

“ ...

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 1632 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 13'ün birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

7329 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na “Yakalama ve Tutuklama” başlıklı ek madde 13 eklenmiştir. Söz konusu ek maddenin geçici yakalamayı düzenleyen birinci fıkrasına göre; asker kişi, a) kişiye suçu işlerken rastlanması veya b) suçüstü bir fiilden dolayı; izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde; herkes tarafından geçici olarak yakalanabilecektir. Anılan fıkra hükmü, Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce anılan ek maddeye konu asker şahıs statüsüne sahip kim-seleri belirlemekte fayda bulunmaktadır. 1632 sayılı Kanun'un “Askeri şahıslar” başlıklı 3. maddesine göre askerî şahıslar, mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (bir koruma tedbiri olarak) “Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler” başlıklı 90. maddesinin birinci fıkrası:

“Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması” şeklindedir.

a) Yürürlükte bulunan düzenleme bakımından: Anılan ek maddenin birinci fıkrasının ve anılan 90. maddenin birinci fıkrasının lafzından anlaşılacağı üzere; geçici yakalama bakımından genel hüküm, 5271 sayılı Kanun; özel hüküm, 1632 sayılı Kanun'dur. Ancak bu özel hüküm, genel hükmün tekrarı niteliğinde olup herhangi bir farklılık, ayırt edicilik ihtiva etmemektedir. Diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde aynı basamakta bulunan, aynı konuyu - aynı anda düzenleyen iki hükümden hangisinin somut olaya uygulanacağını tespit etmeye, hükümler arası çatışmayı çözmeye hizmet eden Lex specialis derogat legi generali (Özel Kanun Genel Kanunları İlga Eder) ilkesinin işletilmesini gerektirecek bir durum da söz konusu değildir. Zira, özel hüküm (ek maddenin birinci fıkrası), genel hükmün (90. maddenin birinci fıkrası), asker şahıslar bakımından yinelenmesinden ibarettir. Bu nedenle asker kişilerin geçici olarak yakalanmasının ayrı bir ek maddeyle (birinci fıkrasıyla) düzenlenmesinde kamu yararı yoktur. Halbuki Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Diğer bir deyişle a) kişiye suçu işlerken rastlanması veya b) suçüstü bir fiilden dolayı; izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde; asker kişinin de herkes tarafından geçici olarak yakalanabilmesine imkan veren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinin birinci fıkrası yürürlükte iken (Zira bu fıkra, asker ve asker olmayan kişileri tefrik etmemektedir.); anılan ek madde 13'ün (söz konusu 90. maddenin birinci

fıkrasının lafzını aynen tekrarlayan) birinci fıkrasının niçin düzenlendiği temellendirilememektedir. Öyle ki; 5271 sayılı Kanun'un anılan 90. maddesinin asker şahısların geçici olarak yakalanması bakımından uygulanabilirliğine ilişkin meşru ve makul herhangi bir şüphe mevcut değildir. Öte yandan kanun koyucunun, ulusal savunmaya ilişkin kamu hizmeti gören asker kişilerin geçici olarak yakalanmasını düzenlerken; kolluk görevi ifa eden polis ve bekçiler bakımından niçin bu türden bir hüküm öngörmediği de gerekçelendirilememektedir. Mevzuatta aynı amaca hizmet eden bir hüküm varken; iptali talep edilen fıkraya neden ihtiyaç duyulduğu; iptali istenilen fıkranın ratio legis'inin ne olduğu anlaşıl原因amamaktadır. Genel hükmü tekrar eden bir özel hüküm öngören kanun koyucu, abesle iştiğal etmektedir. Yok eğer kanun koyucunun abesle iştiğal etmediği kabul edilirse, bu defa, iptali istenen özel hüküm gerekli addeden kanun koyucu; 5271 sayılı Kanun'un 90. maddesindeki genel hükmün kişi bakımından uygulanma alanıyla ilgili olarak normatif bir bulanıklık yaratmakta ve söz konusu genel hükme ilişkin olarak yarattığı söz konusu belirsizliğin, asker şahıslara uygulanırlık bakımından özel bir hüküm öngörülmemeyen başka durumlarda, mevzuatın geneline sirayet etmesini mümkün kılmaktadır. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

b) Kişi hürriyeti ve güvenliği, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Öte yandan iptali talep edilen fıkra hükmünde, asker kişilerin geçici yakalanmasını gerektiren suçlar bakımından bir ayırım öngörülmemiştir. Asker kişiler, Türk Ceza Kanunu'nda ve diğer ceza kanunlarında yer alan suçların yanı sıra özgü suç niteliğini haiz (7329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 1632 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 11'de kanuni tanımları yapılan) askeri suç ve sırf askeri suçları da işleyebilir. Özellik arz eden askeri suçlar ve sırf askeri suçlara konu fiillerin işlendiğinin ya da suçüstü halinin tespiti, doğası gereği (iptali talep edilen fıkra hükmünde yer alan) herkes tarafından yapılamayacaktır. Söz gelimi herhangi bir vatandaşın, 1632 sayılı Kanun'un (sırf askeri suçlardan biri olan) 66. maddesi gereğince Kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşan bir asker kişinin söz konusu firar suçunu işlediğini belirlemesi, suçun sübut ettiğini tayin etmesi, hayatın olağan akışına göre oldukça güçtür. Öte yandan asker kişi hakkında geçici yakalama yapabilecek kişi kategorisi sınırlandırılmamıştır. Diğer bir deyişle herkes, asker kişiyi geçici olarak yakalayabilecektir. Kanun koyucu, "herkes" sözcüğünü kullanmak suretiyle; vatandaş ve vatandaş olmayan ayırımını yapmamıştır. Söz gelimi bir yabancı, cezai mevzuatımıza vakıf olmadığı halde; asker kişiye bir suçu işlerken rastladığına kanaat getirebilecek ve onu geçici olarak yakalayabilecektir. Buna ilave olarak suçüstü bir fiilden dolayı asker kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olasılığının bulunmaması halinin tespiti de yeterince güç olacaktır. Zira herhangi bir kimse, ilgili şahsın kaçtığını mı yoksa askeri seviyat dahilinde ulaşım halinde olduğunu mu, üzerinde askeri üniforma bulunmayan bir şahsın asker kişi olup olmadığını belirleyemeyecektir. Bu durum ise; (bilhassa terör eylemlerinin yaşandığı bölgelerde) kötüye kullanımlara neden olabilecektir. Dahası geçici yakalama yetkisi kullanılırken; bu yetkiyi kullananın (herkesin) zor kullanma yetkisi yoktur. Silah taşıma ve kullanma yetkisine sahip asker kişileri, geçici olarak yakalayacak kimseyle asker kişi arasında silahlı çatışma çıkması da muhtemeldir. Halbuki demokratik bir toplum düzenine dayanan hukuk devletinde, kötü kullanımlara zemin hazırlayacak bu türden belirsizliklere mahal verilmez. Başka bir anlatımla hukuk devletinin gereklerine rağmen; asker kişiyi geçici olarak yakalayabilecek herkes, bu yetkisini kullanırken herhangi bir kayıt ile sınırlandırılmamıştır.

Oysa yakalama yetkisinin kullanımının sınırlandırılmasının temelinde yakalamanın, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsanları Bildirgesi'nin 3., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve Anayasa'nın 19. maddelerine göre herkese tanınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile doğrudan ilgili olması vardır. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası ve devamında

herkesin şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişi özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir. Anayasa'nın 19. maddesinin amacı bireyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden alıkoymaya karşı korumak olup, maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması ve keyfi uygulamaya yol açmaması gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.2013 tarihli ve 2012/1137 Bireysel Başvuru No'lu Kararı, § 42-44). Diğer bir deyişle Anayasa'nın 19. maddesinde ifadesini bulan kişi özgürlüğü kavramı, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsamaktadır. Bir kimsenin, başkasına zarar vermeden; istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi, yemesi, içmesi, eğlenmesi de şüphesiz "kişi hürriyeti" kavramının içerisinde yer almaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 tarihli ve 1985/8 E., 1986/27 K.; 20.09.1966 tarihli ve 1963/156 E., 1966/34 K. sayılı Kararları). O halde asker kişinin istediği gibi dolaşmasına yönelik bir müdahale olan geçici yakalama yetkisinin kullanımı, kişi özgürlüğünün kayıtlanmasına sebep olacaktır. Bu sınırlandırmanın Anayasa'nın 13. maddesi doğrultusunda yapılması gerekir. Bu hususlardan biri sınırlandırmanın kanunla yapılmasıdır. Nitekim AİHM birçok kararında, iç hukukta özgürlükten mahrumiyete ilişkin şartların açıkça tanımlanmış olması ve kanunun uygulanmasının öngörülebilir olmasının, AİHS'de yer alan "hukuka uygunluk" kriterinin gerçekleşmesi için gerekli olduğuna işaret etmiştir (AİHM'nin 22.11.1995 tarihli, S.W. Birleşik Krallık Kararı, § 35-36).

Başka bir anlatımla, yukarıda sıralanan belirsizlikleri ve açık kötüye kullanım risklerini içerecek şekilde herkese tanınan asker kişiyi geçici yakalama yetkisi, Anayasa'nın 19. maddesinin gerektirdiği asgari güvenceleri taşımamaktadır. Bu durum, asker kişilerin hürriyetinin ve güvenliğinin keyfi bir uygulama ile kısıtlanabilmesine sebep olabilecektir. Öngörülen tek ölçüt, a) kişiye suçu işlerken rastlanması veya b) suçüstü bir fiilden dolayı; izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinin varlığıdır. Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan bu özgürlüğün kısıtlanabilmesi için, Anayasa 13. maddesi gereğince açık, net, nesnel ölçüt barındıran bir kanun hükmünün olması gerekir. Ancak iptali talep fıkra, yakalamaya ilişkin hiçbir açık, net, nesnel ölçüt şart ve görev bulundurmamaktadır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen fıkra hükmüne göre, herkes kendi öznel değerlendirmelerine göre a) kişiye suçu işlerken rastlanması veya b) suçüstü bir fiilden dolayı; izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerini tespit ettiğinde asker kişiyi geçici olarak yakalayabilecek; onların hürriyetini ve güvenliğini kısıtlayabilecektir. Ancak iptali talep edilen fıkra Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunla sınırlandırma ilkesiyle çelişerek, geçici yakalama yetkisinin kullanılmasına neden olacak hallerin nasıl saptanacağına dair açık, net, nesnel ölçütler bulunmamaktadır. İhtilafli düzenleme, bu bakımdan maddi anlamda kanunun niteliksel gerekliliklerini haiz değildir. Demokratik bir toplumda istisnai olarak gerçekleşmesi gereken kişi özgürlüğünün kayıtlanması, ölçülü olmalı ve kişiyi keyfi uygulamalara karşı koruyacak gerekli güvenceler kanun düzeyinde öngörülmelidir. Diğer bir deyişle asker kişi, geçici olarak yakalanacaksa; yakalama şekli ve süresi, yakalandıktan sonra ne yapılacağı, hangi mercilere haber verileceği, tutulup tutulmayacağı, tutulacaksa nerede - ne kadar süre ile tutulacağı kanun tarafından açık şekilde çerçevelenmeli ve yakalama amacına uygun olmalıdır. Zira burada yakalanan, askeri mercilerle ilişkisi olan (söz gelimi emir komuta altına alınması gereken) asker kişidir. Ancak herkes, geçici yakalama yetkisini bir kayıt olmaksızın kullanacağından; herkesin kanunla kendisine tanınan bu yetkiyi ölçülü şekilde ve hukuka uygun kullanması için herkesi zorlayıcı bir neden de bulunmamaktadır. Bu durum, öngörülemeyen ve keyfi uygulamalara yol açmaya elverişlidir. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 13. ve 19. maddelerine aykırıdır.

c) Yaşam ve vücut bütünlüğü hakları bakımından: Yukarıda ifade edildiği üzere, geçici yakalama yetkisi kullanılırken; bu yetkiyi kullananın (herkesin) zor kullanma yetkisi yoktur. Buna karşın; silah taşıma ve kullanma yetkisine sahip asker kişileri geçici olarak yakalayacak kimseyle, asker kişi arasında silahlı çatışma çıkması muhtemeldir. İptali istenen düzenleme; silahlı asker kişilerle geçici yakalamaya çalışan kişi arasında belirgin şekilde mümkün kıldığı silahlı çatışma riski sebebiyle, Anayasa'nın yaşam hakkını ve vücut bütünlüğü hakkını düzenleyen 17. maddesine de aykırıdır. İhtilafli kuralda asker şahısların geçici yakalanmasıyla hedeflenen kamusal yararın, Anayasa'nın 17. maddesinde korunan değerler karşısında üstün addedilmesi olanaksızdır.

d) Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkra, yukarıda anılan sebeplerle yaşam hakkına ve kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi'nin 3., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 5. maddelerini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7329 sayılı Kanunu'nun 3. maddesiyle 1632 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 13'ün birinci fıkrası, Anayasa'nın 2., 13., 17., 19. ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 1632 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 15'in ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "ya da resen" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7329 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na asker kişiler hakkında askeri suçlardan dolayı soruşturma yapılabilmesi için aranan ön koşullardan biri olan soruşturma iznini düzenleyen ek 15. madde eklenmiş ve anılan ek maddede soruşturma izni vermeye yetkili merciler sıralanmıştır. Anılan ek maddenin ikinci fıkrasının son cümlesine göre; general ve amiraller hakkındaki soruşturma izni görev yeri dikkate alınarak ilgisine göre Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının teklifi üzerine ya da resen Milli Savunma Bakanı tarafından verilecektir. Ancak iptali talep edilen "ya da resen" şeklindeki ibarenin işaret ettiği, generaller ve amiraller hakkındaki soruşturma izninin (Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının teklifi olmaksızın) resen Milli Savunma Bakanı tarafından verilebilmesi, Anayasa'ya aykırıdır.

a) Kamu görevlilerinin özlük işlemleri bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Öncelikle generallerin ve amirallerin kamu hukuku açısından statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. Kuvvet Komutanlıklarının sevk ve idaresinden sorumlu ve askeri hiyerarşide yüksek rütbe sahibi olan generaller ve amiraller, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri (başta savunma olmak üzere) yerine getirdiğinden; Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında kamu görevlisidir. Öte yandan işledikleri askeri suçlardan dolayı generaller ve amiraller hakkında verilen soruşturma izni ise; hukuki niteliği itibarıyla cezai muhakemenin yürütülebilmesi adına aranan soruşturma şartı olduğundan; anılan Anayasal hüküm bağlamında özlük işleri kapsamında yer almaktadır.

Diğer bir deyişle Anayasa'nın 128. maddesi gereğince; general ve amiraller hakkında verilecek soruşturma izni dahil olmak üzere özlük işleri, kanun ile düzenleneceğinden; kanun koyucunun bu yetkisini, anayasal sınırlar içinde kullanması gerekir. Ancak iptali talep edilen ibare, kamu görevlileri için getirilen anayasal güvencelerin gereklerini karşılamamaktadır.

Zira iptali talep edilen ibare; generaller ve amiraller hakkındaki soruşturma izninin verilmesi usulüne, izin vermeye yetkili mercie, idari işlemi tesis etmeye yetkili makama ilişkindir. İptali talep edilen ibare uyarınca, Milli Savunma Bakanı, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Kuvvet Komutanı teklif etmese dahi (resen) soruşturma izni verecektir.

İdare, kanunla kendisine bağlı yetki tanındığı hallerde idari işlem tesis ederken; söz konusu bağlı yetkisini hukuka uygun kullanmalıdır; kanunun öngördüğü şartların gerçekleştiğini tespit ettiğinde kanunun öngördüğü sonucu doğuran idari işlemi tesis etmelidir. Ek madde 15'in ikinci fıkrasının son cümlesinde de "verilir" denilmek suretiyle Milli Savunma Bakanı'na bağlı yetki tanınmıştır. Kanun koyucu, anılan bağlı yetkiyi "Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının teklifi üzerine" şeklindeki ibareyle kayıtlamıştır. Burada amaç, Anayasa gereğince bağlı yetkinin kullanımını hukuka uygun kılmaktır. Zira aksi bir durum, Milli Savunma Bakanı'nın amiraller ve generaller hakkında yapılan suç isnadını doğru değerlendirememesine, ordudaki hiyerarşik yapının ve disiplinin bozulmasına, soruşturma izni verilmesinde kayırmacılığa, ordunun siyasallaşmasına neden olabilecektir. Zira Bakanın, doğası gereği, askeri değil sivil statüyü haiz olması dikkate alındığında; soruşturma izni verilmesi hususunda Bakan kendiliğinden / resen yetki tanınması; bu alanın, büsbütün siyasi bakış açısına ve öznel ölçütlere indirgenmesine neden olacaktır. Başka bir deyişle söz konusu kaydı ortadan kaldırmak, kanunun amacıyla (idarenin, Bakanın hukuka uygun davranmasını sağlamak) bağdaşmayacaktır. O halde Bakanın bağlı yetkisini, kayıtlama olmaksızın kullanması, Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının teklifi olmaksızın da resen soruşturma izni vermesi, yol açacağı keyfi uygulamalar itibariyle, Anayasa'nın 128. maddesinin gerekli kıldığı maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerine aykırıdır.

b) Hukuk devleti ilkesi bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle hukuk devleti ilkesi gereğince, kanunun öngördüğü durumlarda idare tarafından bağlı yetkinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin bağlı yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Ancak "Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının" şeklindeki kaydı dışlayıp; Bakan soruşturma izni verilmesi konusunda resen yetki tanımak, bağlı yetkinin kullanımının mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşmesine neden olabilecektir. Diğer bir deyişle baştan amir hüküm ile saptanan idari işlemin neden ve konu unsuru arasındaki bağ kopacak; soruşturma izninin verilmesi gereken (ya da verilmesi gerekmeyen) bir durumda soruşturma izni verilmemesine (ya da verilmesine) yönelik idari işlem tesis edilebilecektir. İptali istenen düzenleme; yol açtığı anılan belirsizlik ve keyfilik itibariyle, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır.

c) İdarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Buna ilave olarak Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır. Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin,

aylık ve ödeneklerinin, diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin kuralların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 164-165).

İdarenin kanuniliği ve kanuni düzenleme ilkeleri gereğince idare tarafından (Milli Savunma Bakanı tarafından) kamu görevlilerinin (generallerin ve amirallerin) özlük işleri (soruşturma izni verilmesi) hakkında idari işlem tesis edilirken esas alınacak ana ilkeler kanunla belirlenmelidir. Burada amaç, idarenin keyfi davranmasını önlemektir. Ancak kanun koyucu bir taraftan idarenin keyfi davranmasını engellemek için (hukuka uygun olarak) "Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının teklifi üzerine" şeklindeki kaydı getirirken, bir taraftan da "ya da resen" şeklindeki ibareyle Bakanın uhdesine (hukuka aykırı olarak) aşırı şekilde geniş, sınırları belli olmayan ve keyfiliğe açık bir yetki alanı bırakmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

d) Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin Bakana verdiği sınırsız yetki, hakkında askeri suç işlediği isnadı olan generaller ve amiraller arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak iptali talep edilen ibarenin, idareye verdiği, ne şekilde kullanılacağına dair ölçütler, nesnel şekilde öngörülmemiş olan ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız yetki, Milli Savunma Bakanı tarafından aynı askeri suçu işlediği iddia edilen iki generalin (veya iki amiralin) biri hakkında soruşturma izni verilip diğeri hakkında verilmemesindeki haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bu durum, benzer durumdaki kişiler arasında muamele farklılığı yaratmak suretiyle, özgül bir disiplin izanını haiz askeri nizamın işleyişini bozacaktır. İhtilaflı düzenleme, bu cihetle, Anayasa'nın 10. maddesi anlamındaki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

e) Kamu hizmetine alımda liyakat ilkesi bakımından: Diğer taraftan Anayasa'nın 70. maddesinde öngörülen kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasının (liyakat ilkesinin), halihazırda kamu hizmeti ifa eden kamu görevlileri açısından da bir güvence olarak esas alınmasını gerektirir. Zira, kamu hizmeti icra eden görevlinin kamu görevine devam edip etmemesinin görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki sebeplere dayandırılması, Anayasa'nın 70. maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir. Bu hakkın amacı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak ise; (nihayetinde Türk Silahlı Kuvvetleriyle ilişkinin kesilmesi sonucunu doğurması muhtemel) soruşturma izninin verilmesine yönelik idari işlemin liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfiliğe yol açmayacak nitelikte olması gerekmektedir. General ve amiraller hakkında soruşturma izni verilmesi hususunda idarenin sınırsız yetkiyle donatılması; söz konusu hakkın, haklarında aynı askeri suç isnadı bulunan generaller ve amiraller bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacak ve kişilerin kamu görevine devam etmelerinin önüne, keyfi ve siyasi mülahazalarla alınmış idari kararların çıkarılmasını mümkün kılacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

f) Disiplin kovuşturulmasında kamu görevlileri için öngörülen güvence bakımından: Öte yandan Anayasa'nın 129. maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında

işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari mercinin iznine bağlıdır. Ancak iptali talep edilen ibarenin içerdiği Anayasa'ya aykırılıklar, idari mercinin iznine ilişkin olarak (maddi anlamda) kanunilik ilkesinin gereklerini de ihlal ettiğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 129. maddesine de aykırıdır. Diğer bir deyişle kamu görevlisi olan generallerin ve amirallerin askeri suçlardan dolayı haklarında yapılan haksız suç isnatlarını bertaraf etmek ve askeri görevin devamını sağlamak amacıyla hüküm altına alınan anayasal güvence (idari mercinin izni); Milli Savunma Bakanının hiçbir kayıt getirilmeksizin uhdesine (sübjektif değerlendirmelerine) bırakılmak suretiyle temin edilememektedir. Söz konusu yetkinin, ihtilafli kural aracılığıyla; nesnel olarak tanımlanmamış, öngörülemez ve keyfi sonuçlara yol açacak bir şekilde ihdası, Anayasa'nın 129. maddesini ihlal etmektedir.

g) Hak arama hürriyeti bakımından: Diğer taraftan anılan ibareyi, hak arama hürriyeti bağlamında da ele almak gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, "Suç isnadı kavramı anayasal anlamda özerk bir kavram olup isnadın muhakkak soruşturma makamlarınca yapılması gerekmemektedir. İdari makamların da suç isnadında bulunabileceği değerlendirildiğinde soruşturma izni verilmesi kararı anayasal anlamda suç isnadına ilişkin sürecin bir parçası olarak yorumlanabilecektir. Dolayısıyla hakkında soruşturma izni verilen kişinin kural olarak adil yargılanma hakkının suç isnadına ilişkin güvencelerinden yararlanması gerekmektedir." şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 14.10.2020 tarihli ve 2017/39786 Bireysel Başvuru No'lu, Durmuş Küçük Kararı, § 36). O halde generaller ve amiraller hakkında yürütülecek cezai yargılamanın başlatıcısı olan soruşturma iznini vermeye yetkili makamın, Anayasa'ya aykırı bir biçimde, kanuni bağlı yetkinin gereklerini karşılamaksızın belirlenmesi ve söz konusu yetkinin keyfiliğe açık şekilde öngörülmesi; nihayetinde Anayasa Mahkemesi'nin anladığı şekilde adil yargılanma hakkını, Anayasa'nın 13. maddesinde hüküm altına alınan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarına (bilhassa kanunilik ilkesine) aykırı olarak kayıtlayacaktır. İhtilafli kural; bu itibarla, Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır.

h) Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlal ettiğinden, Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Son olarak; "resen" ibaresini kendinden önce gelen "Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının üzerine" ibaresine bağlayan "ya da" bağlacı, "resen" ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 1632 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 15'in ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "ya da resen" ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 13., 36., 70., 90., 123., 128. ve 129. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 39'un ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak" ibaresi, üçüncü cümlesi ve dördüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "oluşturulacak yeterli sınav kurulu tarafından yönetmelikle belirlenecek konulardan yazılı ve/veya sözlü sınava" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 39'un ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak" ibaresi ve üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "oluşturulacak yeterlik sınav kurulu tarafından yönetmelikle belirlenecek konulardan yazılı ve/veya sözlü sınava" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7329 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na Milli Savunma Bakanlığı'nın müfettiş kadrolarına askeri kaynaktan atama yapılabilmesine cevaz veren, mesleğe kabul şartlarını ve giriş-yeterlik sınavını düzenleyen ek 39. madde eklenmiştir. Anılan ek maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları gereğince askeri kaynaktan stajyer müfettiş alımı, müfettişliğe giriş sınavıyla yapılacaktır; giriş sınavına başvurabilmek için; kuvvet komutanlıklarında üst subay (binbaşı, yarbay, albay) rütbesinde bulunmak ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak gerekmektedir; giriş sınavı, yönetmelikte belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılacaktır; giriş sınavı ile ilgili olarak yönetmelikte yer alan hususlar dışında herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacaktır; giriş sınavında başarı gösterenler stajyer müfettiş olarak görevlendirilecektir; askeri kaynaktan görevlendirilen stajyer müfettişlere bir program çerçevesinde müfettişlik mesleğine yönelik eğitim verilecektir; stajyer müfettişlerin stajyerlik süresi bir yıl olup bu sürenin sonunda oluşturulacak yeterlik sınav kurulu tarafından yönetmelikle belirlenecek konulardan yazılı ve/veya sözlü sınava tabi tutulacaktır. İptali talep edilen ibareler ve cümle ile müfettişlik mesleğine giriş ve kabul şartlarının tamamıyla idarenin (Milli Savunma Bakanlığı'nın) düzenleyici işlemlerine -yönetmelik- (uhdesine) bırakılması, Anayasa'ya aykırıdır.

İptali talep edilen ibareler ve cümle ile üç husus (anılan ek maddenin son fıkrasının delaletiyle Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılacak) yönetmeliğin düzenleme alanına bırakılmıştır:

- Üst subayların müfettişliğe giriş sınavına başvurabilmeleri için taşıyacakları şartların yönetmelikle belirlenmesi,

- Giriş sınavının, yönetmelikte belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılması,

-Giriş sınavında başarılı olup da stajyer müfettiş statüsü elde edenlerin stajyerlik süresi sonunda oluşturulacak yeterlik sınav kurulu tarafından yönetmelikle belirlenecek konulardan yazılı ve/veya sözlü sınava tabi tutulması.

Halbuki müfettişlik mesleğine kabul şartları (giriş sınavına başvurma şartları, giriş sınavı, yeterlik sınavı) kanun düzeyinde, tahdidi olarak, ayrıntılı biçimde (söz gelimi sicil not ortalaması, emsalleri arasında seçkin olunması, staj eğitimini tamamlaması için gereken başarı puanı, yazılı sınav söz konusu ise optik okuyucu yardımıyla sınavların değerlendirilmesi, sözlü sınav söz konusu ise mülakatın kamera kaydına alınması) belirlenmelidir. Ancak bunlar, iptali talep edilen ibarelerin ve cümlenin yer aldığı madde hükmünde açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

a) Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir (Ana-



yasa Mahkemesi'nin 25.05.1976 tarihli ve 1976/1 E.; 1976/28 K. sayılı Kararı). Bir hukuk devletinde (başta idarenin keyfi iş, işlem yapmasının engellenmesi olmak üzere) sayılı amaçların gerçekleştirilebilmesi için başvurulacak hukuki müesseselerden biri normlar hiyerarşisidir. Normlar hiyerarşisi kuramı, hukuk normlarının birbirleriyle olan ilişkisini somutlaştırır. Bu kuram gereğince; alt hukuki norm, üst hukuki norma uygun olmalı, alt hukuki normun geçerliliği üst hukuki norma uygunluğundan kaynaklanmalıdır. Anayasa'nın 124. maddesi gereğince kanun, yönetmelik bakımından üst hukuki norm niteliğine sahiptir. O halde yönetmeliğin normlar hiyerarşisi içinde yerini alması ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için kanuna dayanması, kanunun çizdiği sınırlar içinde kalması gerekir. Aksi halde yönetmeliği çıkaracak makamın hareket serbestisi, keyfi uygulamalara sebep olabilecek ölçüde genişler ve fonksiyon gasbı doğurur.

Diğer bir deyişle Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü -kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Milli Savunma Bakanlığı'nın iptali talep edilen ibarelerde ve cümlede yer alan hususlarda çıkaracağı yönetmeliğin, 7329 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 39'un uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve çok geniş bir düzenleme alanının idarenin (Bakanlığın) uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. Ancak ortada, idare (Bakanlık) tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. Başka bir anlatımla giriş sınavına başvuru şartlarının ve giriş ile yeterlik sınavına esas olacak konuların yönetmeliğe bırakılması hüküm altına alınmış ve fakat normlar hiyerarşisi, hukuk devleti ilkesi gereğince bunların nesnel ölçütlerle genel çerçevesi kanun düzeyinde çizilmemiştir. Giriş sınavına başvuru şartlarının ve giriş ile yeterlik sınavlarına esas olacak ölçütlerin kanun tarafından belirli ve öngörülebilir kılınmamış olması, İdare (Bakanlık) tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olacaktır. İptali talep edilen ibareler ve cümle, bu itibarla Anayasa'nın 2. ve 124. maddelerine aykırıdır.

b) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz ve idarenin yönetmelikle düzenleme yapma yetkisini öngören şekli anlamda kanunun, maddi anlamda kanun niteliklerini de haiz olması gerekir. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin ve cümlelerin yer aldığı madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Milli Savunma Bakanlığı'na) giriş sınavına başvuru şartlarını ve giriş ile yeterlik sınavına esas olacak konuları belirleme hususunda düzenleme yetkisi veren bir yasa, fonksiyon gasbına yol açması itibarıyla Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini öngören 7. maddesine aykırılık oluşturur.

c) İdarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelli-

ğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır. Bu nedenle Milli Savunma Bakanlığı'nın giriş sınavına başvuru şartları ve giriş ile yeterlik sınavına esas olacak konular hususunda çıkaracağı yönetmeliğin kanuna dayanması ve aykırı olmaması için, kanunda bunların usul ve esaslarının genel çerçevesinin net, açık, anlaşılabilir şekilde çizilmesi gerekir. Buna rağmen iptali talep edilen ibarelerin ve cümlenin yer aldığı madde hükmünde, bu hususları belirleme yetkisi; hiçbir objektif kıstas (söz gelimi giriş sınavına başvuru şartları için: sicil notu ortalaması, sağlık durumu, yaşı, adli sicil kaydı, fiziki durumu, yabancı dil puanı, ALES/KPSS puanı; giriş sınavı konuları: genel kültür - hukuk soruları, alan bilgisi soruları; yeterlik sınavı konuları: staj süresince alınan teorik ve uygulamalı derslere esas olan konular; yazılı sınav test şeklinde ise optik okuyucu yardımıyla sınavların değerlendirilmesi, sözlü sınav ise mülakatın kamera kaydına alınması, sınavlarda başarılı sayılmak için aranan asgari puanın saptanması gibi) kanun düzeyinde getirilmeksizin, bütünüyle Bakanlığın uhdesine bırakılmıştır. O halde iptali talep edilen ibarelerin ve cümlenin yer aldığı madde hükmünde, Bakanlığın giriş sınavına başvuru şartlarının ve giriş ile yeterlik sınavına esas olacak konuların usul ve esaslarını belirleme hususundaki takdir yetkisini kullanırken temel alacağı genel çerçeve ve keyfi davranmasını önleyecek kanuni objektif kıstaslar, düzenlenmediğinden; ve bu şartlar ile konular, belirli ve öngörülebilir olmadığından; Anayasa'nın 2. ve 123. maddeleri ihlal edilmiştir.

d) Kamu görevlilerinin özlük işlemleri bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylıklarının ve ödeneklerinin, diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin yasa ile konulmasını ve çerçevenin de yasayla çizilmesini ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına ilişkin kuralın kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 164-165).

Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunla 636 Sayılı KHK'ya eklenen ve sözleşmeli sağlık personeli istihdamında yapılacak "sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceğine" ilişkin 45/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesiyle ilgili olarak verdiği kararında da hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın ilgili bölümü,

"Kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli sağlık personelinin sözlü sınavla mesleğe alınması kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte bu personelin sözlü sınavla mesleğe alınmasına ve yerleştirilmesine ilişkin temel ilkelerin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir ... Kuralın ikinci cümlesinde sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği öngörülmüştür. Kanun'da sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceği hususlarına yer verilmediği gibi sınavı kazanan adayların yerleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da sözlü sınav ve sınav sonrası yerleştirmeye ilişkin temel ilkeler belirlenmemiş ve kuralın ikinci cümlesiyle bu hususların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır ... Bakanlıkta istihdam edilecek sözleşmeli personelin sözlü sınavla mesleğe alınma ve yerleştirilmelerine ilişkin temel ilkelerin kanunda belirlenmeksizin yönetmelikle düzenlenmesine imkan tanınması kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır."

şeklinde. Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu düzenlemeyi, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 199-201)

Kanuni düzenleme ilkesinin kapsamına, müfettişlik mesleğine giriş sınavına başvuru şartları ve giriş ile yeterlik sınavına esas olacak konular ve uygulanacak sınav usulleri dahildir. İptali talep edilen ibarelerin ve cümlenin yer aldığı madde hükmünde bu hususların temel ilkeleri kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler ve cümle, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

e) Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). O halde burada iptali talep edilen ibarelerin ve cümlenin içeriğine benzer nitelikteki kanun hükümlerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası gereğince kanun koyucu için bağlayıcıdır ve yapılacak yeni kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu bakımından esas alınmak gerekir. Ancak iptali talep edilen ibareler ve cümle, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine uygun olma gereği bakımından, anılan Anayasa Mahkemesi kararının özüne uygun şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle anılan ibareler ve cümle, Anayasa'nın 153. maddesine de aykırıdır.

f) Kamu hizmetine alımda liyakat ilkesi bakımından: Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkının temelinde, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesi fikri vardır. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı). Ancak iptali talep edilen ibarelerin ve cümlenin yer aldığı madde hükmünde müfettişin icra edeceği kamu hizmetinin (kolluk hizmeti: denetim) gerektirdiği nitelikler (giriş sınavına başvurmak için aranacak şartlar ile giriş ve yeterlik sınavı konuları), kanun düzeyinde açıkça belirlenmemiştir. Bunlara ilişkin temel ilkelerin kanun hükmünde belirlenmemesi, söz konusu hakkın üst subaylar bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacak; kamu hizmetine alımda keyfiliğe yol açacak ve kamu hizmetine giriş hakkının etkililiğini ortadan kaldırarak, anılan kamu görevi bakımından bu hakkı göstermelik bir hakka indirgeyecektir. Bu nedenle anılan ibareler ve cümle, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

g) Eşitlik ilkesi bakımından: Öte yandan, Anayasa'nın "Genel Esaslar" başlıklı birinci kısmında yer alan 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, anayasal bir norm şeklinde düzenlenmiş olup mutlak ve nispi olmak üzere iki anlam taşır. Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrası mutlak eşitliği başka bir deyişle kanunların herkese eşit şekilde uygulanmasını düzenler. Nispi eşitlik ise, aynı durumda bulunanların aynı işleme ve farklı durumlarda bulunanların, farklı işlemlere tâbi tutulabilmesini ifade eder. Anayasa Mahkemesi, mutlak eşitlik anlayışının yanında

nispi eşitlik anlayışını da benimseyerek, “Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Ancak müfettişlik mesleğine ilişkin giriş sınavına başvurmak için aranacak şartlar ile giriş ve yeterlik sınavı konularının kanun düzeyinde belirlenmemesi ve idarenin (Bakanlığın) sınırsız takdir yetkisine dayanarak tesis edeceği düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bırakılması, müfettiş olmak için başvuru yapan aynı şartlara ve niteliklere sahip üst subay rütbesindeki adaylar arasında (söz gelimi mülakatlar bakımından) ayrımcılık/kayıma yapılmasına neden olabilecektir. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibarelerin ve cümlelerin idareye (Bakanlığa) verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, aynı şartlara sahip iki adaydan birinin müfettiş olarak ilgili başvuru ve sınavlarda başarılı sayılmasına diğerinin sayılmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle, adaylar bakımından kanun önünde (şekli anlamda) eşitlik temin edilemeyecek ve kamu hizmetine girişte benzer durumdaki kişiler arasında haklı nedene dayanmayan bir muamele farklılığı doğurulacaktır. Burada, Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinin tespiti için, ihtilafli kanuni düzenlemenin, aynı şartlara ve niteliklere sahip adaylar arasında haklı bir neden olmaksızın ayırım yapılmamasını temin edecek ve idareyi bağlayacak güvenceleri öngörmemiş olduğunu belirlemek yeterlidir.

Öte yandan giriş sınavının ve yeterlik sınavının nasıl (yazılı yahut sözlü - mülakat şeklinde) yapılacağı da belirsizdir. Zira iptali talep edilen düzenlemelerin lafzında “ve/veya” bağlaçları kullanılmak suretiyle; yazılı - sözlü sınavlar, birbirleri yerine ikame edilebilecek ya da her ikisini birden kapsayacak iki sınav biçimi olarak ele alınmıştır. Dahası giriş sınavı bakımından; yönetmelikte yer alan hususlar dışında herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacağı öngörülerek; bu sınavın tarafsız değerlendirmelerle, eşitlik ilkesi gözetilerek (kayıma/ayrımcılık olmaksızın) yapılıp yapılmayacağı, şüphe konusu olmuştur. Buna ilave olarak yeterlik sınavı bakımından; bu sınavın yeterlik sınav kurulu tarafından yapılacağı düzenlenmiş ve fakat anılan kurulun kimlerden (sivil- asker kişi) (asıl – yedek üye) teşekkül edeceği, kaç kişi olacağı, nasıl ve kim tarafından seçileceği, görev süresi, icrai karar alması bakımından toplantı ve karar yeter sayısı, adayı başarılı sayıp saymamaya karar verirken esas alınacak veri gibi hususlar kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Sınavın biçiminde ve yeterlik sınav kurulunun yapısında var olan bu belirsizlik; Milli Savunma Bakanlığı’nı müfettiş kadrolarına askeri kadrolardan yapılacak atamalar konusunda sınırlandıracak herhangi bir objektif, açık, net, anlaşılabilir, makul kaydı ihtiva etmediğinden; (açıklandığı üzere) hukuk devleti ilkesine, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine, eşitlik ilkesine, liyakat ilkesine, idarenin kanuniliği ilkesine, kamu görevlilerinin özlük işlemleri bağlamında kanunilik ilkesine halel getirmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki anılan ek maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “yönetmelikte öngörülen şartları taşımak” ibaresini, kendinden önce gelen “kuvvet komutanlıklarında üst subay (binbaşı, yarbay, albay) rütbesinde bulunmak” ibaresine bağlayan “ve” bağlacı, “yönetmelikte öngörülen şartları taşımak” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle 7329 sayılı Kanunu’nun 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun’a eklenen ek madde 39’un ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak” ibaresi ve üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “oluşturulacak yeterlik sınav kurulu tarafından yönetmelikle belirlenecek konulardan yazılı ve/veya

sözlü sınava” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 10., 70., 123., 124., 128. ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin ve cümlenin iptali gerekir.

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun’a eklenen ek madde 39’un ikinci fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

7329 sayılı Kanun’un 14. maddesiyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’na Milli Savunma Bakanlığı’nın müfettiş kadrolarına askeri kaynaktan atama yapılabilmesine cevaz veren, mesleğe kabul şartlarını ve giriş-yeterlik sınavını düzenleyen ek 39. madde eklenmiştir. Anılan ek maddenin ikinci fıkrası gereğince askeri kaynaktan stajyer müfettiş alımı, müfettişliğe giriş sınavıyla yapılacaktır; giriş sınavına başvurabilmek için; kuvvet komutanlıklarında üst subay (binbaşı, yarbay, albay) rütbesinde bulunmak ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak gerekmektedir; giriş sınavı, yönetmelikte belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılacaktır; giriş sınavı ile ilgili olarak yönetmelikte yer alan hususlar dışında herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacaktır; giriş sınavında başarı gösterenler stajyer müfettiş olarak görevlendirilecektir. Giriş sınavı ile ilgili olarak yönetmelikte yer alan hususlar dışında herhangi bir kayıt sistemi kullanılmayacağını hüküm altına alan ve iptali talep edilen cümle, Anayasa’ya aykırıdır.

Cümlenin lafzından da anlaşılacağı üzere; kural, giriş sınavıyla ilgili olarak kayıt sisteminin kullanılmayacağı; istisna, (anılan ek maddenin son fıkrasının delaletiyle Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılacak) yönetmelikle belirlenen hususlarda giriş sınavıyla ilgili olarak kayıt sisteminin kullanılabilmesi yönündedir. İki boyutlu bu hüküm, bir yandan kayıt sisteminin kural olarak kullanılmayacağını öngörerek idarenin keyfi uygulamalarına olanak temin etmekte; diğer yandan kayıt sistemine konu olacak kişisel verilere ilişkin hususları kanunilik ilkesinin hilafına yönetmeliğin düzenleme alanına bırakmaktadır.

a) Kişisel verilen korunması hakkı ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Yönetmelikte yer alan hususlarda giriş sınavıyla ilgili olarak kullanılacak kayıt sistemiyle kopyalanacak veri ve bilgiler (söz gelimi üst subayların sicil notu ortalaması, sağlık durumu, yaşı, adli sicil kaydı, fiziki durumu, yabancı dil puanı, ALES/KPSS puanı), kişiyi belirli, belirlenebilir kıldığından; kişisel veri niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre “... Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler” kişisel veri olarak kabul edilmektedir (E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015).

Kişisel verilerin korunması, Anayasal düzeyde (20. madde) özel hayatın gizliliği hakkına ilişkindir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde de yer almış; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini

kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp bu hakkın Anayasa’da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa’nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa’nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir (Anayasa Mahkemesi’nin 24.07.2019 tarihli ve 2017/16 E.; 2019/64 K. No’lu Kararı, § 48, 49, 50).

Sınırlandırmanın sınırlarını düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesi gereğince kişisel verilen korunması hakkı kısıtlanırken; söz konusu kayıtlamalar kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlenmelidir. Bu kayıtlamalar; Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine ve sınırlama sebebine aykırı olmamalıdır.

Anayasa’nın 13. maddesinin ilk cümlesi uyarınca, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”. Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesine göre, “Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.

Ancak iptali talep edilen cümlede giriş sınavıyla ilgili olarak kayıt sisteminin kullanılacağı öngörülen hususların yönetmelikte yer alması öngörülmüş ve fakat bu yönetmeliğin yasal çerçevesi çizilmemiştir. Diğer bir deyişle kayıt sistemine konu ve fakat yönetmelikte yer alacak hususların ne olduğuna, nasıl / ne kadar süre ile kaydedileceğine, analiz edileceğine, muhafaza edileceğine, kim tarafından imha edileceğine, kurum ve kuruluşlarla paylaşılmasına; amacı dışında kullanılmamasına, siber güvenliğinin sağlanmasına; bunlara resmi makamların keyfi müdahalesinin önlenmesine; bunlardan suret alınmasına; başvuru usullerine (vb.) ilişkin kanun düzeyinde hiçbir kıstas, kanuni güvence öngörülmemiştir. Hiçbir sınırlandırmaya tabi olmayan söz konusu müdahale, kişisel verilerin korunması hakkını tamamen savunmasız bırakmakta, keyfiliğe açık hale getirmekte ve yasallık ilkesini zedelemektedir.

Ölçülülük ilkesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkına yapılan söz konusu müdahalede; amaç ve araç ilişkisi bakımından, aracın (giriş sınavı ile ilgili olarak yönetmelikte yer alan hususlar dışında herhangi bir kayıt sisteminin kullanılmaması), amacı (üst subayların şeffaf, objektif bir giriş sınavına tabi tutularak müfettiş olarak atanması) gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekmektedir. Ancak giriş sınavıyla ilgili olarak sadece yönetmelikte yer alan hususlarda kayıt sisteminin kullanılması - yönetmelikle belirlenen haller dışında kullanılmaması - ve kayıt sistemi kullanıldığında da yasallık ilkesine aykırı olarak yönetmelikte yer alan hususların gözetilmesi; amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli değildir. Zira, şeffaf ve objektif bir giriş sınavının yapılmasını teminen; kaydedilecek hususlar, kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlenmeli ve söz konusu kamu yararı ihtiva eden amaçla bireyin çıkarları arasında adil bir denge kurulmalıdır. Oysa ihtilafli düzenlemeyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kanun düzeyinde güvencelenmemiş ve düzenleyici işlem yoluyla temel bir hakkın keyfi şekilde sınırlandırılması öngörülmüştür. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa’nın 13. ve 20. maddelerine aykırıdır.

b) Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle, söz konusu kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf

olduğu anlaşmaları da (İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12., AİHS'nin 8. maddelerini) ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Diğer bir deyişle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, kişinin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca kaydedilmesi, işlenmeseler dahi, özel hayat hakkına müdahale oluşturur (S. ve Marper/Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008, başvuru no : 30562/04 ve 30566/04 , p.67). İptali talep edilen cümlenin ilişkin olduğu kişisel verilere ilişkin olarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hak sınırlama ölçütleriyle uyumlu bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemenin özel hayat hakkına getirdiği sınırlama, kanunilik ilkesinin gerektirdiği şekilde yeterli hukuki belirlilik ve güvence içermediği gibi, demokratik toplumda orantılı bir tedbir de değildir. Kanunilik ve elverişlilik ölçütleriyle uyumlu olmayan düzenleme, AİHS'nin 8. maddesinin uygulanmasında özel hayat hakkıyla toplumun bütününün çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerekliliğine işaret eden AİHM perspektifine aykırıdır (Birçok karar arasında bkz. mesela: AİHM, X, Y ve Z/Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, başvuru no: 21830/93, p.41). İptali talep edilen cümle, özel hayat hakkının ancak AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki kanunilik ve demokratik toplumda elverişlilik ölçütlerine uygun şekilde istisnaen sınırlanabileceği kuralını ihlal etmesi hasebiyle uluslararası anlaşma ile uyumlu olmadığından, Anayasa'nın 90. maddesine aykırıdır.

c) Hukuk devleti ilkesi ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye, işlem ve eylemlerde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımını mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleştiremez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Öte yandan; Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle giriş sınavıyla ilgili olarak kayıt sisteminin kullanılacağı hususların, normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki yasallık ölçütünün gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; bu hususların hiçbir kanuni objektif kıstas getirmeksizin yönetmelikle belirleneceğini hüküm altına almıştır. Bu durum, Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerini ihlal etmektedir.

d) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). Anayasa'nın 13. maddesinin ilk cümlesi uyarınca, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir". Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesine göre, "Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir". İptali talep edilen cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Milli Savunma Bakanlığı'na); giriş sınavıyla ilgili olarak kayıt sisteminin kullanılacağı hususları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

e) Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Milli Savunma Bakanlığı'nın iptali talep edilen cümlede yer alan hususlarda çıkaracağı yönetmeliğin, 7329 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 39'un uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve çok geniş bir düzenleme alanının idarenin (Bakanlığın) uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. Ancak ortada, idare (Bakanlık) tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme, bir başka deyişle maddi anlamda bir kanun yoktur. İdare (Bakanlık) tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 124. maddesine de aykırıdır.

Bunun yanında; iptali talep edilen cümlede (giriş sınavı ile ilgili olarak kayıt sisteminin kullanılmayacağına ilişkin) kural, kanun koyucu tarafından konmuş ve fakat (giriş sınavı ile ilgili olarak yönetmelikle ilgili olan hususlarda kayıt sisteminin kullanılacağına ilişkin) istisnaya yönetmelik tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik ihdası bağlamında keyfi uygulamaların önüne geçilmesi için; kanuni düzlemde net, açık, nesnel bir ölçüt getirilmemiştir. Halbuki hukukun genel ilkelerinden biri olan "İstisnalar, dar yorumlanır." ilkesi gereğince istisnaların net bir (geniş şekilde yorumlanmasına olanak vermeyecek – singularia non sunt extenda) şekilde ortaya konması gerekmektedir.

f) Kamu görevlilerinin özlük işlemleri bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylıklarının ve ödeneklerinin, diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmalarına iliş-



Esas Sayısı : 2021/85

Karar Sayısı : 2022/60

kin kuralların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 164-165).

Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunla 636 Sayılı KHK'ya eklenen ve sözleşmeli sağlık personeli istihdamında yapılacak "sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceğine" ilişkin 45/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesiyle ilgili olarak verdiği kararında da hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın ilgili bölümü,

"Kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli sağlık personelinin sözlü sınavla mesleğe alınması kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte bu personelin sözlü sınavla mesleğe alınmasına ve yerleştirilmesine ilişkin temel ilkelerin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir ... Kuralın ikinci cümlesinde sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği öngörülmüştür. Kanun'da sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceği hususlarına yer verilmediği gibi sınavı kazanan adayların yerleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da sözlü sınav ve sınav sonrası yerleştirmeye ilişkin temel ilkeler belirlenmemiş ve kuralın ikinci cümlesiyle bu hususların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır ... Bakanlıkta istihdam edilecek sözleşmeli personelin sözlü sınavla mesleğe alınmasına ve yerleştirilmelerine ilişkin temel ilkelerin kanunda belirlenmeksizin yönetmelikle düzenlenmesine imkan tanınması kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır."

şeklinde. Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu düzenlemeyi, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 199-201)

Kanuni düzenleme ilkesinin kapsamına giren müfettişlik mesleğine giriş sınavıyla ilgili olarak kayıt sisteminin kullanılacağı hususlar, yönetmelik olarak adlandırılan idarenin düzenleyici işlemine terk edilmiştir. İptali talep edilen cümlenin hükmünde bu hususların temel ilkeleri kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

g) Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). O halde burada iptali talep edilen ibarelerin ve cümlenin içeriğine benzer nitelikteki kanun hükümlerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası gereğince kanun koyucu için bağlayıcıdır ve yapılacak yeni kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu bakımından esas alınmak gerekir. Ancak iptali talep edilen ibareler ve cümle, anılan Anayasa Mahkemesi kararının özüne uygun şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle anılan ibareler ve cümle, Anayasa'nın 153. maddesine de aykırıdır.

h) Kamu hizmetine alımda liyakat ilkesi ve eşitlik ilkesi bakımından: Giriş sınavının yönetmelikle belirlenen konulardan yazılı ve/veya mülakat şeklinde yapılması gözetildiğinde; giriş sınavıyla ilgili olarak yönetmelikte yer alan hususlar dışında herhangi bir kayıt sisteminin

kullanılmaması, Anayasa'nın 10. ve 70. maddelerinde hüküm altına alınan eşitlik ve liyakat ilkelerini de ihlal edecektir. Nitekim Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkının temelinde, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesi fikri vardır. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı). Öte yandan, Anayasa'nın "Genel Esaslar" başlıklı birinci kısmında yer alan 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, anayasal bir norm şeklinde düzenlenmiş olup mutlak ve nispi olmak üzere iki anlam taşır. Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrası mutlak eşitliği başka bir deyişle kanunların herkese eşit şekilde uygulanmasını düzenler. Nispi eşitlik ise, aynı durumda bulunanların aynı işleme ve farklı durumlarda bulunanların, farklı işlemlere tâbi tutulabilmesini ifade eder. Anayasa Mahkemesi, mutlak eşitlik anlayışının yanında nispi eşitlik anlayışını da benimseyerek, "Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarih ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti ise, somut olayda "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

Kayıt sistemi, giriş sınavını yapacak sınav kurulunun objektif ve eşit şekilde davranma motivasyonunu arttıracak itici güçlerden biridir. Diğer bir deyişle kayıt sistemi; müfettiş olmak için başvuru yapan aynı şartlara ve niteliklere sahip üst subay rütbesindeki adaylar arasında (söz gelimi mülakatlar bakımından) ayrımcılık/kayıma yapılmadan, keyfi uygulamalar olmaksızın giriş sınavının gerçekleşmesini ve liyakatli üst subayların müfettiş olarak atanmasını temin edecektir. Ancak kural olarak kayıt sisteminin kullanılmamasının, istisna olarak da sadece yönetmelikte belirlenen hususlarda kayıt sisteminin kullanılmasının öngörülmesi; üst subayların eşit koşullarda rekabet edememesine ve daha az nitelikli, yetkin olmayan üst subayların müfettiş kadrolarına atanması sonucunu doğuracak, kamu hizmetine alımda keyfiliğe yol açacak ve kamu hizmetine giriş hakkının etkililiğini ortadan kaldırarak, anılan kamu görevi bakımından bu hakkı göstermelik bir hakka indirgeyecektir. Bu durum, Anayasa'nın 10. ve 70. maddelerine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7329 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 39'un ikinci fıkrasının dördüncü cümlesi, Anayasa'nın 2., 7., 10., 13., 20., 70., 90., 123., 124., 128. ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan cümlenin iptali gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler birden fazla kanunda hukuka aykırı değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Esas Sayısı : 2021/85

Karar Sayısı : 2022/60

Nitekim Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

#### IV. SONUÇ VE İSTEM

24.06.2021 tarihli ve 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 3. maddesiyle 1632 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 13'ün birinci fıkrası, Anayasa'nın 2., 13., 17., 19. ve 90. maddelerine,

2) 5. maddesiyle 1632 sayılı Kanun'a eklenene Ek madde 15'in ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "ya da resen" ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 13., 36., 70., 90., 123., 128. ve 129. maddelerine,

3) 14. maddesiyle 926 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 39'un ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "ve yönetmelikte öngörülen şartları taşımak" ibaresi ve üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "oluşturulacak yeterli sınav kurulu tarafından yönetmelikle belirlenecek konulardan yazılı ve/veya sözlü sınava" ibaresi, Anayasa'nın 2., 7., 10., 70., 123., 124., 128. ve 153. maddelerine; ikinci fıkrasının dördüncü cümlesi, Anayasa'nın 2., 7., 10., 13., 20., 70., 90., 123., 124., 128. ve 153. maddelerine

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."