

Esas Sayısı : 2014/34

Karar Sayısı : 2014/79

Karar Günü : 9.4.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 5. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendinin Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Ankara İl Jandarma Komutanlığında uzman sivil memur olarak görev yapan davacının, 2011 yılı askerî hâkim alım sınavına katılmak amacıyla yaptığı başvurunun "askerliğini kısa dönem er olarak yaptığı" gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun "Kaynaklar" başlıklı 2. maddesinde "Askeri hakim ve askerî savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan sağlanacağı hususunun düzenlendiği, aynı maddenin (E) fıkrasında kaynaklardan biri olarak gösterilen "Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının Ankara İl Jandarma Komutanlığı emrinde "uzman sivil memur" statüsünde görev yaparken 2011 yılı Türk Silahlı Kuvvetleri Askeri Hakim alımlar sınavına girmek için yaptığı başvurusunun "askerlik hizmetini, kısa dönem er olarak yapmış olması" gerekçesiyle 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin (E) fıkrası doğrultusunda reddedildiği anlaşıldığından, davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemin dayanağı olan 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin (E) fıkrasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddiası dikkate alınarak Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi gerekli görülmüştür.

Anayasa'nın 145. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında; "Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir. Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı,

başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesinin hukuk devletini geniş bir şekilde tanımladığı kararları da vardır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 tarih ve K. 1991/43 sayılı kararında şöyle demiştir: “Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez.”

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesini çok geniş bir şekilde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, hukuk devleti kavramı içinde, insan hakları, adalet, eşitlik, Anayasaya saygı, hukukun üstün kurallarına saygı, evrensel hukuk kurallarına saygı, yargı denetimine tâbi olma gibi unsurlar bulunmaktadır.

Kişilerin, devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar. Ayrıca, Devletin, yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa'nın 5. maddesinin de bir gereğidir. (Anayasa Mahkemesinin 20.5.2010 tarih ve E:2009/34, K:2010/72 sayılı kararı)

Anayasa'nın 10. maddesinde; “Herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu; kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı; hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı; devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları” hüküm altına alınmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesinde; “Ayrımcılık yasağı bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.” hükmüne yer verilmiştir.

Sözleşmenin 14. maddesi; eşitlikle bağdaşmayan ayrımcı eylemlere ilişkindir. Haklı nedenlere dayanmayan ayrımcı bir eylem ya da farklı işlem, hak ve özgürlüklerin eşitlik koşullarına uygun biçimde kullanılmasını doğrudan yasaklama ve/ya da kısıtlama biçiminde gerçekleştirilebileceği gibi, hak öznelerinin dışlanması ya da yeğlenmesi biçiminde de kendini gösterebilir.

Eşitlik kurali ve ayırım yasağı aynıyet veya benzerlik gösteren durum ve kişiler için geçerli olup farklı koşullar ve durumlar bakımından ayırım yapılması mümkündür. Sözleşme ile teminat altına alınan haklarla ilgili her türlü ayırım yasaklanmış olmadığı gibi eşitlik de mutlak değildir. Farklı durum ve koşullar için ayırım mümkündür ama ayırım meşru olması için objektif ve makul bir nedene dayanması, meşru bir amaca yönelik olması ve amaç / araç orantısının makul olması gereklidir.

Askerliğini kısa dönem er olarak yapmış olanlar ile askerliğini hiç yapmamış ya da yedek subay olarak yapmış erkek vatandaşlar arasında ayırım getiren 357 sayılı Yasa'nın kaynaklar başlıklı 2. maddesinin (E) bendinin; farklı düzenleme getirmesinin haklı bir nedeninin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; kamu yararı ve haklı nedenin, "anlaşılabilir", "amaçla ilgili", "makul ve adil" olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir.

Nitekim İHAM Belçika Eğitim Dili Davası'nda; "Belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir...Makul bir sebebin var olup olmadığı, ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedefler arasındaki orantılık söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilir." yorumu getirilmiştir.

Anayasa'nın 70. maddesinde; "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." hükmüne yer verilmiştir.

Kanun'un getirdiği sınırlayıcı hükmün amacı meşru ve kamu yararına uygun olsa dahi, amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olmadığı durumlarda, kısıtlayıcı hüküm amaca hizmet etmiyorsa eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir. 357 sayılı Yasada belirtilen koşulları taşıyan erkek vatandaşların, vatani görevlerini kısa dönem er olarak yapmaları durumunda, vatani hizmetlerini yapmaları Askeri Hakimlik sınavına başvuru yapmalarına engel bir hal oluşturmaktadır. Kişinin vatani görevini kısa dönem er olarak yapmaması, görevin gerektirdiği bir nitelik sayılmamalıdır.

Vatan hizmetinin, Anayasa'nın siyasi hak ve ödevler kısmında ödev olarak düzenlendiği, vatandaşların bu ödevi yerine getirmelerinin Anayasal zorunluluk olduğu, vatandaşların vatan hizmetini yapmama gibi bir tercih hakkının bulunmadığı, Anayasal ödevin layıkıyla vatandaşlar tarafından yerine getirilmesi üzerine kendi aleyhlerine bir durum yaratmaması gerektiğinin kabulü ile kamu hizmetlerine girme hakkının, siyasi haklar ve ödevler kısmında bir hak olarak düzenlendiği ve hizmete alınmada görevinin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceğine ilişkin amir hüküm karşısında, kamu hizmetinin sağlanmasına yönelik askeri hakim kaynakları arasında askerlik hizmetini yapmamış olmak gibi bir hüküm getirip, askerlik hizmetini kısa dönem er olarak yapmış olanlar aleyhine ayırma gidilmesi hukuka aykırıdır.

Uyuşmazlık konusu işleme dayanak gösterilen Kanun maddesi kapsamında hukuk fakültelerinden mezun olan erkek vatandaşların, vatani görevlerini kısa dönem er olarak yapmaları durumunda, artık 357 sayılı Yasanın "Kaynaklar" başlıklı maddesinde düzenlenen hiçbir fıkra kapsamında Askeri Hakim sınavına başvuruları kabul edilemeyecektir. Oysaki aynı konumda askerlik hizmetini henüz yapmamış olan hukuk fakültesi mezunu bir kişinin, Askeri Hakimlik sınavına başvurusu 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesi (E) fıkrası uyarınca kabul edilecektir.

Öte yandan, Türkiye'de zorunlu askerlik hizmeti uygulandığı, Yasaya göre Türkiye Cumhuriyeti uyuşundaki her erkek için 20 yaşına geldiğinde ilk askerlik yoklamasının yapıldığı, günümüzde uzun dönem (tam dönem) zorunlu askerlik süresinin 15 ay, Yüksek öğrenim bitirenler için zorunlu hizmet süreleri yedek subay olanlar için 12 ay, kısa dönem er olanlar için 6 ay olduğu, Ön lisans mezunlarının er/erbaş statüsünde uzun dönem askerlik yaptığı, lisans, yüksek lisans veya doktora mezunlarının ise yedek subay adayı olarak askerlik şubelerine müracaat edebildikleri, ancak Türk Silahlı Kuvvetlerinin o anki subay ihtiyacına ve kişinin kendi isteğine göre kişi uzun dönem yedek subay olarak 12 ay (aylıklı) ya da 6 ay Kısa Dönem Er/Erbaş olarak zorunlu askerlik görevlerini tamamladıkları bilinmekte olup, askerlik hizmetinin bir vatan hizmeti olduğu gerçeği karşısında davacının vatan ödevini yerine getirdiği gerekçesiyle başvurusunun kabul edilmemesinin adeta cezalandırıcı bir boyutu olduğu düşünülerek ilgili sınav için yapılan başvurunun sırf askerliğini kısa dönem er olarak yaptığı gerekçesiyle reddedilmesi Anayasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Bu itibarla, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin (E) fıkrası Anayasa'nın 2., 10., 70. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. maddesinin 1. fıkrası ile 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bir davaya bakmakta olan Mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması öngörüldüğünden; 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun "Kaynaklar" başlıklı 2. maddesinin (E) fıkrasının, Anayasanın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından, anılan hükmün iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyasının onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar 5 ay süreyle davanın geri bırakılmasına. 04.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 2. maddesi şöyledir:

"Kaynaklar:

Madde 2- Askerî hâkim ve askerî savcı ihtiyacı aşağıda belirtilen kaynaklardan sağlanır:

A) Muvazzaf subay olan isteklilerden, üniversitelerce aranyorsa, hukuk fakültelerine giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

B) Askerî liseleri bitirerek harb okullarına kabul olunan isteklilerden, üniversitelerce aranyorsa, hukuk fakültelerinin giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

C) Kutada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar.

D) (Ek: 19/1/1981 - 2372/1 md.; Değişik: 1/6/2005 – 5359/1 md.) Harp okulu mezunu ya da en az dört yıllık fakülte veya yüksekokulu Türk Silâhlı Kuvvetleri nam ve hesabına okuyarak muvazzaf subay nasbedilenlerden veya 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre dış kaynaktan muvazzaf subay nasbedilenlerden hukuk fakültesi mezunu üsteğmen rütbesinde veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında bulunanlar. Bu subayların taşınmaları gereken diğer özel şartlar yönetmelikle belirlenir.

E) (Ek: 22/9/1983 - 2894/1 md.; Değişik: 1/6/2005 – 5359/1 md.) Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar.

F) (Ek: 24/5/1989 - 3562/1 md.) Liseleri bitirerek hukuk fakültelerine devam hakkını kazanmış olanlar ile hukuk fakültelerinde okudukları sınıfta başarı ile geçenlerden lüzum ve ihtiyaç duyulduğunda askerî öğrenciliğe kabul edilip, öğrenimlerini tamamlayanlar.

(Değişik: 19/1/1981 - 2372/1 md.) Bu kaynaklardan faydalanmaya ilişkin şekil ve esaslar, Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine, Milli Savunma Bakanlığınca tespit olunur.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İctüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 18.2.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü üzere:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

Mahkemede bakılmakta olan davanın konusunu, davacının 2011 yılı askerî hâkim alım sınavına katılmak amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem oluşturmaktadır. Mahkemeye gönderilen bilgi ve belgelerden, idari işlemin, davacının askerliğini tamamladıktan sonra hâkimlik sınavına başvurmuş olması nedeniyle talebin reddi

yolunda tesis edildiği anlaşılmaktadır. Askerliğini yapanların askerî hâkim olamaması, itiraz konusu kuralda yer alan “...ve henüz askerliğini yapmamış...” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, anılan ibare davada uygulanacak kural olup itiraz konusu kuralın kalan bölümünün bakılmakta olan davadaki uyumsuzluğun çözümüne bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 357 sayılı Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendine ilişkin incelemenin “...ve henüz askerliğini yapmamış...” ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

B- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, askerlik hizmetini kısa dönem olarak yapanların askerî hâkim olmasının engellendiği, askerlik hizmetinin zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken anayasal bir ödev olduğu gözetildiğinde, askerî hâkim olabilmenin “kısa dönem askerlik yapmamış olmak” şartına bağlanmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ve askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği bir şart olmadığı, ayrıca hukuk fakültesi mezunu erkek vatandaşlardan henüz askerliğini yapmamış olanların askerî hâkim olabilmesi mümkün iken askerliğini kısa dönem olarak yapanların askerî hâkim olamamalarının eşitlik ilkesini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun’un 2. maddesinde, askerî hâkim ve askerî savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan sağlanacağı düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasının itiraz konusu (E) bendinde, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadınlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanların askerî hâkim ve askerî savcı olabilmelerine imkân sağlanmaktadır. Sözü edilen bentle, diğer bentlerde sayılanların yanında, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadın ve erkek Türk vatandaşlarının da askerî hâkim olabilmelerine olanak tanınmakta, ancak itiraz konusu ibareyle, erkek vatandaşlar yönünden bu hak, “askerliğini yapmamış olmak” şartına bağlanmaktadır. Buna göre, askerliğini uzun dönem veya kısa dönem er ya da erbaş olarak yapanlar ile yedek subay olarak yapanların, hukuk fakültesini tamamlamış olsalar bile askerlik görevleri bittikten sonra askerî hâkim ve askerî savcı olabilmeleri mümkün değildir.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa’nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin birinci fıkrasında, “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” denilmiş; ikinci fıkrasında ise “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmüne yer verilmiştir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hükmü getirilmekle, bir yandan kamu hizmetine alımda aranacak koşulların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi

tanınmakta, diğer yandan da öngörülecek koşulların görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması gereği vurgulanarak kanun koyucunun bu takdiri sınırlanmaktadır.

Askerî hâkimlik mesleği, başta hukuk formasyonu olmak üzere sivil hâkimlerde aranan kimi niteliklerin yanında, askeri hizmetin özelliklerine vâkıf olmayı da gerektirebilmektedir. Bu nedenle, askerî hâkimlik görevinde bulunacaklarda, sivil hâkimlerden farklı olarak askeri hizmetin gerektirdiği farklı bir takım şartların aranması kanun koyucunun takdirindedir. Ancak öngörülen şartların, askerî hâkimlik ve askerî savcılık mesleklerinin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması ve ayrıca hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçüsünü zedelememesi gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralla, askerî hâkim olabilmek için askerlik hizmetinin yapılmamış olması şartı getirilmiştir. Önceden zorunlu askerlik hizmetini yapmış olmanın, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği hangi niteliklerle uyumlu olamayacağı hususu, gerek Kanun'un 2. maddesine gerekse bu maddede sonradan yapılan değişikliklere ilişkin yasama süreçlerinden anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan, askerliğini yapmış olmanın, askerî hâkimlik görevinin nitelikleriyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmayı haklı kılacak objektif bir neden de tespit edilememektedir. Esasen, askerî hâkimlik mesleğinin gerektirdiği özellikler, adaylık döneminde verilecek eğitimlerle kazandırılabilen ve bu dönemde, adayın askerî hâkimlik hizmetinin gerektirdiği donanım ve niteliklere sahip olması temin edilebilmektedir. Kişinin önceden zorunlu askerlik hizmetini yapmış olması, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği tarafsızlık ve diğer niteliklere sahip olamayacağının karinesi olarak da görülemez. Kaldı ki, kişinin askerî hâkimlik mesleğine elverişli olmadığına sonradan anlaşılması durumunda gerek bir yıllık adaylık döneminde gerekse üç yıllık yardımcılık döneminde Türk Silahlı Kuvvetleriyle işiğinin kesilmesi mümkündür. Bu itibarla, askerî hâkimlik mesleğine alınmada aranan, "askerliğini yapmamış olmak" şartının, Anayasa'nın 70. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında görevin gerektirdiği bir nitelik olduğu söylenemez.

Öte yandan, Anayasa'nın 72. maddesinde, vatan hizmeti olarak nitelenen askerliğin, her Türkün hakkı ve ödevi olduğu belirtildikten sonra, bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceğinin veya getirilmiş sayılacağına kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu yetkiye dayanılarak çıkarılan 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 1. maddesiyle, askerlik hizmeti, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkeğe mecburi kılınmıştır. Her erkek Türk vatandaşının Anayasa ve kanunlar çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü olduğu bir vatani görev olan zorunlu askerlik hizmetinin ifasının, askerî hâkimlik ve askerî savcılık mesleğine alınmama nedeni olarak kurallaştırılması ve bu suretle askerlik hizmetine olumsuz bir sonuç bağlanması, hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgili görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

A- (E) bendine ilişkin esas incelemenin "...ve henüz askerliğini yapmamış..." ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

B- (E) bendinde yer alan "...ve henüz askerliğini yapmamış..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ile M. Emin KUZ'un karşıoıları ve OYÇOKLUĞUYLA,

9.4.2014 gütünde karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRÇÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.10.1963 tarih ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 2. maddesi, askeri hâkim ve askeri savcı ihtiyacının, sayılan altı ayrı kaynaktan sağlanacağını hüküm altına almaktadır. Anılan maddenin iptal istemine konu (E) bendinde, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren “ve henüz askerliğini yapmamış” erkek vatandaşlardan istemde bulunanların da askeri hâkim olarak başvuruda bulunacakları hüküm altına alınmış; Anayasa Mahkemesince “...ve henüz askerliğini yapmamış...” ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Hangi kaynaklardan askeri hâkim istihdam edileceği hususu yasa koyucunun takdir hakkı içerisinde olup, askerlik hizmetinin özelliği ve gerekleri dikkate alınarak bu yetki yasa koyucu tarafından kullanılmış ve iptal istemine konu (E) bendinde kendi hesabına hukuk fakültelerini bitiren erkek vatandaşlardan yalnız “askerliğini yapmamış olanların” başvuruda bulunabilecekleri esası öngörülmüştür. Esasen 2. maddenin (c) bendinde, kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar bakımından da bir imkân öngörülmüştür. Kaldı ki potansiyel askeri hâkim kaynakları sadece 2. maddede sayılanlarla da sınırlı değildir. Örneğin, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapmakta olan astsubaylar ve devlet memurlarından bir hukuk fakültesini bitirenler de, maddede sayılmadıkları için askeri hâkimliğe kabul edilemeyecektir. Çoğunluk gerekçesi dikkate alındığında, bu statüdekiler yönünden de bir “olumsuz düzenleme”nin, dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığın ileri sürülmesi kaçınılmazdır. Oysa askerlik hizmetinin özelliği ve gerekleri yasa koyucu tarafından dikkate alınarak, sadece altı bent halinde sayılan kaynaklardan istifade yoluna gidilmiştir.

Söz konusu ibarenin iptali (E) bendindeki kuralın genişletilmesi sonucunu doğurduğu gibi, kanaatimizce, mevcut kuralın Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'ya uygun olduğunu değerlendirdiğimizden; iptale yönelik çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Nuri NECİPOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

357 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının “Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar” şeklindeki (E) bendinin Anayasaya aykırılığı itirazında bulunulması üzerine, bu bentte geçen “... ve henüz askerliğini yapmamış...” ibaresinin Anayasanın 2. ve 70. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

1- 357 sayılı Kanunun 2. maddesinde askeri hâkim ve savcı ihtiyacının karşılanacağı kaynaklar sayılmakta; iptaline hükmedilen ibarenin de bulunduğu (E) bendinde ise hukuk fakültesini bitiren erkek vatandaşların askeri hâkim ve savcı olabilmesi, askerliğini yapmamış olma şartına bağlanmaktadır.

Anılan maddede altı bentte sayılan kaynaklar incelendiğinde, askerlik hizmetini yedeksubay veya uzun ya da kısa dönem er yahut erbaş olarak tamamlamış

olanların bunlar arasında bulunmadığı görülmektedir. Böylece, kanun koyucunun henüz askerliğin yapılmamış olmasını görevin gerektirdiği nitelikler arasında değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Anayasanın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin ikinci fıkrasında, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Kararda, anılan hükme göre, hizmete alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu, ancak bu takdirin sınırlı olduğu ifade edilerek itiraz konusu kurala ilişkin takdir yetkisinin de askerî hâkimlik ve savcılık mesleklerinin gerektirdiği niteliklerle sınırlı olduğu; askerliği yapmamış olmanın görevin gerektirdiği bir nitelik olmadığı; askerlik hizmetinin anayasal bir görev olması karşısında bu görevin ifa edilmiş olmasının askerî hâkimliğe alınmama sebebi olarak öngörülmesinin, hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı belirtilmektedir.

Kararda da belirtildiği üzere, askerî hâkimlik mesleği, diğer hâkim ve savcılarda aranan niteliklerin yanında, askerî hizmetin özelliklerine vâkıf olmayı da gerektirdiğinden, bazı ilâve şartların aranması kanun koyucunun takdirindedir. Anayasanın ilgili hükmünde açıkça öngörülme ve kanuna bırakılan niteliklerin belirlenmesi konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bu itibarla, kanun koyucunun, askerî hâkimlik görevine alınacaklarda aranacak şartları belirlemede takdir yetkisini kullanırken aradığı “askerliğini yapmamış olma” şartının, görevin gerektirdiği niteliklerden olup olmadığının belirlenmesi anayasallık denetiminin dışındadır. Maddenin (A), (B), (C), (D) ve (F) bentlerinde öngörülen şartlar gibi (E) bendinde öngörülenler de yasama organının, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği nitelikler olarak değerlendirip aradığı şartlardır. Anayasa gereğince söz konusu nitelikleri belirleme yetkisi yasama organına aittir. Yasama organının takdir yetkisini kullanırken belirlediği mezkûr niteliklerin görevin gerektirdiği niteliklerden olmadığını belirtmesi yerindelik denetimine girer.

2- Maddenin altı bendinde sayılan niteliklerin birbiriyle uyumlu olduğu ve aynı hukukî durumda bulunanlar arasında farklı düzenlemeler öngörmediği de anlaşılmaktadır. Bu sebeple kanun koyucunun anılan şartları belirlerken “askerliğini yapmamış olma” şartını öngörmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı yönündeki tespiti katılmak da mümkün değildir.

3- Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu kuraldaki “...ve henüz askerliğini yapmamış...” ibaresinin iptali, anılan kural ile getirilen imkânın, yasama organının öngördüğü şartları taşımayanlara da tanınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, düzenlemenin kapsamı kanun koyucunun öngörmediği ölçüde ve yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

Bu sebeplerle, iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ