıra, ateistler, agnostikler, kuşkucular veya konuyla hiç ilgilenmeyen diğer kimseler açısından da önemli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun esaslı ve ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllar boyu büyük bedeller ödenerek kazanılmış olan çoğulculuk, bu özgürlüğe bağlıdır. Bu özgürlük, bir dine bağlı olan ya da olmayan ve vecibelerini yerine getiren ya da getirmeyen herkes için geçerlidir (*Yunanistan aleyhine Kokkinakis davası*, 25 Mayıs 1993, prg. 31, seri A n° 260-A, *Buscarini ve diğerleri*, ilgili bölüm, prg. 34, ve *Türkiye aleyhine Leyla Şahin davası* [GC], n° 44774/98, prg. 104, CEDH 2005-XI).

Her ne kadar din özgürlüğü öncelikle bir bireysel vicdan meselesi olsa da, aynı zamanda dini, bireysel olarak ve özel hayatında, ya da toplu olarak kamu önünde ve aynı inancı paylaşanlar arasında açığa vurma özgürlüğünü de içine almaktadır. Madde 9, ibadet, öğretim, uygulama ve ayin gibi bir din ya da inancı açığa vurmanın farklı şekillerini sıralamıştır (*Bulgaristan aleyhine Hassan ve Tchaouch davası* [GC], n° 30985/96, prg. 60, CEDH 2000-XI, ve *Moldovya aleyhine Bessarabie Metropolitan Kilisesi ve diğerleri davası*, n° 45701/99, prg. 114, CEDH 2001-XII).

Yerleşik içtihadına göre AİHM, bir müdahale gereğinin varlığı ve boyutunu değerlendirmek üzere Sözleşmeciler Devletlere belli bir takdir payı tanımaktadır. Bu takdir payı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile beraber hareket eder. AİHM'nin görevi, ulusal düzeyde alınan tedbirlerin ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını araştırmaktır (*Bessarabie Metropolitan Kilisesi ve diğerleri*, ilgili bölüm, prg. 119, ve *Leyla Şahin*, ilgili, prg. 110).

AİHM, mevcut davada takdir payı derecesini sınırlarken demokratik bir toplumun yaşaması için önem taşıyan gerçek dini çoğulculuğu teminat altına alma gerekliliği hususunu dikkate almak durumundadır (*Yunanistan aleyhine Manoussakis ve diğerleri davası*, 26 Eylül 1996, prg. 44, *Karar ve hükümlerin derlemesi* 1996-IV). AİHM ayrıca, gerektiğinde, Sözleşmeciler Devletlerin uygulamalarından ortaya çıkan fikir birliği ve ortak değerleri de dikkate alabilir (*Bayatyan*, ilgili bölüm, prg. 122).

ii. *Bu ilkelerin uygulanması*

AİHM, Türkiye'de askerlik hizmetine elverişli her erkek vatandaşın T.C. Anayasası'nın 72. maddesi ve Askerlik Kanunu'nun ilk maddesi gereğince askerlik hizmetini yerine getirmekle mükellef olduğunu gözlemlemektedir. Askerlik hizmetinin yerine geçecek bir sivil hizmet bulunmadığından, inançlarına sadık kalmak isteyen vicdani retçilerin askere alınmayı reddetmekten başka çareleri bulunmamaktadır. Böylece bu insanlar, sonu gelmeyen kovuşturma ve katlanan hapis cezalarına konu olduğu gibi, bu durumun ömür boyu sürme tehlikesi altında olduklarından, bir nevi « medeni ölüme » maruz kalmaktadır. *Ülke* ilgili bölüm, kararında AİHM, bu durumun 3. madde anlamında demokratik bir toplumdaki cezalandırma rejimine uygun olmadığına hükmetmiştir (*Ülke*, ilgili bölüm, prg. 62).

AİHM öncelikle bahsi geçen kararda ifade edilen değerlendirmelerin vicdani retçilere karşı uygulanan tedbirlerin aşırı sertliğini açıkça ortaya koyduğunu kaydetmektedir. Bu değerlendirmeler *daha ziyade* mevcut davaya konu olan müdahalenin orantısız niteliği için geçerlidir.

Öte yandan AİHM, zorunlu askerlik hizmetinin yürürlükte olduğu Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin hemen hemen hepsinin inançları askerlik yapmayı yasaklayan kimselere bir çözüm sunmak amacıyla askerlik hizmeti yerine geçen sivil hizmetler kurduklarını gözlemlemektedir (ayrıntılı bir inceleme için, bakınız *Bayatyan*, ilgili bölüm, prg. 46'dan 49'a kadar). Bu nedenle, Türkiye gibi bu yönde henüz önlem almayan devletler, söz konusu alanda ancak sınırlı bir takdir payına sahiptir ve muhtemel bir müdahaleyi meşru kılmak için inandırıcı ve zorlayıcı nedenler ortaya koymalıdır. Özellikle, bu devletler müdahalenin « zorunlu bir sosyal ihtiyaç » olduğunu kanıtlamalıdır (*Bayatyan*, ilgili bölüm, prg. 123).

Mevcut davada, Yehova Şahidi başvuran, menfaat ya da kişisel kolaylık için değil, samimi dini inançları yüzünden askerlik hizmetinden muaf tutulmayı istemiştir. AİHM, başvuranın askerlik hizmetinden muaf tutulma isteğinin sağlam ve inandırıcı gerekçelere dayandığından şüphe duymamaktadır. AİHM, öte yandan başvuranın genel olarak yurttaşlık

yükümlülüklerini yerine getirmeyi hiçbir zaman reddetmediğini ve aksine yetkililerden açıkça askerlik hizmeti yerine başka bir sivil hizmet talep ettiğini kaydetmektedir. Dolayısıyla, başvuran, ciddi gerekçelerle, vatandaşlar üzerindeki yükü paylaşmak için zorunlu askerlik hizmetini yerine getiren diğer yurttaşlar ile eşit şartlarda hizmet vermeye hazır olduğunu ortaya koymuştur. Ancak, askerlik hizmeti yerine geçecek bir sivil hizmet öngörülmediği için hapis cezasını çekmek zorunda kalmıştır.

AİHM, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin « demokratik bir toplumu » karakterize eden başlıca unsurlar olduğunu hatırlatmaktadır. Her ne kadar kişisel çıkarlar bazen grubun çıkarlarına tabi olmalıysa da, demokrasi, her zaman, çoğunluğun görüşlerinin üstün gelmesi gerektiği anlamına gelmez; demokrasilerde azınlık mensuplarına adil ve düzgün muamele yapılmasını ve hakim pozisyonun kötüye kullanılmamasını sağlayan bir denge kurulması elzemdir (*Leyla Şahin*, ilgili bölüm, prg. 108). Bu nedenle, başvuranın mensubu olduğu gibi vicdanın gereklerine uygun olarak topluma hizmet fırsatı veren bir dini azınlık grubunun inançlarına saygı gösteren bir Devlet'in, uyum ve istikrar içinde çoğulculuğun sağlanmasını ve toplum bünyesinde dini uyum ve hoşgörünün oluşmasını teşvik etmesi gerekmektedir (*Bayatyan*, ilgili bölüm, prg. 126).

AİHM, Türkiye'de yürürlükte olan zorunlu askerlik hizmeti sisteminin vatandaşlara, vicdani retçiler için ciddi sonuçlar doğuracak, bir yükümlülük getirdiği: vicdani nedenler için hiçbir muafiyet tanımadığı ve başvuran gibi askerlik hizmetini reddeden kişilere ağır cezai müeyyideler empoze ettiği sonucuna varmaktadır. Böylece, ihtilaflı müdahale, sadece başvuranın defalarca mahkûm edilmesinden değil, aynı zamanda yerine geçecek başka bir hizmetin bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

AİHM, bu tür bir sistemin genel anlamda toplum çıkarları ile vicdani retçi arasında adil bir denge kurmadığı kanaatine varmaktadır. Bu nedenle, başvuranın vicdan ve inancının gereksinimlerini dikkate almak adına hiçbir tedbirin öngörülmediğini gözlemleyen AİHM, verilen cezaların demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kabul edilemeyeceğine hükmetmektedir.

AİHM, başvuranın uyum bozukluğu teşhisi konulan tıbbi rapor doğrultusunda 23 Şubat 2007 tarihinde terhis edildiğini gözlemlemektedir.

AİHM'nin kanaatine göre, başvuranın terhis edilmesi yukarıda dile getirilen değerlendirmeleri hiçbir şekilde etkilememektedir. Şüphesiz, terhis edilen ilgili şahıs, artık askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddettiği için bir takibata konu olma riski taşımamaktadır. Bununla birlikte, başvuran ancak askerlik hizmeti sırasında ortaya çıkan bir psikolojik bozukluktan sonra terhis edilmiştir. Dolayısıyla AİHM'nin gözünde, bu durumda söz konusu müdahalenin ağırlığı daha da artmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenler doğrultusunda AİHM, başvuranın mahkûmiyetinin AİHS'nin 9. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak analiz edilemeyeceği kanaatine varmaktadır.

Dolayısıyla, bu hüküm ihlal edilmiştir.

IV. AİHS'İNİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, bir sivil olarak, sadece askeri hakimlerden oluşan bir mahkeme önüne çıkmak zorunda bırakılmasından şikâyetçi olmakta ve AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafının ihlal edildiğini düşünmektedir. Başvuran ayrıca, yetkili mercilerin kendisine eski Türk Ceza Kanunu'nun cezaların tekrarlanan suçlara uygulanmasını öngören 80. maddesini uygulamadıklarını belirtmekte ve dolayısıyla hakkında yürütülen ceza davalarının haksız olduğunu ileri sürmektedir. Başvuran, AİHS'nin 6. maddesine atıfta bulunmaktadır.

A. Askeri mahkemenin bağımsız ve tarafsız olması hakkında

1. Genel ilkeler

AİHM, öncelikle bir mahkemenin 6. maddenin 1. paragrafı anlamında “bağımsız” olup olmadığını belirlemek için, özellikle mahkeme üyelerinin atanma şekli ve süresi, dış baskılara karşı bir koruma mekanizmasının bulunup bulunmadığı ve bağımsız olmadığı yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği gibi kıstasların dikkate alınması gerektiğini bir kez daha kaydetmektedir (bakınız, diğer birçoğu arasından, *Yunanistan aleyhine Zolotas davası*, n° 38240/02, prg. 24, 2 Haziran 2005). Bir mahkemenin tarafsız olup olmadığı incelenirken ise, durumun mevcut davanın özel bağlamında, objektif bir girişime göre, yani hiçbir şüpheye mahal vermeksizin yargıca yeterli güvence verilip verilmediğine bakılarak belirlenmesi gerekmektedir (bakınız, diğer birçoğu arasından, *Avusturya aleyhine Bulut davası*, 22 Şubat 1996, prg. 31, *Derleme 1996-II*, ve *İsviçre aleyhine Thomann davası*, 10 Haziran 1996, prg. 30, *Derleme 1996-III*).

Bu hükmün altındaki anlamıyla "tarafsızlık" şartı konusunda uygulanacak iki test vardır: Birincisi belirli bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaati konusundaki kararı içerir. İkincisi ise hakimin yasal yöndeki şüpheleri uzak tutmak konusunda yeterli garantiyi verip vermediğinin araştırılmasıdır. Söz konusu davanın sadece ikinci testle alakalı olduğu konusuna kimse itiraz etmemektedir. Bu, heyet olan bir makama uygulandığında heyet üyelerinin kişisel davranışlarından uzak olarak tarafsızlığına şüphe getirebilecek araştırılabilir gerçeklerin olup olmadığına karar vermek anlamına gelir. Bağımsızlık konusunda ise görünümün önemi olabilir. Bir makamın bağımsızlıktan yoksun oluşundan endişe duymak için yasal bir sebebin var olup olmadığına karar verilirken, tarafsız olmadığını savunanların dayandığı nokta önemlidir. Buna rağmen bu kesin değildir. Kesin olan endişenin tarafsız olarak doğruluğunun kanıtlanmasıdır (*Fransa aleyhine Gautrin ve diğerleri davası*, 20 Mayıs 1998, prg. 58, *Derleme 1998-III*). Mevcut davada, tarafsızlığı bağımsızlıktan ayrı tutmak zordur ve bundan dolayı AİHM bunların ikisini beraber ele alacaktır (*Türkiye aleyhine Incal davası*, 9 Haziran 1998, prg. 65, *Derleme 1998-IV*).

Daha sonra AİHM, 6. maddenin 1. paragrafında öngörülen tarafsızlık ve bağımsızlık güvencelerine saygı gösterildiği sürece, AİHS'nin, askeri mahkemelerin ordu mensubu kişiler hakkındaki cezai suçlamaları karara bağlamasını yasaklamadığını hatırlatmaktadır (*Birleşik Krallık aleyhine Morris davası*, n° 38784/97, prg. 59, CEDH 2002-I, *Birleşik Krallık aleyhine Cooper davası* [GC], n° 48843/99, prg. 106, CEDH 2003-XII, ve *Türkiye aleyhine Önen davası* (karar), n° 32860/96, 10 Şubat 2004).

AİHM, askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesine rağmen, başvuranın, alaya katıldığı andan itibaren Türk hukukuna göre asker kabul edildiğini kaydetmektedir. Bu nedenle, başvuranın durumu, henüz sivil konumundayken askeri mahkeme tarafından yargılanarak mahkûm edilen Bay Ergin'in durumundan biraz farklılık göstermektedir (*Ergin*

(n° 6), ilgili bölüm, prg. 54). Yukarıda belirtilen davada, özellikle bir sivilin askerlik hizmeti aleyhine propaganda ile ilgili suçlamalara karşı sadece askeri hakimlerden oluşan bir mahkeme önünde cevap vermek zorunda kaldığı durumlarda, kısmen taraflı davranabilecek ordu mensubu hakimler önüne çıktığı korkusuna kapılmasının anlaşılabilir olduğuna, dolayısıyla ilgili şahsın Genelkurmay Başkanlığı Mahkemesi'nin önyargılı düşünceler doğrultusunda hareket edeceğinden kaygılanabileceğine ve haklı olarak bu mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığını düşünebileceğine hükmederek, AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığını hatırlatmaktadır

AİHM ayrıca, bir askeri subayın askeri suç işlediğine hükmettiği *Türkiye aleyhine Önen* (ilgili karar) davasında askeri mahkeme önünde görülen bir ceza davası çerçevesinde bir mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığına dayalı şikâyeti incelediğini hatırlatmaktadır. Bu davada AİHM, özellikle bir askeri idare mahkemesi ile bir hukuk mahkemesinin karşı karşıya geldiği bir davaya dayanarak, bu şikâyeti reddetmiştir (*Türkiye aleyhine Yavuz ve diğerleri davası* (karar), n° 29870/96, 25 Mayıs 2000).

2. Bu ilkelerin mevcut davada uygulanması

Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün 13 Ekim 2008 tarihli kararından çıkan sonuca göre, Türk ceza hukukunda, bir kimse ancak kıtasına katıldıktan sonra asker olarak kabul edilir. Bununla birlikte AİHM'nin kanaatine göre, yargılanabilir sıfatının belirlenmesinde, görünüşlerin ötesine gidilmesi ve ihtilafli durumun gerçekliğinin araştırılması daha uygun olacaktır.

AİHM, Bay Demirtaş'ın zorla askere alındığını ve askerlik hizmeti boyunca asker sıfatını hiçbir zaman kabul etmediğini not etmektedir. AİHM'nin kanaatine göre, başvuranın durumu muvazzaf askerler ile bir tutulamaz. Muvazzaf askerler, böyle bir kariyer yapmak suretiyle, kendi istekleri doğrultusunda, sivillere uygulanması mümkün olmayan, ancak doğası gereği ordu mensuplarına bazı hak ve özgürlükler konusunda birtakım sınırlamalar getiren bir askeri disiplin sistemine boyun eğmişlerdir. (bakınız, *gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Türkiye aleyhine Kalaç davası*, 1 Temmuz 1997, prg. 28, *Derleme* 1997-IV). Oysa başvuran, dini inançları nedeniyle her türlü askerlik hizmetini reddetmiştir.

AİHM, Bay Demirtaş gibi hiçbir zaman ordu hizmetine girmeyi kabul etmeyen ve sadece askeri suçlardan dolayı askeri mahkeme önünde yargılanan bir vicdani retçinin, biri muvazzaf subay olan üç askeri hakim heyeti tarafından yargılanırken korkmasının tamamen anlaşılabilir bir durum olduğunu kaydetmektedir. Bununla birlikte böylesi bir güvensizlik, 6. maddenin 1. paragrafının kesin olarak ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli değildir: burada, askeri mahkeme heyetinde yer alan askeri hakimlerin ilgili şahsa sundukları güvencelerin de dikkate alınması uygun olacaktır.

Askeri hakimlere sunulan güvenceler konusunda AİHM, T.C. Anayasa Mahkemesi'nin, askeri mahkemelere bir muvazzaf subayın katılmasını ve askeri hakimleri askeri disiplin ve puanlamaya tabi tutan hükümleri T.C. Anayasası'nın 138 ve 140. maddeleri anlamında anayasal ilke olan mahkemelerin bağımsızlığı ile uyuşmadığı yönünde aldığı 7 Mayıs 2009 tarihli kararındaki değerlendirmeleri aynen benimsemektedir. Ayrıca, yakın tarihte yapılan anayasa değişikliğine göre, yasama organının, askeri mahkemeler konusunda kanun çıkarırken « ordunun gereksinimlerini » dikkate almak zorunda olmadığını not etmek gerekir.

Yukarıdaki tespitler ışığında AİHM, vicdani retçi olan başvuranın askeri bir suçtan dolayı sadece askerlerden kurulu bir mahkeme heyeti karşısında yargılanmaktan ve tamamen ordu

mensubu hakimlerin davanın bir bölümünde taraflı davranabileceğinden kaygı duymasının anlaşılabilir olduğu kanaatine varmaktadır. Bu nedenle, ilgili şahıs haklı olarak askeri mahkemenin önyargılı düşüncelerin etkisinde taraflı değerlendirmeler yapacağından endişe duyacaktır. Dolayısıyla, başvuran tarafından bu mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda dile getirilen şüphelerin meşru bir dayanağı olduğu kabul edilebilir (bakınız, *gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Incal*, ilgili bölüm, prg. 72 sonunda).

Bu itibarla, AİHS'nin 6. maddesinin 1. paragrafı ihlal edilmiştir.

B. Yargılamanın adilliği hakkında

Başvuran, yetkili merciler kendisine eski Türk Ceza Kanunu'nun cezaların tekrarlanan suçlara uygulanmasını öngören 80. maddesini uygulamadıkları için, hakkında yürütülen ceza davalarının adil olmadığı kanaatindedir.

Söz konusu şikâyetleri inceledikten sonra AİHM, bunların mevcut davada incelenen diğer şikâyetlerle hemen hemen aynı olgulara dayandığını tespit etmektedir. Bu nedenle AİHM, yargılamanın adil olmadığı iddiasına dayalı şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır.

V. AİHS'NİN 5, 7 VE 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, yoklama listesine ilişkin belgeleri hiçbir zaman imzalamadığı için asla asker olmadığını ve hep sivil kaldığını savunmaktadır. Bu bağlamda, başvuran, birçok kez sivilleri yargılama yetkisi olmayan askeri mahkemeler tarafından tutuklanmasından şikâyetçi olmakta ve bu özgürlükten yoksun bırakmaların yürürlükteki iç hukuk mevzuatına uygun olmadığını iddia etmektedir. Başvuran aynı zamanda, kanaatince yasadışı olan bu tutukluluk dönemleri için tazminat davası açma imkânı sağlayan bir itiraz yolu bulunmadığından şikâyetçi olmakta ve bu bağlamda AİHS'nin 5. maddesinin 1 ve 5. paragraflarına atıfta bulunmaktadır.

Ayrıca AİHS'nin 7. maddesi kapsamında başvuran, ister cezai, ister askeri ve isterse sivil olsun hiçbir yasa metninde, askere çağırılan bir kişinin yoklama listelerine kayıtla ilgili belgeleri imzalamamasının suç teşkil ettiğini belirten açık bir hüküm bulunmadığını ileri sürmekte ve dolayısıyla suç ve cezaların yasallığı ilkesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmaktadır.

Son olarak, AİHS'nin 13. maddesine atıfta bulunan başvuran, sonu gelmeyen kovuşturma ve mahkûmiyet döngüsünün son bulmasına imkân tanıyan etkili bir hukuk yolu bulunmadığından şikâyetçi olmaktadır.

Hükümet, başvuranın bu savına karşı çıkmaktadır.

AİHM, söz konusu şikâyetlerin yukarıda incelenen şikâyetlerle bağlantılı olduğunu kaydetmektedir. Bu şikâyetleri inceledikten sonra AİHM, bunların daha önceki kararda incelenen şikâyetlerle hemen hemen aynı olgulara dayandığını tespit etmektedir.

Bu nedenle AİHM, AİHS'nin 5, 7 ve 13. maddelerine dayalı şikâyetlerin ayrıca incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır.

VI. AİHS'İNİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

A. Tazminat

Başvuran, hakkında yürütülen ve hepsi mahkûmiyetle sonuçlanan ceza davaları sırasında yaşadığı endişe nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü manevi zarar karşılığında 15 000 Euro talep etmektedir.

Hükümet, bu talebin aşırı olduğu kanaatindedir.

AİHM, başvurana talep ettiği 15.000 Euro tutarının tamamının ödenmesi gerektiği kanaatine varmaktadır.

B. Yargılama masraf ve giderleri

Başvuran ayrıca, ulusal mahkemeler ve AİHM önünde görülen yargılama masraf ve giderleri için 19.600 Euro talep etmekte ve bu talebi ile birlikte bir avukat ücreti sözleşmesi sunmaktadır.

Hükümet, bu talebin aşırı olduğu kanaatindedir.

AİHM, yerleşik içtihadına göre, yalnızca gerçekliği ve gerekliliği ispat edilmiş makul tutardaki yargılama masraf ve giderlerinin ödenebileceğini hatırlatmaktadır. Mevcut davada, elindeki belgeleri ve içtihadını dikkate alan AİHM, tüm masraf ve giderler için başvurana 5.000 Euro ödenmesinin makul olacağı kanaatine varmaktadır.

C. Gecikme faizi

AİHM, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faiz oranına üç puanlık bir artış eklenerek belirlenmesini uygun görmektedir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, AİHM, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun *kabuledilebilir olduğuna*;
2. AİHS'nin 3. maddesinin *ihlal edildiğine*;
3. AİHS'nin 9. maddesinin *ihlal edildiğine*;
4. Mahkemenin bağımsızlıktan ve tarafsızlıktan yoksun bulunması nedeniyle AİHS'nin 6/1 maddesinin *ihlal edildiğine*;
5. AİHS'nin 5, 7, 13 ve adil yargılama hakkındaki 6. maddesinin ayrıca incelenmesine *gerek olmadığına*;
6. a) AİHS'nin 44/2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden TL'ye çevrilmek üzere, Savunmacı Devlet tarafından başvurana:

i. her türlü vergiden muaf olmak üzere 15.000 (on beş bin) Euro manevi tazminat *ödenmesine*;
ii. her türlü vergiden muaf olmak üzere yargılama masraf ve giderleri için 5.000 (beş bin) Euro *ödenmesine*;

b) yukarıda belirtilen sürenin sona erdiği tarihten ödemenin yapılmasına kadar geçen süre için, sözkonusu meblağlara, Avrupa Merkez Bankası'nın anılan dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranına üç puanlık bir artış eklemek suretiyle belirlenecek basit faiz *uygulanmasına*;

7. Adil tatmine ilişkin *diğer taleplerin reddine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AIHM'nin iç tüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 17 Ocak 2012 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Mevcut karar ekinde AIHS'nin 45/2 ve İçtüzüğü'nün 74/2 maddesine uygun olarak Yargıçlar A. SAjo ve D. Popovic'in mutabık oy görüşü yer almaktadır.