

“30.06.2022 tarihli ve 7415 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun ek 15. maddesine sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan “gibi” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun “Soruşturma izni ve izin vermeye yetkili merciler” başlıklı ek 15. maddesi, asker kişilerin işledikleri askeri suçların soruşturulmasının izne tabi olduğunu ve söz konusu soruşturma izninin usul ve esaslarını düzenlemektedir. Anılan ek 15. maddenin sekizinci fıkrasına göre izin vermeye yetkili merci, ihbar veya şikayetin işleme konulması halinde; bir ön inceleme başlatacaktır. Öte yandan 7415 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle 1632 sayılı Kanun’un ek 15. maddesine sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkraya göre firar ve izin tecavüzü gibi hakkında ön inceleme yapılanın bulunamaması nedeniyle ifade almayı imkansız hale getiren zorunlu hallerde, ilgilinin ifadesi alınmayacaktır. Ancak ön inceleme aşamasında ilgilinin ifadesinin alınmayacağı hallerin kapsamını genişleten ve iptali talep edilen “gibi” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır. Zira iptali talep edilen “gibi” ibaresinin kullanılması suretiyle; bu suç tiplerinin, tahdidi değil tadadi metotla sayılması; idarenin (izin vermeye yetkili merciin) ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini keyfi biçimde tespit etmesine sebep olacaktır.

Öncelikle ön inceleme aşamasında ilgilinin ifadesinin alınmasının, ceza muhakemesi evreleri karşısındaki hukuki konumunu ortaya koymak gerekmektedir. “Muhakeme faaliyetinin yapılabilmesi için bazı şartlar koşulduğu vardır. Ceza Muhakemesinde bu şartlara muhakeme şartları denir.” Söz konusu muhakeme şartları arasında soruşturma izni de yer almaktadır. Başka bir anlatımla “Kanunlarımız muhakeme için, bazen “izin”, bazen “karar” adlı bir şart koşmuşlardır. Nitelikleri ve sonuçları aynı oldukça bu şartlar izin terimi altında toplanmalıdır. İzin, Devlet iddia makamının sorması üzerine, bir diğer Devlet makamınca somut olayda dava açılmasında kamu menfaati (yani maslahata uygunluk) görüldüğünde, belli suçlar bakımından kanunun koymuş olduğu engelin kaldırılmasıdır. İzin tam serbest değerlendirme yetkisine dayanan idari işlem olup, ceza davasının açılmasındaki mecburilik prensibini yumuşatan bir çaredir.”

1632 sayılı Kanun’un ek 15. maddesinde yer alan ön inceleme, soruşturma izni vermeye yetkili merciin, soruşturma izni verilip verilmemesi hususunu karara bağlayacağı aşamaya tekabül etmektedir. O halde ön inceleme ile soruşturma izni arasında organik bir bağ bulunmaktadır. Yine ön inceleme aşamasında ilgilinin ifadesinin alınması; askeri suç ya da sırf askeri suç işlediği kendisine isnat olunan asker kişinin, savunma hakkını kullanabileceği bir hukuki işlem olup; suçun sübut edip etmediğinin ortaya çıkarılmasına dolayısıyla maddi gerçeğin aydınlatılmasına katkı sağlar. Başka bir anlatımla “Şüpheli ve sanığın en temel hakkı, savunma hakkıdır. Aslında şüpheli ve sanığa tanınan tüm hakları savunma hakkı altında toplamak mümkündür. Çünkü bütün bu haklar, sonuçta şüpheli ve sanığın kendisini gereği gibi savunmasını sağlamaya yöneliktir.” Bu kapsamda ona birtakım haklar tanınmıştır: “sanığın duruşmada hazır bulunması sağlanmalıdır, şüpheli ve sanık aleyhindeki isnatları öğrenebilmelidir, şüpheli ve sanık serbestçe söz alabilmeli ve düşüncesini serbestçe söyleyebilmelidir, şüpheli ve sanık haklarını öğrenme hakkına da sahip olmalı ve dolayısıyla bu haklar kendisine hatırlatılmalıdır, şüpheli ve sanık delil ileri sürebilmelidir, sanık tali davalar açabilmelidir, sanığa savunmasını hazırlayabilmesi için gereken zaman verilmelidir, şüpheli ve sanığın susma hakkı bulunmaktadır.”. İlgilinin ifadesinin alınması, ceza hukukunun temel prensipleri arasında yer alan savunma hakkı ile vicahilik ilkesinin bir tezahürü olan ve sayılı hakların kullanımını sağlayan hukuki işlemlerden biridir.

Öte yandan izin vermeye yetkili merci, anılan ek 15. maddede her bir ilgili bakımından tek tek sayılmış olup; hiyerarşik amir olduklarından ve soruşturma izni bağlamında idari işlem tesis ettiklerinden (Nitekim soruşturma iznine karşı itiraz, Danıştay Birinci Dairesi'ne yahut idare mahkemelerine yapılacaktır.); idare konumunda bulunmaktadır.

İptali davası konusu kural, aşağıdaki açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

i) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile hak arama hürriyeti (savunma hakkı) bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve Anayasa'nın 36. maddelerinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, savunma hakkını da kapsar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "hakkaniyete uygun yargılama" kavramından hareket ederek adil yargılamanın zımni gereklerini saptamıştır. Bu gereklerden en önemlisi, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde de açıkça ifade edilmiş olan "savunma hakkı"dır. Ceza yargılamasındaki savunma haklarının güvence altına alınması demokratik devletin ve demokratik toplumun temel bir ilkesidir. Bu sebeple AİHM'e göre hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılması ile uyumlu olması (Bkz. Ludi/İsviçre, B. No: 12433/86, 15/6/1992 §§ 49-50) ve bu hakların teorik ve soyut değil, etkili ve pratik olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir (Bkz. Artico/İtalya, B. No: 6694/74, 13/5/1980 § 33) (AİHM'nin 07.03.2014 tarihli ve 2013/4784 Başvuru No'lu Kararı, § 32).

Yine Anayasa Mahkemesi bir kararında, "Suç isnadı kavramı anayasal anlamda özerk bir kavram olup isnadın muhakkak soruşturma makamlarınca yapılması gerekmektedir. 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." şeklindeki gerekçeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 14.10.2020 tarihli ve 2017/39786 Bireysel Başvuru No'lu, Durmuş Küçük Kararı, § 36).

Ancak 7415 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 1632 sayılı Kanun'un ek 15. maddesine eklenen fıkrada ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı haller sıralanmıştır. Buna göre firar ve izin tecavüzü gibi hakkında ön inceleme yapılanın bulunamaması nedeniyle ifade almayı imkansız hale getiren zorunlu hallerde, ilgilinin ifadesi alınmayacaktır. Bu durumun gerekçesi: "Bu kapsamda özellikle firar ve izin tecavüzü gibi suçlarda hakkında ön inceleme yapılan personele ulaşılamadığından izin vermeye yetkili mercii tarafından soruşturma izni verip vermeme yönünde yapılan değerlendirmeden önce ön inceleme raporu ile birlikte personelin ifadesinin alınması mümkün olmamaktadır. Bu durum askeri disiplinin tesis ve idamesini geciktirmekte, askeri hizmetin devamlılığını sekteye uğratmakta, suç dosyalarının adli makamlara gönderilme sürecini uzatmakta, ön incelemenin kanunda öngörülen sürede tamamlanamaması ihtimalini doğurarak, firar suçlarını işleyen personel hakkında yürütülecek adli soruşturmanın ivedi şekilde başlatılmasına engel olmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir. Elbette kanun koyucu, askeri nizamın tesisini teminen bu türden "ilgilinin ifadesinin alınamamasına yönelik zorunluluk hali" öngörebilir. Zira gerek firar gerek izin tecavüzü suçlarında ilgiliye ulaşılamamaktadır; diğer bir deyişe ilgili yoktur ve ilgilinin ifadesinin alınmasını imkansız hale getiren zorunlu bir hal bulunmaktadır. Benzer şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da in absentia haller (yokluk durumları) öngörülmüştür.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.09.2019 tarihli ve 2017/188 E.; 2019/544 K. sayılı Kararında da bu husus, şu şekilde dile getirilmiştir:

“Uyuşmazlığın çözümü bakımından, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı kuralı ve istisnaları ile sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükümlere değinilmesi faydalı olacaktır.

Sanık hazır olmaksızın duruşma yapılamayacağı kuralını düzenleyen 5271 sayılı CMK'nın “Sanığın duruşmada hazır bulunmaması” başlıklı 193. maddesinin birinci fıkrası; “Kanunun ayırık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir” hükmünü amir olup, bu kuralın istisnai halleri ise;

Aynı maddenin ikinci fıkrasında; “Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir”,

194. maddenin ikinci fıkrasında; “Sanık savuşur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse, dava yokluğunda bitirilebilir”,

195. maddenin birinci fıkrasında; “Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hâllerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır”,

200. maddenin birinci fıkrasında; “Sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir”,

204. maddenin birinci fıkrasında; “Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır”,

Şeklinde gösterilmiştir.

“Sanığın duruşmadan bağışık tutulması” başlıklı 196. maddesi ise, uygulanma tarihi itibarıyla;

“(1) Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir.

(2) Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafiiine bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafiiin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur.

(3) Sorgu tutanağı duruşmada okunur.

(4) Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.

(5) Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir.

(6) Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir” biçiminde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, mahkemece sorgusu yapılmış olmak şartıyla sanığın veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafisinin istemi ile duruşmada hazır bulunmaktan varestede tutulabileceği kabul edilmiş, beşinci fıkrasında ise hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın sorgusu yapılmış olmak şartıyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir.

Her iki fıkrada da sanığın sorgusunun yapılmış olması hâli bağışık tutulmanın şartı olarak belirtilmiştir.

Diğer taraftan oldukça geniş bir kavram olan "savunma hakkı", şüpheliyi ve sanığı ilgilendirdiği kadar bir gün şüpheli veya sanık konumuna düşebilecek olan toplumda yaşayan herhangi bir ferdi, dolayısıyla bütün toplumu ve yine adaleti sağlama yükümlülüğü bulunan Devleti de ilgilendirmektedir. Ceza muhakemesinin amacı, yargılama neticesi verilen ve iddia ile savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan hükmün doğru olmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle, geniş bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken savunma hakkı, yargı mercileri huzurunda kendisini savunma, müdafî yardımından yararlanma, susma, soru sorma, aleyhine olan işleme katılmama, tercümandan yararlanma, delillerin toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma, kanun yoluna başvurma gibi hakları içermektedir.

Sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, yükümlülük yönü olmakla birlikte öncelikle kendisi açısından bir hak olup bu hak adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde, sanığın en azından kendi kendini savunma hakkı bulunduğu belirtilmekle, mahkeme huzurunda doğrudan savunmasını yapabilmesi için duruşmada hazır bulunma hakkının varlığı da zımnen kabul edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Temel haklar ve ödevler" bölümünde yer alan 36. maddesinde savunma hakkı; "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" şeklinde düzenlenmiş olup, "temel hak" niteliğine uygun olarak savunma hakkı verilmemesi veya savunma hakkının sınırlandırılması durumunda verilen karar hukuka aykırı olacaktır. Buna göre, sanığın ceza muhakemesindeki en önemli haklarından birisi, yargı mercilerince her aşamada nazara alınması gereken savunma hakkıdır. Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan bu hakkın herhangi bir nedenle sınırlandırılması da

mümkün değildir. Nitekim 1412 sayılı CMUK'nın 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 308/8 ve 5271 sayılı CMK'nın 289/1-h maddeleri uyarınca savunma hakkının sınırlandırılması mutlak bozma nedenlerindedir.

Savunma hakkının temelini oluşturan sorgu, sadece sanık lehine getirilmiş bir hüküm değil, aynı zamanda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla konulmuş, kamusal niteliği de bulunan emredici bir usul kuralıdır. Savunma hakkının sınırlandırılmayacağı ilke olmakla birlikte, kanun koyucunun başka bir mağduriyete sebebiyet vermemek, yargılamanın uzamasını engellemek, usul ekonomisi, gereksiz emek ve gider kaybına neden olmamak açısından bazı sınırlamalara gittiği de bir gerçektir. Ancak bu sınırlamalar yukarıda da belirtildiği gibi istisna olup, bu hâllerde dahi usul kanunumuz bazı şartların varlığını aramaktadır.

Sanık duruşmada hazır bulunması gereken kişilerden olup, bu durum yargılamanın "yüze karşılık" özelliği ve savunma hakkının sonucudur. Bu nedendir ki, ceza muhakemesi hukukumuzda istisnai hâller haricinde, gelmeyen sanık hakkında duruşma yapılamayacaktır.

5271 sayılı CMK'nın "Duruşmanın başlaması" başlıklı 191. maddesi uygulanma tarihi itibarıyla;

"(1) Sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır. Sanık, duruşmaya bağımsız olarak alınır. Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar.

(2) Tanıklar duruşma salonundan dışarı çıkarılırlar.

(3) Duruşmada, sırasıyla;

a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır,

b) İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur,

c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147 nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir,

d) Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılır."

Aynı Kanunun "İfade ve sorgunun tarzı" başlıklı 147. maddesi ise;

"(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.

h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanır.

i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.

2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.

3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.

4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.

5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.” şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi ifade ve sorgu şüpheli ve sanık bakımından bir yükümlülük olmakla beraber aynı zamanda bir haktır. 5271 sayılı CMK'nın 147 ve 191. maddelerinde belirtilen yasal hakları kendisine hatırlatılan ve “açıklamada bulunmama” hakkını kullandığına dair bir beyanda bulunmayan, savunma yapmak için süre isteyen sanığın dinlenmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu hususu, şu şekilde ele almaktadır:

“279. İlgili kişinin, huzurda hazır bulunmadan 6/3. maddenin (c), (d) ve (e) bentlerindeki “kendisini bizzat savunmak”, “tanıkları sorguya çekmek veya çektirmek” ve “mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak” şeklindeki özel haklarını nasıl kullanacağını görmek zordur. Bu nedenle bir ceza davasında sanığın mahkeme salonunda hazır bulunmasını sağlama yükümlülüğü 6. Maddenin temel gereklerinden biri olarak belirlemektedir (Hermi v. İtalya [BD], §§ 58-59; Sejdovic v. İtalya [BD], §§ 81 ve 84; Arps v. Hırvatistan, § 28).

285. Sanığın yokluğunda yapılan yargılamanın kendiliğinden Madde 6'ya aykırı olmamasına rağmen, gıyaben mahkum edilen kimse yargılamanın devamında sorgusunu yapan mahkeme tarafından suçlamanın esası hakkında, hukuka ve olgulara dair bilgilendirilmediyse, hakkın yerine getirilmesinden kaçınma durumu oluşacaktır, meğerki mahkemede hazır bulunma ve kendini savunma hakkından feragat ettiği ya da yargılamadan kaçma niyetinde olduğu ortaya konulmamış olsun (Sejdovic v. İtalya [BD]). Bunun nedeni, sanığın mahkeme salonunda hazır bulunmasını – ilk yargılama ya da yeniden yargılama sırasında – sağlama hakkının güvenceye alınması yükümlülüğünün, Madde 6'nın mühim gereklerinden biri olmasıdır (Stoichkov v. Bulgaristan, § 56).”

Ancak iptali talep edilen ibare, firar ve izin tecavüzü mahiyetindeki suçlar dışında başka suç tiplerinin de anılan ek fıkra kapsamında değerlendirilmesine imkan vermektedir. Diğer bir deyişle anılan ek fıkranın lafzında “gibi” ibaresi kullanılmak suretiyle; izin vermeye yetkili merci, sübjektif değerlendirmelerine göre; herhangi bir somut durumu, “hakkında ön inceleme yapılanın bulunamaması nedeniyle ifade almayı imkansız hale getiren zorunlu hal” olarak nitelendirerek; herhangi bir suç tipi bakımından ilgilinin ifadesini almayarak onun savunma hakkını ortadan kaldıracaktır. Oysa suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine istinaden askeri suçlar ile sırf askeri suçların neler olduğu, başta 1632 sayılı Kanun olmak üzere diğer askeri mevzuatta tek tek sayılmıştır. Bu nedenle kanun koyucunun, hakkında ön inceleme yapılanın bulunamayacağı suç tiplerini tek tek kanun lafzında belirtmesi gerekirdi. Nitekim firar ve izin tecavüzünü anılan ek fıkra kapsamında açıkça saymıştır. Ancak kanun koyucu, gerekçede “Madde ile; 1632 sayılı Kanunun 65 ila 71 inci maddelerinde sayılan firar ve izin tecavüzü mahiyetindeki suçlarla ilgili olarak, hakkında ön inceleme yapılan kişinin bulunamaması nedeniyle ifade almayı imkânsız hale getiren zorunlu hallerle sınırlı olmak üzere, ilgilinin ifadesinin alınmamasına yönelik düzenleme yapılması amaçlanmaktadır.” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almak ve madde lafzında iptali talep edilen “gibi” ibaresini kullanmak suretiyle; izin vermeye yetkili mercie ilgilinin ifadesinin alınmayacağı (savunma hakkının ortadan kaldırılacağı) halleri belirleme hususunda sınırsız takdir yetkisi tanınmıştır. Bunun, ifade almayı imkansız kılan zorunlu hale ilişkin ratio legis'ten yola çıkmak suretiyle, izin vermeye yetkili mercie sınırsız bir suç tipi hakkında teorik olarak uygulanabilir genelleşmiş ve ölçüsüz bir savunma hakkını göz ardı etme yetkisine tekabül ettiği açıktır. Dahası, ihtilaflı ibarenin vereceği rahatlıkla, etkin bir şekilde yürütülmesi gereken ilgilinin bulunmasına yönelik hukuki prosedürün bilinçli olarak işletilmemesi olasılığı dahi gündeme gelecektir.

Öte yandan izin vermeye yetkili mercilerin ekseriyeti, ilgililerin disiplin amiri konumundadır. Disiplin amirlerinin tarafsız olması, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Nitekim Danıştay'ın çeşitli kararlarında belirttiği üzere; “... bunun, disiplin yaptırımını niteliğinde bir işlem olduğu açık olup, bu işlemin de Anayasal ve yasal düzenlemelerde disiplin yaptırımları için belirlenen ilke ve usullere uygun olarak tesis edilmesi gerekmektedir. Bu durumun sağlanması ise, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, tarafsız bir soruşturmacı tarafından yürütülecek, nesnel sonuçlara varılması için lehte ve aleyhte tüm delillerin toplanacağı toplanan deliller esas alınarak varılacak hukuki sonucun bildirilerek ilgili kamu personeline kendini savunması için olanak sağlanacağı bir soruşturma ile mümkün olabilecektir.” (Danıştay 2. Dairesi'nin 25.02.2020 tarihli ve 2016/4424 E.; 2020/1091 K. sayılı Kararı, 27.02.2020 tarihli ve 2016/5280 E.; 2020/1234 K. sayılı Kararı). Ancak ön inceleme ifade alınmayacak suç tiplerinin kanun düzeyinde belirlenmemesi suretiyle; izin vermeye yetkili mercilere sınırsız takdir yetkisi tanınması; izin vermeye yetkili mercilerin tarafsızlığına da gölge düşürecek ve savunma hakkını etkileyecek suistimallere yol açacaktır.

Bu nedenle savunma hakkına (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının – bilhassa kanunilik ilkesinin aksine) idari işlemlerle müdahale edilmesine sebep olan iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13 ve 36'ncı maddelerine aykırıdır.

ii) Hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. AİHM de, hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları gerektiğini ifade etmektedir (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, 20 Ocak 2010, başvuru no: 14526/07, §28). Anayasa'nın 38'inci maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "suç ve cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38'inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve 2014/100 E.; 2015/6 K. sayılı Kararı).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7'nci maddesi de, suçta ve cezada kanunilik ilkesini güvencelemektedir (AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25 Mayıs 1993, başvuru no : 14307/88 § 52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 7'nci maddesi uyarınca, kovuşturma ve mahkumiyete yol açan eylemin icra edildiği tarihte, ilgili eylemi cezalandırılabilir kılan kanuni bir düzenlemenin bulunmasının ve verilen cezanın da ilgili düzenleme tarafından belirlenmiş sınırları aşmamasının gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Del Río Prada/İspanya, 21 Ekim 2013, başvuru no: 42750/09, § 80). Suçların kanuniliği ilkesi, suçun kanun tarafından açıklıkla tanımlanmasını gerektirir (AİHM, Cantoni/Fransa, 15 Kasım 1996, başvuru no: 17862/91, § 29). Sözleşme'nin 7'nci maddesindeki "hukuk" sözcüğü, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik niteliklerini içerir. Bu itibarla; kişi, gerektiğinde mahkemelerce yapılan yorumların da yardımıyla, ilgili düzenlemenin lafzından, hangi eylem ve ihmallerin cezai sorumluluğunu doğuracağını ve söz konusu eylem ya da ihmal sebebiyle hangi cezaya hükmedileceğini bilebilmelidir (AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, 12 Şubat 2008, başvuru no: 21906/04, § 140).

Ezcümle, hukuk devleti ilkesinin somut bir görünümü olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi hem maddi ceza hukuku hem de şekli ceza hukuku normlarını kapsamaktadır. Bu nedenle yargılama usulü hukukuna ilişkin muhakeme şartlarından olan soruşturma izninin verilip verilmeyeceği hususunun karara bağlandığı ön inceleme için de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi geçerlidir. Başka bir anlatımla ön incelemenin usulü (söz gelimi ön incelemede ifade alınmayacak haller) de kanun düzeyinde belirlenmelidir. Zira bu husus, belirli bir fiile isnat edilen cezanın verilebilmesi bakımından gerekli bir koşula ilişkindir. İhtilaflı ibare; yarattığı belirsizlik ve öngörülemezlikle, bu iki kavramı asgari öğeleri olarak içeren hukuk devleti ile suç ve cezaların kanuniliği ilkeleriyle keskin bir tezat içerisinde bulunmaktadır. İptali talep edilen ibare, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin aksine; ön incelemede ifade almayı imkansız

hale getiren zorunlu hallerin tespitini, izin vermeye yetkili merciin (idarenin) takdir yetkisine bıraktığından; Anayasa'nın 2 ve 38'inci maddelerine aykırıdır.

iii) Kamu görevlilerinin özlük işlemleri bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Anılan ek madde 15, asker kişilerin işledikleri askeri suçların soruşturulmasının izne tabi olduğunu ve buna yönelik fer'i hükümleri düzenlemektedir. Asker kişileri ise 1632 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre:

“Askerî şahıslar : ⁽¹⁾

Madde 3 – (Değişik : 22/3/2000 - 4551/1 md.)

Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî 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.

Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.”

O halde askeri şahısların kamu hukuku açısından statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. Kuvvet Komutanlıklarının sevk ve idaresinden sorumlu ve askeri hiyerarşide yüksek rütbe sahibi olan generaller ve amiraller başta olmak üzere sayılı kişiler, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri (başta savunma olmak üzere) yerine getirdiğinden; Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında kamu görevlisidir. Öte yandan söz konusu 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; asker kişileri 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; asker kişileri hakkındaki soruşturma izninin verilip verilmemesinin karara bağlandığı ön inceleme aşamasında, ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini belirleme yetkisini, idarenin (izin vermeye yetkili merciin) uhdesine bırakmıştır. Bir başka deyişle, ihtilafı ibare, Anayasa'nın 128. maddesi anlamındaki özlük işlerinin (belirlilik ve

öngörülebilirlik ögelerini içeren) maddi anlamda bir kanun bünyesinde düzenlenmediğini göstermektedir. O halde iptali talep edilen ibare, yol açacağı keyfi uygulamalar itibarıyla, Anayasa'nın 128. maddesinin gerekli kıldığı maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerine aykırıdır.

iv)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri 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 önkoşullarından 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 tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; 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 ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerinin; Anayasa'nın 128'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu, –Anayasal ilkelerin aksine- izin vermeye yetkili merciin hangi nesnel ölçüte istinaden suç tiplerini anılan ek fıkranın kapsamına alacağı hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuyu tamamen idarenin (izin vermeye yetkili merciin) uhdesine bırakmıştır. Kanun koyucu; kanun düzeyinde açıkça ön incelemede ifadenin alınmayacağı birtakım suç tiplerini tek tek sıralamamış; ancak iptali talep edilen ibareyle ön incelemede ifadenin alınmayacağı diğer suç tiplerini belirleme yetkisini izin vermeye yetkili merciin uhdesine bırakmış; dahası izin vermeye yetkili merci, ön incelemede ifadenin alınmayacağı suç tiplerini belirlerken esas alacağı objektif kriterlerle kayıtlamamıştır. Her ne kadar fıkra lafzında “hakkında ön inceleme yapılanın bulunmaması nedeniyle” ibaresi yer alsada; “bulunamama hali”nin somut olayda nasıl gerçekleşeceği belirsizdir. O kadar ki; ihtilaflı ibarenin içerdiği belirsizlik ve öngörülemezlik sonucunda, uygulamada, etkin bir şekilde ilgilinin bulunmasına yönelik hukuki prosedürün bilinçli olarak işletilmemesi durumu da “bulunamama hali” içerisinde değerlendirilme riski taşıyacaktır.

Kanun koyucu, ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini izin vermeye yetkili merciin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; ön incelemede ifade alınmaması özelinde soruşturma izni verilmesi usulünü -maddi

anlamda- kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde belirlenmesi gereken suç tiplerini, izin vermeye yetkili merciin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilafli ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen soruşturma izni verilip verilmemesi hakkında karar alınan ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerinin hangileri olduğu; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Yine izin vermeye yetkili merciin yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; ilgililerin soruşturulmaları bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. İzin vermeye yetkili merciin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, izin vermeye yetkili merciin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 123 ve 128. maddelerine aykırıdır.

v)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci 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). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (izin vermeye yetkili mercie); ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini tespit etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

vi)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibareyle ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini tespit etme yetkisinin sınırsız biçimde izin vermeye yetkili merciin uhdesine bırakılması, aynı nitelikteki suçu işleyen ilgililer arasında idare tarafından kayırma/ayırmacılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin izin vermeye yetkili mercie verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı nitelikteki suç işleyen iki ilgiliden birinin bulunup ifadesinin alınmasına ve fakat diğerinin bulunamayıp ifadesinin alınmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini tespit etme yetkisinin idareye bırakılması, uygulamada aynı nitelikteki suç işleyen kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen ibarenin aynı nitelikteki suç işleyen ilgililer arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı ibarenin haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

vii)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'inci maddesindeki hakkı etkisiz ve göstermelik hale getirecektir. Şu halde; görevdeki kamu görevlileri de Anayasa'nın 70'inci maddesinde öngörülen güvencenin koruması altındadır. Bu itibarla, bu hakkın amacı kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak ise; (nihayetinde Türk Silahlı Kuvvetleriyle ilişkin kesilmesi sonucunu doğurması muhtemel) soruşturma izninin verilip verilmemesinin karara bağlandığı ön inceleme yönelik idari işlemin liyakat esasının icaplarını karşılayacak ve keyfiliğe yol açmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Oysa ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini belirleme hususunda idarenin sınırsız yetkiyle donatılması; söz konusu hakkın, haklarında aynı askeri suç isnadı bulunan ilgililer 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. Bunun sonucu olarak; hizmete devamda görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırımların gözetilmesini mümkün kılan belirsiz ve öngörülemez kapsamlı ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

viii)Disiplin kovuşturulmasında kamu görevlileri için öngörülen güvence bakımından: 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 asker kişilerin askeri suçlardan dolayı haklarında yapılan haksız suç isnatlarını bertaraf etmek ve askeri görevin devamını sağlamak amacıyla hüküm altına alınan Anayasal güvence (idari mercinin izni); izin vermeye yetkili merciin uhdesine hiçbir kayıt getirmeksizin ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmayacağı suç tiplerini belirleme yetkisi bırakılmak suretiyle temin edilememektedir. Hakkında soruşturma izni verilecek ilgiliye ifade verme özelinde savunma hakkı tanınmasını öngören Anayasa'nın 129'uncu maddesinden sapmayı, hukuka uygun kılacak (bulunmama özelinde) fiili zorunluluk halini tespit etme yetkisi, kanunilik ilkesi tarafından gerekli çerçeve belirli kılınmadan idareye bırakılmıştır. Söz konusu yetkinin, ihtilaflı ibare aracılığıyla; açıkça tanımlanmamış, öngörülemez ve keyfi sonuçlara yol açacak bir şekilde ihdası, Anayasa'nın 129. maddesini ihlal etmektedir.

ix) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile kişi hürriyeti ve güvenliği bakımından: Anayasa'nın 19'uncu 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).

Anılan ek madde 15, asker kişilerin işledikleri asker suçlarının soruşturulmasının izne tabi olduğunu ve buna fer'i hükümleri düzenlemektedir. 1632 sayılı Kanun'da sayılı askeri suçlar ile sırf askeri suçların ekseriyeti bakımından öngörülen hukuki yaptırım, hapis cezasıdır. Hapis cezası ise, kişi hürriyeti ve güvenliğine yapılan bir müdahaledir. Bu müdahalenin Anayasa'nın 13'üncü 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).

O halde en nihayetinde hapis cezası verilmesine sebep olacak hukuki prosedürün başlatıcısı konumunda yer alan ön incelemede yapılan hukuka aykırılık; kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına halel getirecektir. İhtilaflı 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. Yukarıda açıklandığı üzere iptali talep edilen ibarenin (bilhassa Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydı bakımından) Anayasa'ya aykırı olması; nihayetinde ilgilinin keyfi biçimde hapis cezası ile tecziyesine sebep olacağından; Anayasa'nın 13 ve 19. maddelerine aykırıdır.

x) Kamu yararı ilkesi ile idarenin bütünlüğü ilkesi: askeri hiyerarşi ve disiplin bakımından: Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan "idarenin bütünlüğü" ilkesi, tekil devlet modelinde yönetim alanında öngörülen temel ilkedir. Bu ilke, yönetsel işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların "bir bütün" oluşturduğunu anlatmaktadır. Tekil devlet modelinde, tek bir egemenlik vardır ve devlet tek yetkilidir. Devletin örgütsel yapısı parçalı bir görünüm sergilese ve devlet yetkisini kullanan birçok kamu tüzel kişisi olsa da, bunların arasındaki birlikteliği "idarenin bütünlüğü" ilkesi sağlamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 18.01.2007 tarihli ve 2005/32 E.; 2007/3 K. sayılı Kararı). İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idarî vesayet kullanılmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.11.2011 tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere; askerlik hizmetinin yerine getirdiği fonksiyonun bir gereği olarak sıkı disiplin ve itaatin geçerli olduğu bir kamu hizmeti türü olması nedeniyle askerî personelden diğer kamu görevlilerine nazaran daha katı bir disiplin beklenmesi doğaldır (Anayasa Mahkemesi'nin 15.09.2020 tarihli ve 2016/11722 Başvuru No'lu Kararı, §53).

Diğer bir deyişle soruşturma izni verilmesine yönelik işlemler, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişle hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (soruşturma izni verme, teşkilatlanmaya ilişkin kadro tespiti, atama, emir ve talimat verme, disiplin işlemi yapma yetkisi, izin-sicil-ödül-ceza ve diğerleri) verir. Bu hiyerarşik yetkilerden birinin ortadan kaldırılması; amiri, amirlik makamının gereklerini yerine getirmekten alıkoyar, askeri hiyerarşiyi ve genel idare usulündekinden daha sıkı olan otoriteyi bozar. O halde soruşturma izninin verilip verilmeyeceğinin karara bağlandığı ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınmasında güdülen kamu yararı, aynı zamanda; idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince disiplini ve hiyerarşiyi temin etmelidir.

Başka bir anlatımla 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). Yukarıda açıklandığı üzere iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkayla güdülen kamu yararı da; askeri disiplinin tesis ve idamesinin geciktirilmemesi, askeri hizmetin devamlılığının sekteye uğratılmaması, suç dosyalarının adli makamlara gönderilme sürecinin uzatılmaması ve ön incelemenin kanunda öngörülen sürede tamamlanmasıdır.

Ancak iptali talep edilen ibare nedeniyle; genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi ve disiplin içinde gerçekleşmesini temin eden soruşturma izninin verilip verilmeyeceğinin karara bağlandığı ön incelemede ilgilinin ifadesinin alınması bakımından öngörülen istisnanın kanun düzeyinde getirilmemesi; (askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için tesis edilmiş mevcut düzen bozularak) soruşturma izni işlemlerinin hakkaniyetten uzak biçimde tesis edilmesine neden olacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi ve disiplini bozacağından; kamu yararı ve idarenin bütünlüğü ilkelerini (Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerini) ihlal etmektedir.

xi) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü 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). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği

bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 128'inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de harel getirmektedir.

xii)Uluslararası anlaşmaların 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, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin 5'inci; adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı; suç ve cezaların kanuniliği ilkesine ilişkin 7'nci maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7415 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun ek 15. maddesine sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan “gibi” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 19, 36, 38, 70, 90, 123, 128, 129 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1) 30.06.2022 tarihli ve 7415 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin Anayasa'ya aykırılığı

926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun “General ve amiral miktarları” başlıklı 49. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi, Genelkurmay Başkanının yaş haddini düzenlemektedir. Anılan bendin birinci cümlesine göre Genelkurmay Başkanlığı'na atanan orgeneral-oramirallerin yaş haddi 67'dir. 7415 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesiyle 926 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen ve iptali talep edilen cümleye göre Genelkurmay Başkanının yaş haddi, birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar Cumhurbaşkanınca uzatılabilecektir. Ancak söz konusu ek cümle, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Genelkurmay Başkanlarının yaş haddi, 926 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde düzenlenmiş; görev süresi, 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınmıştır. 3 sayılı CBK'nin 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre Genelkurmay Başkanının görev süresi 4 yıldır. Ancak 04.08.2022 tarihli ve 108 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1'inci maddesiyle 3 sayılı CBK'nin 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının

ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere cümle eklenmiştir. Söz konusu eklenen cümleye göre Genelkurmay Başkanının görev süresi, birer yıllık sürelerle Cumhurbaşkanınca yaş haddine kadar uzatılabilecektir. Belirtmek gerekir ki 108 sayılı CBK, 04.08.2022 tarihli ve 04.08.2022 tarihli ve 31913 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. 04.08.2022 tarihi ise; Yüksek Askerî Şûra’nın (YAŞ) toplantı tarihine tekabül etmektedir. Söz konusu toplantı akabinde 05.08.2022 tarihli ve 31914 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 04.08.2022 tarihli ve 2022/350 sayılı atama kararı ile Genelkurmay Başkanı Yaşar Güler’in yaş haddi ve görev süresi, 30 Ağustos 2022 tarihinden geçerli olmak üzere bir yıl uzatılmıştır. (10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 09.07.2018 tarihli ve 2018/2 sayılı atama kararı ile Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Yaşar Güler, Genelkurmay Başkanlığı’na atanmış idi. İptali talep edilen düzenlemeden önce 1954 doğumlu olan Genelkurmay Başkanı Yaşar Güler, 04.08.2022 tarihli YAŞ toplantısında yaş haddinden resen emekliye ayrılacak idi.)

Buna ilave olarak Genelkurmay Başkanının hukuki statüsünün de ortaya konulması gerekmektedir. Üst kademe yöneticiliğinin hangi makamlara tekabül ettiği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu konuda (18.06.1985 tarihli ve 1985/3 E.; 1985/8 K. sayılı Kararında) şu açıklamayı kaleme almıştır:

“"Kamu politikasının tayinine katılma", "Seçimle gelmemekle birlikte etkin bir otoriteye sahip olma", "Kuruluşunun en üst düzeyinde bulunan", "Kuruluş amacının gerçekleşmesinden önemli yetki ve sorumluluklarla donatılmış, kuruluşun planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yönetme, denetim ve temsil gibi işlevlerin bir bölümünü görev olarak yerine getiren" biçiminde ölçütler kullanılması önerilmişse de, sorun kesin bir çözüme kavuşturulamamıştır. Mevzuat yönünden de durum aynıdır.

Yasa Koyucu, üst kademe yöneticisinin tanımını yapmaktaki güçlüğü dikkate alarak bunları bir bir saymak yolunu tercih etmiştir. Esasen, bir tanım yapılsaydı dahi, tam anlamıyla bir tanım olmayacak ve takdire yine de elverişli bulunacaktı.”

Genelkurmay Başkanının atamasına ilişkin usul ve esaslar da 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde düzenlenmiştir.

Anayasal düzlemde ise, Anayasa’nın 117 maddesi gereğince Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 338 maddesi gereğince Genelkurmay Başkanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları Milli Savunma Bakanı’na bağlıdır. Her ne kadar Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanı’na bağlanmış olsa da; Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları Anayasa’nın 118. maddesi gereğince (Milli Savunma Bakanı’ndan azade) Milli Güvenlik Kurulu’nun üyesidir ve Anayasa’nın 148 maddesi gereğince görevleriyle ilgili suçlar nedeniyle Yüce Divan’da yargılanacaklardır. Diğer bir deyişle üst düzey kamu görevlisi olan (Anayasa Mahkemesi’nin 11.10.2018 tarihli ve 2015/9734 Bireysel Başvuru No’lu Hüsnü Şimşek Kararı, § 51) ve anayasal bir statüye sahip Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanları bakanlıkların bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşlarındaki üst kademe kamu yöneticilerinden farklıdır. Diğer bir deyişle Türk Silahlı Kuvvetlerinin tekil örgütlenmesi içinde Genelkurmay Başkanlığı; tarihsel önemini, kendine özgü hukuki statüsünü, Anayasal varlığını korumaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre de;

“Gerçekten 110. maddenin üçüncü fıkrasında "Genel Kurmay Başkanı, silâhli Kuvvetlerin Komutanıdır." hükmü yer almıştır. Bu hükmü ile Anayasa, Genel Kurmay Başkanına; Türk Ordusunun Kurmaylık hizmetlerinden başka, barış ve savaş hali ayırımı yapmadan, Silâhli Kuvvetlerin komutanlığı görevini de vermiş bulunmaktadır. Komutanlığın; bir sevk ve idare makamı olduğunda ve komutası altındaki bütün kuvvetlerin barışta ve savaşta her bakımdan hazırlanması ve idaresi işlerinin de bu makama ait bulunduğu şüphe yoktur. 4/1/1961 günlü ve 221 sayılı (Türk Silâhli Kuvvetleri İç hizmet Kanunu) nun 35. maddesinde "Silâhli Kuvvetlerin vazifesi; Türk Yurdunu ve Anayasa ile tâyin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır." denilmekte ve buna göre silâhli kuvvetlerin komutanı da Türk Ordusunu, bu görevleri her an başarmaya kudreti olacak surette ayakta ve hazır tutmak görevini ve bunun sorumlunu yüklenmiş bulunmaktadır.”

(Anayasa Mahkemesi'nin 14.04.1966 tarihli ve 1963/67 E.: 1966/19 K. sayılı Kararı - Her ne kadar anılan içtihat 1961 Anayasası döneminde oluşturulsa da güncelliğini korumaktadır.)

Anayasa'ya aykırılıklara ilişkin açıklamalara geçilmeden önce son olarak belirtmek gerekir ki, üst düzey kamu görevlisi olan Genelkurmay Başkanının yaş haddi, aşağıda detaylandırıldığı üzere; Cumhurbaşkanınca uzatılmaz, bu nedenle söz konusu cümlenin iptali gerekir ve fakat bir an için Genelkurmay Başkanının yaş haddinin Cumhurbaşkanınca uzatılabileceğinin ileri sürülmesi durumunda dahi; aşağıda kapsamlı biçimde açıklanan Anayasa'ya aykırılıklar sebebiyle yine söz konusu cümlenin iptali gerekir.

A) GENELKURMAY BAŞKANININ YAŞ HADDİNİN CUMHURBAŞKANINCA UZATILAMAYACAĞI BAKIMINDAN:

i) Yetki yönünden: Genelkurmay Başkanının atama usulü bakımından: Genelkurmay Başkanının kim tarafından atanacağı Anayasa'nın 117'nci maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Anılan amir hükmün ilgili üçüncü fıkrası: “Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir.” şeklindedir. Genelkurmay Başkanının Cumhurbaşkanı tarafından atanmasının Anayasal sebeplerinden biri; Başkomutanlığın Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunması ve Genelkurmay Başkanının Başkomutanlık görevini, Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirmesidir. Ancak Genelkurmay Başkanının atanmasına ilişkin Anayasal kurgunun bu biçimde inşa edilmesinin özünde, tarafsız olan Cumhurbaşkanının yine tarafsız olan Genelkurmay Başkanını ataması bulunmaktadır. Zira Cumhurbaşkanı, Devletin başı sıfatı; Genelkurmay Başkanı, Silahlı Kuvvetlerin komutanı sıfatına sahip olmakla; tarafsızdırlar. Bu nedenle Anayasa'nın 117'nci maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı” ibaresinde geçen ve bireysel idari işlem olan atama, bir kez uygulanmakla tükenen bir hukuki işlem türüdür. Başka bir anlatımla Genelkurmay Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından bir kez atanır ve ondan sonra artık Cumhurbaşkanı, Anayasal düzlemde Anayasal inisiyatif kullanamaz. Aksi bir Anayasal yorum (aynı kimsenin Genelkurmay Başkanlığı makamına pek çok kez atanabilmesi), Anayasal amaca (tarafsız Genelkurmay Başkanının tarafsız Cumhurbaşkanınca atanması) ters düşecektir. Zira bilhassa 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra Cumhurbaşkanının siyasi parti ile ilişkisinin kesilmemesi göz önünde bulundurulduğunda; aynı kimsenin pek çok kez Genelkurmay Başkanı olarak atanması; Genelkurmay Başkanlığı'nı sembolik bir konuma dönüştürmeyi aşan, adeta Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı lağvetme ve Genelkurmay Başkanını Cumhurbaşkanlığı'nda görevli herhangi bir kimse konumuna indirgeme sonucunu doğuracaktır. Nitekim milli savunma ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili teknik bilgiye sahip olan Genelkurmay Başkanının, tekrar

atanma kaygısıyla; Anayasal görevini gereği gibi ifa edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalması, pek muhtemeldir. Bir başka deyişle, ihtilafli kural, ülkenin en hassas makamlarından birisini, soyut statü hukukundan kişisel ve keyfi taleplerin yerine getirileceği bir kişisel ikbal koltuğuna dönüşmeye yöneltmektedir. Bu durum ise; ordunun siyasallaşmasına, askeri hiyerarşinin (hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişinin) bozulmasına, Genelkurmay Başkanlığı özelinde amirlik makamının gereklerinin yerine getirilememesine, disiplin zafiyeti yaşanmasına (astların üste karşı sorumluluğu ve bağlılığı yönünden askeri disipline zarar verilmesine), genel idare usulündekinden daha sıkı olan askeri otoriteye ve Genelkurmay Başkanlığı makamının itibarına hanel gelmesine neden olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını – egemenliği zaafa uğratabilecektir. O halde aynı kimsenin pek çok kez Genelkurmay Başkanlığı makamına atanabilmesine olanak veren, Genelkurmay Başkanının yaş haddinin birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar Cumhurbaşkanınca uzatılabilmesine ilişkin iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 117'nci maddesine aykırıdır.

ii)Yetki yönünden: Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104'üncü maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104'üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “Genelkurmay Başkanının yaş haddinin birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar uzatılabilmesi” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; iptali talep edilen cümlede yer alan düzenlemeyi yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104'üncü maddesinde) genel ve kapsayıcı mahiyette bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6'ncı maddesinde öngörülen hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104'üncü maddesini ihlal etmiştir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104'üncü maddelerine aykırıdır.

B) BİR AN İÇİN GENELKURMAY BAŞKANININ YAŞ HADDİNİN CUMHURBAŞKANINCA UZATILABİLECEĞİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ DURUMUNDA; AŞAĞIDA DETAYLICA AÇIKLANAN ANAYASA'YA AYKIRILIKLAR GÜNDEME GELECEKTİR:

iii)Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esası, Devletin devamlılığı ilkesi, hukuk devleti ilkesi, kamu yararı ilkesi, kanunların genelliği ve soyutluğu ilkesi, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (Anayasa'ya saygı), Genelkurmay Başkanının görev ve yetkisi ile Anayasal statüsü bakımından:

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde “Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığı ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü” vurgulanmış; değiştirilemez hükümlerinden olan 3'üncü maddesinde Türkiye Devletinin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu esası tesahup edilmiş; 5. maddesinde ise Devletin temel amaç ve görevleri arasında “Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak” sayılmıştır.

Milli savunma özelinde bu amacın gerçekleştirilmesini teminen; Anayasa koyucu, Anayasa'nın 117 ve 118. maddelerini ihdas etmiştir:

“İ. Milli Savunma

1. Başkomutanlık ve Genelkurmay Başkanlığı

Madde 117 – Başkomutanlık, Türkiye Büyük Millet Meclisinin manevi varlığından ayrılamaz ve Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur.

Milli güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Cumhurbaşkanı sorumludur.

Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir.

(Mülga dördüncü fıkra: 21/1/2017-6771/16 md.)

(Mülga beşinci fıkra: 21/1/2017-6771/16 md.)

2. Milli Güvenlik Kurulu

Madde 118 – (Değişik birinci fıkra: 3/10/2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava kuvvetleri komutanlarından kurulur.

Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağrılıp görüşleri alınabilir.

(Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/32 md.) Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir.

Milli Güvenlik Kurulunun gündemi; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.

Cumhurbaşkanı katılmadığı zamanlar Milli Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanır.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”

Anılan maddelerin lafzından anlaşılacağı üzere milli savunma özelinde kamu hizmeti, Türk Silahlı Kuvvetleri marifetiyle yerine getirilir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan Genelkurmay Başkanı ise milli savunmaya ilişkin kamu hizmetini yürüten Anayasal statüye sahip üst düzey kamu görevlisidir.

Cumhuriyetimizin kurucusu ulu önder Mustafa Kemal Atatürk'ün Ankara Hipodromu'nda yapılan Cumhuriyet Bayramının on beşinci yıldönümü vesilesiyle (Ulus, 30.10.1938) geçit resminden önce Başbakan Celâl Bayar tarafından okunan Türkiye Cumhuriyeti ordularına mesajında da bu husus, vurgulanmıştır:

“Zaferleri ve geçmişi insanlık tarihi ile başlayan, her zaman zaferle beraber uygarlık nurlarını taşıyan kahraman Türk ordusu!

Memleketini en buhranlı ve zor anlarda eziyetten, felâketlerden, belâlardan ve düşman işgâlinde nasıl korumuş ve kurtarmış isen cumhuriyetin bugünkü verimli devrinde de askerlik tekniğinin bütün modern silâh ve araçları ile donatılmış olduğun halde görevini aynı bağlılıkla yapacağına hiç şüphem yoktur.

Bugün, cumhuriyetin on beşinci yılını devamlı artan büyük bir rahatlık ve kudret içinde kavrayan büyük Türk milletinin karşısında kahraman ordu, sana kalpten teşekkürlerimi sunar ve bildirirken büyük ulusumuzun övünme duygularını da dile getiriyorum.

Türk vatanının ve Türklük toplumunun şan ve şerefini, iç ve dış her türlü tehlikelere karşı korumaktan oluşan görevini her an yerine getirmeye hazır olduğuna benim ve büyük ulusumuzun tam bir inanç ve güvenimiz vardır. Büyük ulusumuzun orduya verdiği en son sistem fabrikalar ve silâhlar ile bir kat daha kuvvetlenerek büyük bir kendini fedâ etme ve yaşamayı değersiz görmekle her türlü görevi yerine getirmeye hazır olduğunuza eminim. Bu inançla kara, deniz, hava ordularımızın kahraman ve deneyimli komutanları ile subay ve erlerini selâmlar ve övgülerimi bütün ulus karşısında bildiririm.

Cumhuriyet Bayramı'nın on beşinci yıldönümü hakkınızda kutlu olsun.”

Buna ilave olarak belirtmek gerekir ki Devlette, devamlılık esastır. Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk "Benim naçiz vücudum elbet bir gün toprak olacaktır, ancak Türkiye Cumhuriyeti ilelebet payidar kalacaktır." şeklindeki sözüyle Devletin devamlılığı ilkesini vurgulamıştır.

Sayın Kaboğlu, Devlet iktidarının ayırt edici özellikleri arasında sayılan süreklilik ilkesini şu şekilde kaleme almıştır:

“Süreklilik: iktidarın kurumsallaşması

Elde edilmesi ve kullanılması öğelerine, iktidarın el değiştirmesi biçiminde süreklilik eklenmelidir. Siyasal iktidar, belli bir anda onu elinde tutan ve kullanan kişi ve gruplardan ayrı olarak “sürekli bir meşruiyete” sahip iktidardır. Burada bir kurumsallaşma sürecine tanık olunur.

Siyasal iktidarın bu özelliği, devletin bir kurum (müessese/örgüt) olarak algılanması ve açıklanması sonucunu doğurmuştur. Profesör Hauriou, devleti bir kurum olarak, “belli bir düzeni gerçekleştirmek amacıyla yapılaşmış olan toplumsal organizma” şeklinde tanımlar. Bu özgül örgütlenme, organlarından yarılr, onları aşar. Bu bakımdan devlet, yöneticilerin kişiliklerinden ayrılır. Yöneticiler devlet adına (demokratik devlet ise halk adına) hareket ederler; kendisi kalıcı, yöneticiler ise geçicidir. Aslında yöneticiler sadece belli bir işlevi yerine getirmekle görevlidir.

Böylece meşruluk öğesinin aşkın özelliği ortaya çıkmış olmaktadır. İktidarı elinde tutanlar gelip geçer; ancak süreklilik, onun kesintiye uğramasını dışlar. Vekalet, iktidarın el değiştirmesinde bir tür “ekleme” kurumudur. Cumhurbaşkanına kimin vekalet edeceğinin belli olması, istifa eden hükümetin yenisi kuruluncaya kadar işbaşında kalması, yasama

seçimlerinin parlamento feshedilmeksizin yenilenmesi, önceki ile yenisi arasında “geçiş” yapmayı sağlar.”

Milli savunma özelindeki kamu hizmeti için de devamlılık ilkesi geçerlidir. Zira Sayın Gözler’in de belirttiği üzere;

“Devamlılık ilkesi (principe de continuité)”, kamu hizmetlerinin kanunların öngördükleri dışında kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesini öngören bir ilkedir. “Devamlılık (continuit é)”, “ kesintisizlik (permanence)” demek değildir. Şüphesiz, ulusal savunma, güvenlik, itfaiye, telefon, elektrik, gaz, su gibi yılın 365 günü ve günün 24 saati kesintisiz şekilde yürütülmesi gereken hizmetler vardır. ... Kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi, “devletin devamlılığı (continuité de l’Etat)” ilkesinin bir sonucudur.”

Devletin (ve dolayısıyla kamu hizmetinin) devamlılığı ilkesi, o düzende var olan kurallar bütününe genel ve soyut olmasını, bir kişiye hasredilmemesini gerektirir. Başka bir anlatımla hukuk devletinde, kişiler değil kurumlar esastır. Bununla birlikte Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü vurgulayan 11’inci maddesinde yer alan “Kanunlar, Anayasa’ya aykırı olamaz.” şeklindeki hükümde ifade edilen kanunlar, hem şekli hem de maddi anlamda kanuna tekabül etmekte; dolayısıyla anılan 11’inci madde, kanunların –kişilik dışı hukuki işlem olarak- genelliği ve soyutluğunu bir kez daha Anayasal düzlemde ortaya koymaktadır.

Başka bir anlatımla Lon L. Fuller, yasa koymanın iç ahlakını sekiz başlık altında toplamaktadır: kurallar, genel olmalıdır; yayınlanmış olmalıdır; geçmişe yürür olmamalıdır; açık olmalıdır; çelişik olmamalıdır; yapılması imkansız olanı gerektirmemelidir; zaman içinde tutarlı olmalıdır; yetkililerin eylemi ile yayınlanmış kurallar arasında uyum olmalıdır. Sayılı sekiz başlık altında yer alan genellik ilkesi şu şekilde açıklanmaktadır:

“Buradaki temel mesaj, belirli durumları amaçlayan çok detaylı kurallardan kaçınmamız gerektiğidir. Almanların Gesetzgebung für den Einzelfall olarak adlandırdığı şey, yani tek durum için kural koyma. Bu tür kural koyma, hukuku çok karmaşık ve kolayca tutarsız hale getirebilir. Genellik ilkesinden yapılabilecek ahlaki çıkarım, en azından, minimum bir adalet formudur; yani formel adalet, benzer durumlarda benzer davranmaktır. Daha da ötesi genellik ihtiyacı, ayrıca, keyfiliğe ve özel çıkarları kolaylaştırmak amacıyla hukukun siyasi manipülasyonuna karşı belirli bir güvence sağlar. Böylelikle genellik, önemsiz bir konu değildir; asgari adaleti garanti eder ve keyfiliğin önüne geçer.”

Yine Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında hem şekli hem de maddi anlamda kanun tanımına yer vermiştir. Söz gelimi 12.07.1965 tarihli ve 1965/19 E.; 1965/42 K. sayılı Kararında “...nitelikleri ne olursa olsun T. B. Millet Meclisince kanun adı altında yapılan bütün tasarrufların Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacağı esası açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. ...” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almak suretiyle şekli anlamda kanun anlayışını; 24.09.1990 tarihli ve 1990/31 E.; 1990/24 K. sayılı Kararında “...Bilindiği gibi, yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da var olan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girerler. ...” şeklindeki temellendirmeyi kaleme almak suretiyle maddi anlamda kanun anlayışını ortaya koymuştur.

Eldeki dava konusu, söz konusu genel perspektiften ele alındığında şu sonuç ortaya çıkacaktır:

İptali talep edilen cümlenin gerekçesinde “devam eden terörle mücadele faaliyetlerinin etkin bir şekilde sürdürülmesi ve hareketlerden elde edilen tecrübenin aktarılabilmesi için Genelkurmay Başkanının görev süresinin birer yıllık süreyle maddede belirlenen yaş haddine kadar uzatılabilmesi” şeklindeki ratio legis ortaya konulmuştur. Ancak iptali talep edilen cümle, kamu yararını haiz değildir. Halbuki Anayasa’nın 2’nci 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).

Ancak iptali talep edilen cümlenin bahsi geçen 04.08.2022 tarihli YAŞ toplantısından hemen önce kanunlaştırıldığı (7415 sayılı Kanun’un 19’uncu maddesinin delaletiyle 13.07.2022 tarihinde yürürlüğe girdiği) ve 108 sayılı CBK’nin söz konusu YAŞ toplantısının yapıldığı gün olan 04.08.2022 tarihli ve (Mükerrer) 31913 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girdiği ve iptali talep edilen cümlenin gerekçesi (bilhassa “devam eden” şeklindeki lafzı) nazara alındığında; bu hükümlerin, doğrudan hâlihazırda görev yapan Genelkurmay Başkanının yaş haddinin ve görev süresinin uzatılması için hukuki norm haline getirildiği ortaya çıkacaktır. Elbette tecrübe, milli savunma özelindeki kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde yürütülmesi için azami önem taşımaktadır. Ancak Türk vatani, milleti ve Devletin bölünmez bütünlüğünün korunmasını teminen; Türk Silahlı Kuvvetleri marifetiyle yürütülen; milli savunma özelindeki kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde ifa edilmesi, tek bir kişinin tecrübesine hasredilemez. Zira Devlette (ve dolayısıyla kamu hizmetinde) devamlılık esas olduğundan; Genelkurmay Başkanlığı makamına atanmak için gerekli tecrübe ve donanımına sahip komutanlar yetiştirilmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bir tezahürü olan kanunların genelliği ve soyutluğu ilkesinin aksine bir kişiye özgü kanun çıkarılması, Türk vatani, milleti ve Devletin bölünmez bütünlüğünün korunmasını teminen milli savunma özelindeki kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde yürütülememesine; Genelkurmay Başkanının Anayasa’nın 117 ve 118’inci maddeleriyle kendisine tevdi edilen görev ve yetkileri, ifa edememesine neden olacaktır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 11, 117 ve 118’inci maddelerine aykırıdır.

iv) Kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa’nın 128’inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi’nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2’nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128’inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2’nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi’nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Ancak Genelkurmay Başkanının özlük hakları kapsamında kalan yaş haddine ilişkin iptali talep edilen cümle, birer yıllık süre ile 72 yaşına uzatılmasını (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan, aynı zamanda siyasi parti genel başkanlık

görevini de yürüten) Cumhurbaşkanının takdirine, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bıraktığından hem şekli anlamda hem de maddi anlamda bir kanun niteliğini haiz değildir. Oysa bir kamu görevlisi olan Genelkurmay Başkanının yaş haddinin uzatılması özelindeki özlük hakkının şekli ve maddi anlamda kanun düzeyinde belirlenmesi ve Cumhurbaşkanının özne takdirine bağlı işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptali istenen cümle, kanunilik ilkesinin gereklerini sağlamaması hasebiyle Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır.

v)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri 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 önkoşullarından 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 tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Öte yandan, Anayasa'nın 123'üncü 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 Genelkurmay Başkanının yaş haddinin uzatılmasına ilişkin hususun; Anayasa'nın 128'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu, –Anayasal ilkelerin aksine- Cumhurbaşkanının hangi nesnel ölçüde istinaden Genelkurmay Başkanının yaş haddini uzatacağı hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuyu idarenin (Cumhurbaşkanının) uhdesine bırakmıştır. Başka bir anlatımla Cumhurbaşkanı, 67 yaşındaki bir Genelkurmay Başkanının yaş haddini (üst sınır 72 olduğundan) beş kez uzatabilecektir; ancak her defasında niçin uzattığını dayandırabileceği ve söz konusu idari işlemin konu – sebep ve amaç bakımından hukuka uygun kılınmasını sağlayacak kanun düzeyinde nesnel ölçüt bulunmamaktadır. Söz gelimi atayan ile atanan aynı dünya görüşüne veya yaşam tarzına sahip olduğunda mı yaş haddi uzatılacaktır? Bu durum, ordunun siyasallaşmasına neden olacaktır. Kaldı ki yaş haddinin uzatılması için söz gelimi Milli Güvenlik Kurulu'ndan (istişari nitelikte olsa da) görüş alınması dahi kanun düzeyinde öngörülmemiştir. Yine Cumhurbaşkanının yaş haddi uzatma hususunda kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir kıstaslarla kayıtlanmaması, keyfi olduğu kadar eşitsiz de olan uygulamaların önünü açacaktır. Her ne kadar, yaş haddinin uzatılabileceği sınır, 72 olarak tayin edilse de; 72 yaşın hangi ölçüde istinaden belirlendiği, iptali talep edilen cümlelerin gerekçesinde temellendirilmemiştir.

Kanun koyucu, yaş haddinin uzatılması hususunu Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin düzenleme alanının konusu yapmış; emeklilik rejimine ilişkin yaş haddini kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde belirlenmesi gereken yaş haddinin uzatılmasına ilişkin objektif ölçütleri, Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilafılı cümle, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, "Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, "Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününe kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur." denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen cümle hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen yaş haddinin uzatılması hususunun genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde yaş haddinin uzatılmasına ilişkin Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işleminin 7415 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işleminin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7415 sayılı Kanun'un) şekli ve maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemini hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır. Yine Cumhurbaşkanının yapacağı düzenlemeleri, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; Genelkurmay Başkanlarının emeklilikleri ve görev süreleri bakımından hukuki öngörülebilirlik ilkesini zedelemektedir. Cumhurbaşkanının uhdesine –uzatma işlemi için gerekçe gereği dahi öngörülmeksizin- sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanının (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2, 123 ve 128'inci maddelerine aykırıdır.

vi) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci 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). İptali talep edilen cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Cumhurbaşkanına); Genelkurmay

Başkanının yaş haddini uzatma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

vii)Ölçülülük ilkesi ve kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından:

Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. 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, görevin gerekleri doğrultusunda 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).

Buna ilave olarak Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir görünümü olan ölçülülük ilkesi, Anayasa'nın 13. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve görev süresini etkileyecek olan yaş haddinin uzatılmasına ilişkin objektif kriterlerin), (Genelkurmay Başkanının milli savunma özelindeki kamu hizmetini liyakat esasına göre yürütebilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle milli savunma özelindeki kamu hizmeti görece Genelkurmay Başkanının yaş haddinin uzatılmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini Cumhurbaşkanının keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (Türk vatani, milleti ve Devletin bölünmez bütünlüğünün korunmasını teminen; Türk Silahlı Kuvvetleri marifetiyle yürütülen; milli savunma özelindeki kamu hizmetini yerine getirecek Genelkurmay Başkanının atanmasının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesi) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın her bir Genelkurmay Başkanı (ve Genelkurmay Başkanı olmaya namzet komutanlar: Genelkurmay Başkanının hiyerarşik astı durumunda olan komutanlar) bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, yaş haddinin uzatılması özelinde özlük işlerinin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girmesinin akabinde görev süresinin belirlenmesinin, Cumhurbaşkanının öznel ve keyfî işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir.

Yine yaş haddinin 67 yaştan 72 yaşa kadar toplamda 5 yıl uzatılabilmesi, ölçülülük ilkesinin gereğine aykırıdır. Zira bir Genelkurmay Başkanının olağan görev süresi (3 sayılı CBK'nin 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca), 4 yıldır. Söz konusu 5 yıllık uzatım, olağan görev süresini ölçsüz biçimde aşmaktadır. Halbuki bir kamu görevinde, süre sınırının getirilmesindeki amaç; çağdaş demokratik hukuk devletinin asgari gerekleri ile kariyer ve liyakat ilkelerine uygun olarak; o görevi ifa eden kimsenin otoriterleşmesinin (o kimsenin

kullandığı kamu erkinin kişiselleşmesinin) engellenmesi, görev + yetki + sorumluluk zinciri doğrultusunda etkin, dinamik ve verimli şekilde iş, işlem ve eylemlerde bulunması, hesap verebilmesidir. Bu sayede kişi, kamu hizmetinin yürütülmesini aksatıyorsa veya hizmetin yürütülmesinde başarısız ise; görevine son verilecektir. Ancak iptali talep edilen cümle, hiçbir nesnel ölçüt olmaksızın görev başında bulunan bir kişinin görev süresinin uzatılması (bir kimsenin en az 9 yıl Genelkurmay Başkanlığı yapması) sonucunu doğurduğundan; görev süresi sınırının belirlenmesine ilişkin söz konusu amaç, gerçekleştirilmeyecektir.

Buna ilave olarak 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda komuta kademesinin terfi usul ve esasları hüküm altına alınmıştır. Anılan terfi usul ve esaslar, "görevin gerektirdiği nitelikler" nazara alınarak düzenlenmiştir: söz gelimi general ve amiraller üst rütbeye terfi ettirilmesi için aranan şartlar 926 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinde (bu Kanun'un 54'üncü maddesinde belirtilen durumlar haricinde rütbeye mahsus bekleme süresini tamamlamış olmak, rütbeye mahsus en az bir yıllık sicili bulunmak, üst rütbe kadrosunda 49'uncu maddedeki oranlar içinde açık bulunmak, Yüksek Askeri Şuraca 54'üncü madde esaslarına göre seçilmiş olmak, Subay Sicil Yönetmeliği'nde belirtilen kıt'a hizmetini yapmış olmak, korgeneral ve koramiralliğe yükselebilmek için harp akademileri öğrenimini başarı ile bitirmiş bulunmak ve aynı zamanda Kara Kuvvetlerinde muharip sınıfı general, Deniz Kuvvetlerinde güverte veya deniz sınıfı amiral ve Hava Kuvvetlerinde pilot sınıfı generali olmak) sıralanmıştır. Ancak iptali talep edilen düzenleme, söz konusu terfi silsilesini bozacaktır. Zira hiyerarşik yapıda, kuvvet komutanlığına terfi ve oradan Genelkurmay Başkanlığı'na terfi sırasını bekleyen komutanlar, "görevin gerektirdiği nitelikler"e sahip olmadıkları için değil; komuta kademesinin zirvesinde görev yapan kişinin, her yıl ve birel bir işlemle, üstelik hiçbir gerekçe gereği de öngörülmezsizin görevinin beş kez uzatılmasından dolayı bir üst rütbeye atanamayacaktır. Bu itibarla, her yıl, komuta kademesindeki birçok generalin terfi hakkı ihlal edilecek veya ortadan kaldırılacaktır. Başka bir anlatımla komutanların terfiinde belirleyici olan "görevin gerektirdiği nitelikler", TSK Personel Kanunu'nda belirlenmiş olmakla, Cumhurbaşkanının öznel takdirine bırakılan uzatma işlemi, TSK mevzuatı açısından da sorunludur. Bu itibarla, görevdeki Genelkurmay Başkanının görev süresinin birel bir işlemle beş yıla varan uzatmaya olanak tanıyan düzenleme, görev süresi uzatılan Genelkurmay Başkanı açısından olduğu kadar daha güçlü nedenle, üst rütbeye terfi hakları engellenen komutanlar bakımından, "görevi gerektirdiği nitelikler" kuralını ihlal etmesinin yanı sıra, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" kuralına da aykırı olması nedeniyle, Anayasa'nın 70 ve 128'inci maddelerini ihlal etmektedir.

İhtilafli düzenlemenin temel bir hakkın uygulanma alanında keyfiliği olanaklı kılması, onun Anayasa'ya aykırılığını tespit bakımından yeterlidir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilafli cümle, Anayasa'nın 2, 13 ve 70. maddelerine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70. maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

"1- KHK'nin 37. Maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına

atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

viii)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen cümleyle yaş haddinin uzatılması özelinde mali özlük işlerine ilişkin kanun düzeyinde çerçeve çizilmemesi (esas alınacak objektif esas ve usulleri öngörülmemesi) dolayısıyla Cumhurbaşkanına verilen sınırsız takdir yetkisi, aynı nitelikteki Genelkurmay Başkanları arasında idare tarafından kayırma/ayırmacılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen cümlelerin Cumhurbaşkanına verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı nitelikteki Genelkurmay Başkanlarının birinin yaş haddinin uzatılmasına ve fakat diğerinin uzatılmamasına; birinin yaş haddinin söz gelimi 1 yıl, diğerinin 4 yıl uzatılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya

elverişli değildir. Başka bir anlatımla, emekliliğe ilişkin özlük işleri kapsamında kalan yaş haddinin uzatılmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin idareye bırakılması, aynı nitelikteki milli savunma hizmeti sunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen kuralın aynı durumdaki Genelkurmay Başkanları arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilafı kuralın haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

ix) Sosyal devlet ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile sosyal güvenlik hakkı bakımından:

Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa'nın 2. maddesinde sosyal devlet olarak nitelendirilmiş ve Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" sayılmıştır. Söz konusu Anayasal hükümlerin bir tezahürü, Anayasa'nın 60. maddesinde güvencelenen sosyal güvenlik hakkıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

"22. Anayasa'nın 60. maddesinde "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir./ Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." denilmektedir. Buna göre sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek devlet için bir görevdir.

23. Sosyal güvenlik, kişilerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerinin en aza indirilmesi, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardının güvence altına alınmasıdır. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin yaşlılık, hastalık, malullük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır. Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür."

şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 29.04.2021 tarihli ve 2021/1 E.; 2021/32 K. sayılı Kararı).

O halde Devletin, söz konusu pozitif yükümlülüğüne istinaden; Genelkurmay Başkanlarının da emeklilik özelinde sosyal güvenlik hakkını eşit düzeyde temin etmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa kanunilik ilkesinin) aksine iptali talep edilen cümleyle Genelkurmay Başkanlarının yaş haddinin birer yıllık süre ile 72 yaşına kadar uzatılabilmesi, Cumhurbaşkanının düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerinin konusu yapıldığından; anılan hak, aynı konumda bulunan Genelkurmay Başkanları bakımından eşit düzeyde temin edilemeyecektir. Her biri bakımından emekliliğe konu işlemlerde, değişik yaş hadleri esas alınmak suretiyle mali nitelikteki özlük hakları farklılaşacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13 ve 60'ıncı maddelerine aykırıdır.

x) Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen "sosyal devlet" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri

sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.” şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa’nın 49’uncu maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen cümle; milli savunmanın bütüncül bir şekilde yerine getirildiği de göz önüne alındığında; Genelkurmay Başkanı adayları ve Genelkurmay Başkanları arasında eşitsiz muamelelere, farklı yaş hadleri belirlenmesine yol açacağından, çalışma barışının da (“görevin gerektirdiği nitelik” ölçütü göz ardı edilerek) bozulmasına neden olacaktır. Çalışma barışının bozulması; emir-komuta zincirinin bozulmasına, askeri disiplin ve hiyerarşiye hanel gelmesine, ordunu siyasallaşmasına, Milli savunma hizmetini yürütmekle görevli olan Genelkurmay Başkanlarının ilgilerini başka alanlara yöneltmesine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 2, 5 ve 49’uncu maddelerine de aykırıdır.

xi) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa’nın 2 ve 5’inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa’nın 49’uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Bu yükümlülüğün, Genelkurmay Başkanlığı makamına atanmada görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki diğer tüm keyfi tercih ölçütlerinin kullanılmasına mani olacak koşulların sağlanmasını öncelikle içerdiği izahattan varestedir. Ancak iptali talep edilen cümle, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim Cumhurbaşkanı tarafından objektif kriterlere dayanmadan Genelkurmay Başkanının yaş haddinin ve dolayısıyla görev süresinin uzatılması; Genelkurmay Başkanı olmaya namzet komutanların (Genelkurmay Başkanının hiyerarşik astı durumunda olan komutanların), Genelkurmay Başkanlığı makamına atanma özelindeki çalışma hakkını engelleyecektir; onların emekliye ayrılmalarının önü açılacaktır. Başka bir anlatımla Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam ve fırsat eşitliği hazırlanamayacaktır. Kanun koyucu, söz konusu yaş haddinin uzatılmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini Cumhurbaşkanının uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa’nın 2, 5, 13 ve 49’uncu maddelerine aykırıdır.

xii) Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa’dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa’nın 153’üncü 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). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum’da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu’na bırakılması, Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırıdır. Bu

nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa’nın 128’inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen cümleyi kanunlaştırması, Anayasa’nın 153’üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6’ncı maddesine ve Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

Tüm bu nedenlerle 7415 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 49. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 11, 13, 49, 60, 70, 104, 117, 118, 123, 128 ve 153’üncü maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

2) 30.06.2022 tarihli ve 7415 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12. maddesiyle 3225 sayılı Kanun’un değiştirilen 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı kararıyla” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7415 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle 3225 sayılı Kanun’un “Döner sermaye teşkili ve tutarı” başlıklı 3’üncü maddesi, değiştirilmiştir. Anılan değişik 3’üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca; bu Kanun kapsamına giren işletmelere toplam yüz milyon Türk lirası tutarında tahsis edilen sermaye miktarı, Cumhurbaşkanı kararıyla beş katına kadar artırılabilir. Ancak tahsis edilen sermaye miktarının beş katına kadar artırılması hususunda Cumhurbaşkanını yetkilendiren iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Başka bir anlatımla 7415 sayılı Kanun ile 3225 sayılı Kanun’da birtakım değişiklikleri yapılmıştır. Bu kapsamda (7415 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesiyle) Milli Savunma Bakanlığı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına Bağlı Kurumlar ile Asker Hastanelerinde Döner Sermaye Teşkili ve İşletilmesine İlişkin Kanunun adı “Milli Savunma Bakanlığı Döner Sermaye İşletmeleri Kanunu” şeklinde değiştirilmiştir; (7415 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesiyle) bu Kanun’un, Milli Savunma Bakanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları bünyesindeki kurumların atıl kapasitelerinin ülke ekonomisi yararına değerlendirilmesi amacıyla gerekli yerde ve sayıda döner sermaye işletmesi kurulmasını, görevlerini, idari ve mali işlemlerine dair esas ve usulleri düzenleyeceği ve (7415 sayılı Kanun’un 11’inci maddesiyle) bu Kanun’da geçen kurumun; Harita Genel Müdürlüğü, Seyir, Hidrografi ve Oşinografi Dairesi Başkanlığı, Personel Temin Daire Başkanlığı, Arşiv ve Askeri Tarih Daire Başkanlığı ile hastane, fabrika, tersane, atölye, dikimevi, ikmal ve bakım merkezi, matbaa, laboratuvar, müze, mehteran ve bando faaliyeti yürütenler ile okul ve üniversite gibi askeri kuruluşları ifade ettiği hüküm altına alınmıştır.

Bu değişikliklere istinaden 7415 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesi değiştirilmiştir. Şöyle ki:

3225 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 7415 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali:

“Döner sermaye teşkili ve tutarı

Madde 3 – (Değişik birinci fıkra :20/6/2002- 4762/1 md.) Bu Kanun kapsamına giren döner sermaye kuruluşlarına toplam beş trilyon lira sermaye tahsis olunmuştur.

Bu miktar Bakanlar Kurulu Kararı ile beş katına kadar artırılabilir.

(Değişik: 22/1/2015-6586/74 md.) Döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar için ilgili Kuvvet Komutanlığının, asker hastaneleri için hastanelerin bağlı olduğu komutanlığın teklifi ve Genelkurmay Başkanlığının uygun görmesi üzerine, Millî Savunma Bakanlığınca yapılır. Millî Savunma Bakanlığına bağlı kuruluşlar için bu işlem doğrudan anılan Bakanlıkça yapılır.”

3225 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinin 7415 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle değiştirildikten sonraki hali:

“Döner sermaye teşkili ve tutarı

Madde 3 –

Bu Kanun kapsamına giren işletmelere toplam yüz milyon Türk lirası sermaye tahsis olunmuştur.

Tahsis edilen sermaye miktarı Cumhurbaşkanı kararıyla beş katına kadar artırılabilir.

Döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması Millî Savunma Bakanlığınca yapılır.”

şeklindedir.

Cumhurbaşkanına tanınan yetki, çok yönlü olarak Anayasa’ya aykırıdır.

i) Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri 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 önkoşullarından 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 davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa’nın 123’üncü 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 Kanun kapsamına giren işletmelere tahsis olunan toplam yüz milyon Türk lirası sermaye miktarının beş katına kadar artırımına ilişkin idari işlemin (Cumhurbaşkanı kararının); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; -Anayasal ilkelerin aksine- sermaye miktarının hangi hallerde ne kadar arttırılacağına ilişkin açık, nesnel, somut bir ölçüt (söz gelimi yüksek enflasyon karşısında ihtiyaçların karşılanamaması, döner sermaye işletmesinin faaliyet hacminin veya kâr oranının, döner sermaye işletmesine talebin artması) öngörmemiş; üst haddi belirlemekle yetinmiştir. (Tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanının alacağı kararı, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı; döner sermaye işletmelerinin iktisadi öngörülebilirliğine hanel getirmektedir. Öte yandan, Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanı kararına (idarenin düzenleyici işlemine), maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2 ve 123’üncü maddelerine aykırıdır.

ii)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). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Cumhurbaşkanına, tahsis edilen sermaye miktarını beş katına kadar artırma yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7’nci maddesine aykırılık oluşturur.

iii)Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık; Anayasa’nın 104’üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında “3225 sayılı Kanun kapsamına giren işletmelere toplam yüz milyon Türk lirası tutarında tahsis olunan sermaye miktarını beş katına kadar artırma” görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; bu türden düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa’nın 104’üncü maddesinde) bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanını yetkilendirmek suretiyle; Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6’ncı maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hüküm ve 104’üncü maddesini ihlal etmiştir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104’üncü maddelerine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7415 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun'un değiştirilen 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı kararıyla" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 104 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

3) 30.06.2022 tarihli ve 7415 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12'nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun'un değiştirilen 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Milli Savunma Bakanlığınca" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7415 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun'un "Döner sermaye teşkili ve tutarı" başlıklı 3'üncü maddesi, değiştirilmiştir. Anılan değişik 3'üncü maddenin üçüncü fıkrası uyarınca; döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması, Milli Savunma Bakanlığınca yapılacaktır. Ancak döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması hususunda Milli Savunma Bakanlığı'nı yetkilendiren iptali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 7415 sayılı Kanun'un 12'inci maddesinin gerekçesinin ilgili bölümü: "Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır." şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 3'üncü maddenin iptali talep edilen ibarenin yer aldığı üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade; Genelkurmay Başkanlığı'nı (ve Kuvvet Komutanlıklarını) sembolik bir statüye indirgemeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir.

Başka bir anlatımla 7415 sayılı Kanun ile 3225 sayılı Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda (7415 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesiyle) Milli Savunma Bakanlığı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına Bağlı Kurumlar ile Asker Hastanelerinde Döner Sermaye Teşkili ve İşletilmesine İlişkin Kanunun adı "Milli Savunma Bakanlığı Döner Sermaye İşletmeleri Kanunu" şeklinde değiştirilmiştir; (7415 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle) bu Kanun'un, Milli Savunma Bakanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları bünyesindeki kurumların atıl kapasitelerinin ülke ekonomisi yararına değerlendirilmesi amacıyla gerekli yerde ve sayıda döner sermaye işletmesi kurulmasını, görevlerini, idari ve mali işlemlerine dair esas ve usulleri düzenleyeceği ve (7415 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle) bu Kanun'da geçen kurumun; Harita Genel Müdürlüğü, Seyir, Hidrografi ve Oşinografi Dairesi Başkanlığı, Personel Temin Daire Başkanlığı, Arşiv ve Askeri Tarih Daire Başkanlığı ile hastane, fabrika, tersane, atölye, dikimevi, ikmal ve bakım merkezi, matbaa, laboratuvar, müze, mehteran ve bando faaliyeti yürütenler ile okul ve üniversite gibi askeri kuruluşları ifade ettiği hüküm altına alınmıştır.

Bu değişikliklere istinaden 7415 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi değiştirilmiştir. Şöyle ki:

3225 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 7415 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle değiştirilmeden önceki hali:

"Döner sermaye teşkili ve tutarı

Madde 3 – (Değişik birinci fıkra :20/6/2002- 4762/1 md.) Bu Kanun kapsamına giren döner sermaye kuruluşlarına toplam beş trilyon lira sermaye tahsis olunmuştur.

Bu miktar Bakanlar Kurulu Kararı ile beş katına kadar artırılabilir.

(Değişik: 22/1/2015-6586/74 md.) Döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar için ilgili Kuvvet Komutanlığının, asker hastaneleri için hastanelerin bağlı olduğu komutanlığın teklifi ve Genelkurmay Başkanlığının uygun görmesi üzerine, Millî Savunma Bakanlığınca yapılır. Millî Savunma Bakanlığına bağlı kuruluşlar için bu işlem doğrudan anılan Bakanlıkça yapılır.”

(Her ne kadar 25.07.2016 tarihli ve 699 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Millî Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin dördüncü bölümüyle Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve asker hastanelerinin devri gerçekleştirilmiş ise de; aşağıda yer alan açıklamalarda asker hastaneleri de yer alacaktır.)

3225 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 7415 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle değiştirildikten sonraki hali:

“Döner sermaye teşkili ve tutarı

Madde 3 –

Bu Kanun kapsamına giren işletmelere toplam yüz milyon Türk lirası sermaye tahsis olunmuştur.

Tahsis edilen sermaye miktarı Cumhurbaşkanı kararıyla beş katına kadar artırılabilir.

Döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması Millî Savunma Bakanlığınca yapılır.”

şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar ile asker hastaneleri bakımından döner sermayenin işletmelere tahsisine, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılmasına yönelik idari işlemi, Millî Savunma Bakanlığı tek başına tesis edecektir. Diğer bir deyişle söz konusu hukuki işlemi oluşturan (Kuvvet Komutanlıkları veya komutanlıklar tarafından) teklif edilme ve (Genelkurmay Başkanlığı tarafından) uygun görülme mekanizmaları ortadan kaldırılmıştır. Daha somut bir anlatımla, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar ile asker hastaneleri bakımından döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması bakımından; Kuvvet Komutanlıklarının ve komutanlıkların dahil olduğu inha süreci bertaraf edilmiş, Genelkurmay Başkanlığı'nın iradesi de tamamen dışarıda bırakılmış ve Millî Savunma Bakanlığı, tek yetki sahibi haline getirilmiştir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili olan döner sermayenin işletmelere tahsisine, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılmasına yönelik söz konusu teknik konunun; Millî Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen döner sermayenin işletmelere tahsisine, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılmasına karar verme yetkisi, iptali talep edilen ibareyle (iç işleyişi bozacak şekilde) Kuvvet Komutanlıklarının ve komutanlıkların

teklifi ve Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesine yönelik hukuki prosedür bertaraf edilerek; tek başına Milli Savunma Bakanlığı'na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa'ya birçok yönden aykırıdır.

i) Kamu yararı ilkesi bakımından: Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı açıktır (Anayasa Mahkemesi'nin 17.06. 2015 tarihli 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Ancak Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar ile asker hastaneleri bakımından döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması hususunda bilgi sahibi ilk makam, o işletmelerin bulunduğu Kuvvet Komutanlıklarının başı olan Kuvvet Komutanları ile komutanlıkların başı olan komutanlardır. Bunun içindir ki kanun koyucu, söz konusu 3'üncü maddede değişiklik yapılmadan önce, Kuvvet Komutanlıklarının ve komutanlıkların döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması için öneride bulunmasını öngörmüş ve bu öneriyi, (icrailik niteliği kazanması için) (başlı, Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan) Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesine tabi kılmıştır. Döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması bakımından askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için getirilen bu usûl, iptali talep edilen ibareyle kamu yararı gözetilmeksizin ortadan kaldırılmıştır. Nitekim döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılmasının (Kuvvet Komutanlıklarının ve Genelkurmay Başkanlığı'nın iradesi olmaksızın) salt Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Kuvvet Komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığı içindeki hiyerarşiyi bozacaktır. Zira Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar ile asker hastaneleri bakımından döner sermayenin yönetimi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişle hiyerarşik yapı içinde üst, kendi görev ve yetki alanı içindeki iş, işlem ve eylemlerden sorumludur. O halde, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarının kendilerine bağlı kurumların döner sermayesinin; komutanlıkların kendisine bağlı asker hastanelerinin döner sermayesinin nasıl yönetileceğinin belirlenmesine yönelik teklifte bulunması; ve bu durumu, (Başkanının, Türk Silahlı Kuvvetlerinin başı konumunda bulunan) Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi; onların, o askeri alanın en üst amiri olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu hiyerarşik yetkinin ortadan kaldırılması; amiri, amirlik makamının gereklerini yerine getirmekten alıkoyacak, askeri hiyerarşiyi ve genel idare usulündekinden daha sıkı olan otoriteyi bozacaktır. Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar ile asker hastaneleri bakımından döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılması yönünden ilk elden bilgi sahibi olan Kuvvet Komutanlıklarını, komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığı'nı bu sürecin dışına çıkarmak, doğası gereği katı bir hiyerarşik yapı çerçevesinde gerçekleşen askeri disipline zarar verir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır.

ii) Hukuk devleti ilkesi ve Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının Anayasal statüsü bakımından: Anayasa'nın 117'nci maddesi gereğince Cumhurbaşkanı'nın atanması Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 338'inci maddesi gereğince Genelkurmay Başkanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları Milli Savunma Bakanı'na bağlıdır. Her ne kadar Genelkurmay Başkanlığı ile

Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları, Milli Savunma Bakanı'na bağlanmış olsa da; Genelkurmay Başkanı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları, Anayasa'nın 118'inci maddesi gereğince (Milli Savunma Bakanı'ndan azade) Milli Güvenlik Kurulu'nun üyesidir ve Anayasa'nın 148'inci maddesi gereğince görevleriyle ilgili suçlar nedeniyle Yüce Divan'da yargılanacaklardır. Diğer bir deyişle üst düzey kamu görevlisi olan (Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.2018 tarihli ve 2015/9734 Bireysel Başvuru No'lu Hüsnü Şimşek Kararı, § 51) ve anayasal bir statüye sahip Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanları, bakanlıkların bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşlarındaki üst kademe kamu yöneticilerinden farklıdır. Daha somut bir anlatımla, Türk Silahlı Kuvvetlerinin tekil örgütlenmesi içinde Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları; tarihsel önemini, kendine özgü hukuki statüsünü, anayasal varlığını korumaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de; "Gerçekten 110 uncu maddenin üçüncü fıkrasında "Genel Kurmay Başkanı, silâhlı Kuvvetlerin Komutanıdır." hükmü yer almıştır. Bu hükmü ile Anayasa, Genel Kurmay Başkanına; Türk Ordusunun Kurmaylık hizmetlerinden başka, barış ve savaş hali ayırımı yapmadan, Silâhlı Kuvvetlerin komutanlığı görevini de vermiş bulunmaktadır. Komutanlığın; bir sevk ve idare makamı olduğunda ve komutası altındaki bütün kuvvetlerin barışta ve savaşta her bakımdan hazırlanması ve idaresi işlerinin de bu makama ait bulunduğu şüphe yoktur. 4/1/1961 günlü ve 221 sayılı (Türk Silâhlı Kuvvetleri İç hizmet Kanunu) nun 35 inci maddesinde "Silâhlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk Yurdunu ve Anayasa ile tâyin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır." denilmekte ve buna göre silâhlı kuvvetlerin komutanı da Türk Ordusunu, bu görevleri her an başarmaya kudreti olacak surette ayakta ve hazır tutmak görevini ve bunun sorumluluğunu yüklenmiş bulunmaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 14.04.1966 tarihli ve 1963/67 E.: 1966/19 K. sayılı Kararı - Her ne kadar anılan içtihat 1961 Anayasası döneminde oluşturulsa da güncelliğini korumaktadır.)

O halde Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına bağlı kurumlar ile asker hastaneleri bakımından döner sermayenin işletmelere tahsisine, tahsis edilen miktarların azaltılıp veya çoğaltılmasına yönelik idari işlem tesis etme yetkisini (anayasal statüye sahip Kuvvet Komutanlıklarının ve komutanlıkların teklifi üzerine), (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanı'nın başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görme özelinde yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak; askeri otorite olan Genelkurmay Başkanlığı ile Kuvvet Komutanlıkları ve komutanlıklarının kumanda edeceği askeri birliklerde yer alan işletmelerin döner sermayelerinin, askeri ihtiyaçlara binaen yönetilememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliğini zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanlığı ile Kuvvet Komutanlıkları ve komutanlıkların uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin tek başına Milli Savunma Bakanlığı'nın bünyesine geçirilmesi; bir sivil makam olan Milli Savunma Bakanlığı'nın teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir.

Buna ilave olarak hukuk devleti ilkesi gereğince modern devletin kurumlarında bir görevin ifası için tanınan yetki ve bu yetkinin kullanılması (ya da kullanılmaması) ile birlikte doğan sorumluluk arasında bir denge vardır. O halde anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanının ve Kuvvet Komutanlarının (Anayasa'nın 117 ve 118'inci maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu tahsis (ile azaltma ve çoğaltma) işleminin, Kuvvet Komutanlıkları ile komutanlıkların teklifi ve Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi

üzerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması yerine tek başına Milli Savunma Bakanlığınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 117 ve 118'inci maddelerine aykırıdır.

iii)İdarenin bütünlüğü ilkesi: askeri hiyerarşi ve disiplin bakımından: Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan "idarenin bütünlüğü" ilkesi, tekil devlet modelinde yönetim alanında öngörülen temel ilkedir. Bu ilke, yönetsel işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların "bir bütün" oluşturduğunu anlatmaktadır. Tekil devlet modelinde, tek bir egemenlik vardır ve devlet tek yetkilidir. Devletin örgütsel yapısı parçalı bir görünüm sergilese ve devlet yetkisini kullanan birçok kamu tüzelkişisi olsa da, bunların arasındaki birlikteliği "idarenin bütünlüğü" ilkesi sağlamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 18.01.2007 tarihli ve 2005/32 E.; 2007/3 K. sayılı Kararı). İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idarî vesayet kullanılmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.11.2011 tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü ve askeri hiyerarşik örgütlenmeye dayalı bir idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu tahsis (ile azaltma ve çoğaltma) işleminin Kuvvet Komutanlıkları ile komutanlıkların teklifi ve (1 No'lu Cumhurbaşkanlığı'nın 338'inci maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi üzerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması yerine tek başına Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca ve Kuvvet Komutanlarınca kumanda edilen askeri birliklerde yer alan işletmelerin döner sermayelerinin, askeri ihtiyaçlara binaen yönetilme gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi (Anayasa'nın 123'üncü maddesi) de ihlal edilmektedir.

iv)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri 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 davranışta 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.

İlk fıkrası "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmünü içeren Anayasa'nın 123'üncü 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.

Döner sermayenin işletmelere tahsisine, tahsis edilen miktarların azaltılıp çoğaltılmasına ilişkin usul ve esasların; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; - Anayasal ilkelerin aksine- Milli Savunma Bakanlığı'nı tahsisatı nasıl yapacağı, hangi durumlarda tahsise konu meblağın azaltılıp çoğaltılacağına karar vermesi bakımından hiçbir nesnel, açık, öngörülebilir, somut kıstasla kayıtlamamıştır. Halbuki 7415 sayılı Kanunla yapılan söz konusu değişiklikten önce Milli Savunma Bakanlığı'nın tahsisata yönelik anılan idari işlemleri tesis ederken; Bakanlık, Kuvvet Komutanlıklarının ve komutanlıkların teklifi ve Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi ile sınırlandırılmıştı. Zira teknik bir mesele olan döner sermayenin işletmelere tahsisi hakkında ilk elden bilgi sahibi olan (o işletmelerin yer aldığı askeri alanların başı konumunda bulunan) Kuvvet Komutanlıklarının, komutanlıkların ve Genelkurmay Başkanlığı'nın teklifinin ve uygun görmesinin idari işlemi ihdası bakımından bir aşama oluşturması, eşyanın tabiatının gereğidir. Zira tahsisat, ihtiyaçlara binaen yapılacaktır. İdarenin iradesi oluşurken; idari işlemin konu – sebep – amaç unsurlarının hukuki meşruluğu; Kuvvet Komutanlıklarının, komutanlıkların ve Genelkurmay Başkanlığı'nın teklifi ve uygun görmesi ile somutlaşacaktır.

İdarenin (Milli Savunma Bakanlığı'nın) tesis edeceği (dayanacağı ilke ve esasların kanunda öngörülmemiş olması itibarıyla zorunlu olarak) keyfi mahiyetteki düzenleyici (ve dahi birel) işlemleri çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı; işletmelerin hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğine hanel getirmektedir. Öte yandan idarenin (Milli Savunma Bakanlığı'nın) uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan 3'üncü maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Söz konusu tahsis ile tahsise konu meblağın azaltılma ve çoğaltılma usulünün kanun düzeyinde belirlenmemesi; işletmeleri, kanuni güvenceden yoksun bırakacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

v)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7'nci 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). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Milli Savunma Bakanlığı'na); döner sermayenin işletmelere tahsisi, tahsis edilen miktarların azaltılıp çoğaltılması hususunda karar verme yetkisi tevdi eden yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

vi)Eşitlik ilkesi bakımından; Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idareye (Milli Savunma Bakanlığı'na) verdiği sınırsız takdir yetkisi, işletmeler arasında idare tarafından

kayıma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

İptali talep edilen ibarenin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı nitelikteki iki işletmeden birine daha az tahsisat yapılmasına, bazı işletmelere ihtiyaçlarına nazaran daha çok tahsisat yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı kural, benzer durumda bulunan işletmeler arasında, kanun yoluyla; tahsisat yapılması (veya azaltılması ve çoğaltılması) bakımından haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7415 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun'un değiştirilen 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Milli Savunma Bakanlığınca" ibaresi, Anayasa'nın 2, 7, 10, 117, 118 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

30.06.2022 tarihli ve 7415 sayılı Askerî 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.

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.

II. SONUÇ VE İSTEM

30.06.2022 tarihli ve 7415 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 1'inci maddesiyle 22.05.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun ek 15'inci maddesine sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan "gibi" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 10, 13, 19, 36, 38, 70, 90, 123, 128, 129 ve 153'üncü maddelerine,

2) 3'üncü maddesiyle 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 11, 13, 49, 60, 70, 104, 117, 118, 123, 128 ve 153'üncü maddelerine,

3) 12'nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun'un değiştirilen 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanı kararıyla" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 7, 104 ve 123'üncü maddelerine,

4) 12'nci maddesiyle 3225 sayılı Kanun'un değiştirilen 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Milli Savunma Bakanlığınca" ibaresi, Anayasa'nın 2, 7, 10, 117, 118 ve 123'üncü maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. ”