

"...

## II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

*"357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun "Kaynaklar" başlıklı 2. maddesinde "Askeri hakim ve askeri 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 bulundukları 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 sağlamlaştırmakla 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 kuralı 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 orantılılık 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 ayrıma 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 uyruğundaki 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 düşünüldüğünde 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." "*