"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ :

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin kararı özetle şöyledir :

Davacı G.E. 1983 nasıplı binbaşı olup rütbe terfiinde 926 sayılı Yasa'nın 30. maddesi uyarınca 6. yıllık bekleme süresine tabidir. Buna göre yasal koşulların gerçekleşmesi durumunda 30.8.1989 tarihinde yarbaylığa terfi edebilecekti. Ancak, 1989, 1990 ve 1991 yıllarında 3 yıl süreyle terfi edememiştir. Davacı 4. yıl olan 1992 yılında da terfi edemediği takdirde bir daha terfi işlemine tabi tutulmayacak ve bulunduğu rütbenin yaş haddine kadar TSK.nde görev yapılabilecektir. (926 sayılı Yasa'nın 3475 sayılı yasayla değişik 44/son m.).

Davacının 1991 yılında üçüncü kez terfi edememesinin nedeni, sicil notu ortalaması esas alınarak yapılan sıralamada, birlikte yükselme işlemine tabi tutulduğu 115 subaydan sondan dört kişi arasında yer alması nedeniyle hakkında 29.9.1988 tarih ve 3475 sayılı Yasa'nın 1, 3. ve 14. maddelerinin uygulanmasıdır.

3475 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki mevzuat hükümleri uyarınca (926 sayılı K.m.38) % 60 not ortalamasına sahip olduğu için maddedeki diğer terfi koşullarını da taşıması halinde yarbay rütbesine terfi edebilecek iken davacı binbaşı sırf 3475 sayılı Yasa'nın hakkında uygulanması sonucu baraj içinde kaldığından terfi edememiştir.

3475 sayılı Yasa terfide baraj sistemi denilen yeni bir esas getirmiştir. Yasa, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli subay ve astsubayların mesleklerinde daha başarılı, nitelikli, bilgili olmalarını temin amacını gütmüştür.

Çalışan ve bilen ile mesleğinde gayret göstermeyen, kendini yenilemeyen subay ve astsubayların aynı olmamaları, çalışanın ödüllendirilip terfi ettirilmesi, böylece üst rütbelere daha az subayın terfii yapılarak Silahlı Kuvvetlerde "piramidin" korunması amaçlanmıştır. Ne var ki çalışanın, mesleğinde kendini yenileyenin ve üst rütbeye liyakat gösterenin saptanması yöntemini belirleyen Yasa hükümlerinin Anayasa'ya uygun olması da esastır.

Davacının, 926 sayılı TSK. Personel Kanunu'nun 38. maddesinin 3475 sayılı yasayla değiştirilmesinden önceki şekline göre, rütbe terfii koşullarının tümünü taşıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim davalı Milli Savunma Bakanlığı davaya karşı yaptığı savunmada sicillerinin sıralı sicil üstlerince mevzuata uygun surette verildiğini belirttikten sonra, davacının 926 sayılı Yasa'nın 3475 sayılı Yasayla değişik 3/u, ü, ve v, 38. ve 39. maddeleri uyarınca "terfide baraj sistemi" nedeniyle yarbay rütbesine terfi edemediğini ileri sürmüştür.

926 sayılı Yasa'nın 3475 sayılı Yasayla değişik 39. maddesi (a) bendinin verdiği yetkiye dayanarak Yüksek Askeri Şura, 21. Aralık 1990 tarihinde aldığı 1 numaralı kararla; 30.8.1991 tari­ hinde yükselme sırasında bulunan binbaşılar için baraj yüzde oranını % 4, baraj miktarı 1 ve yukarı tam sayılarda küsuratlı çıkması halinde küsuratın alt tama, 1 tam sayının altında küsuratlı çıkması haline ise küsuratın 1 tam sayıya iblağ edilmesi ve baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasının 75 ve daha yukarı olmasını kabul etmiştir.

Davacıyla birlikte, 30 Ağustos 1991 tarihinde yarbaylığa terfi sırasında olan piyade sınıfında 115 binbaşı olduğundan öncelikle kendi aralarında yeterlik derecesi sıralamasına tabi tutulmuşlardır. Binbaşı rütbesi için baraj yüzde oranı Yüksek Askeri Şura'ca % 4 olarak kararlaştırıldığından, baraj miktarı 115x0.04= 4.6 (dört onda altı) olarak belirlenmiştir. Küsuratın alt ya da üst tam sayıya iblağ edilmesi Yüksek Askeri Şura yetkisine bırakıldığından (m.39/a) küsuratlı rakam alt tama iblağ edilmiş ve baraj 4 olarak saptanmıştır. Bu durumda 115 kişi yeterlik derecesi (sicil notu ortalaması) sıralamasına tabi tutulmuş ve davacı 70.03 (yetmiş virgül sıfır üç) not ortalamasıyla en sondan 4. sırada yani baraj içinde yer aldığından yarbaylığa terfi edememiştir.

3475 sayılı Yasayla iki tür baraj kabul edilmiş bulunmaktadır. Bir kısım subaylara 1. tür baraj uygulanırken diğer bir bölümüne 2. tür baraj uygulanmaktadır.

a) 1. Tür Baraj Esası : Sınıf mevcudunun Yüksek Askeri Şura tarafından rütbe için öngörülen baraj yüzde oranıyla çarpımı sonucu çıkan rakam 1'den fazla olur ise; örneğin 2 ve daha yukarı ise 1. tür baraj uygulanacaktır. Bilfarz yükselme sırasında 115 piyade binbaşı olsun, Yüksek Askeri Şura'ca % 4 oran kabul edildiğine göre, 115x% 4= 4.6 rakamı elde edilmektedir. Yine Yüksek Askeri Şura kararına göre küsurat bir alt tama indirildiğinden bahse konu sınıf ve rütbede 4 kişi terfi edemeyecek demektir. 115 kişiden en sondan itibaren 6'sının not ortalamasının 77, 79, 85, 86, 88 ve 90 olduğunu kabul edelim. Bu örnekte en sondan itibaren 77, 79, 85, ve 86 not ortalamasına sahip olan dört kişi baraj içinde kaldıklarından terfi edemeyeceklerdir. Şayet, sondan 6 kişinin sicil not ortalamaları 62, 64, 67,68, 69, 70 ise en sondaki 62,64,67, ve 68 not ortalamasına sahip subaylar terfi edemeyecek, 69 ve 70 not orta­ lamasına sahip olanlar terfi edeceklerdir. Birinci örnekte 86 not ortalaması sahibi dahi terfi edemiyorken ikinci örnekte 69 notla terfi mümkün olmaktadır.

b) 2. Tür Baraj Esası: Sınıf mevcudunun baraj yüzde oranıyla çarpımı sonucu çıkan rakamın bir tam sayının altında küsuratlı olması (örneğin 18 kişi 18 x % 4= 0.72) sonucu 1 tama iblağ edilen bir sınıfta ya da sınıfında tek kişi bulunması durumunda yukarıda açıklanan 1. tür baraj uygulaması yapılmayacak ve Yüksek Askeri Şura'nın belirlediği % 75 baraj notu ortalamasını tutturması halinde terfi işlemi yapılacaktır.

Yükselme sırasında bulunan aynı piyade binbaşının 1. tür baraj esasına göre baraj içinde kalması nedeniyle yukarıda verilen örnekteki gibi, 86 not ortalamasıyla 1991 yılında terfi edemediğini düşünelim. Moralinin bozulduğunu, çalışma şevki kalmadığını ve o nedenle pek verimli bir çalışma içine giremediğinden sicil amirlerinden aldığı daha düşük sicil notuyla bu sefer sicil notu ortalamasının 79'a indiğini varsayalım. 1992 yılında yükselme sırasında bulunan piyade sınıfı mevcudu 34 kişi olsun. 34x%4= 1.36. Bu rakamın, Yüksek Askeri Şura'nın kararıyla alt tam sayıya iblağ edilmesi sonucu bu gruptan 1 kişi terfi edemeyecek demektir. 1992 yılında yarbaylığa yükselme sırasında olan binbaşıların sicil notu ortalamalarının sondan itibaren 62, 64, 65, 69, 70, 71 şeklinde sıralandığını kabul edelim. Bu durumda sadece 62 sicil notu ortalamasına sahip binbaşı terfi edemeyecek, diğerleri 64,65, 69,70,71 gibi sicil notlarıyla terfi edeceklerdir.

Halbuki yasanın amacı çalışmayı teşvik etmek, daha yetenekli, daha çalışkan ve bilgili subay-astsubay yetiştirmektir. Olayımızda ise bu durumun tersi gerçekleşmiş, sırf devre kaybı nedeniyle bir sonraki yıla kalan ancak başarılı bir çalışma çizgisi gösteremeyen ve önceki yıl 86 sicil notuyla terfi edemeyen aynı subay, bu kez 79 sicil notu ortalamasıyla terfi etmiş olacaktır. Bunun ise yasanın genel gerekçesinde belirtilen amaçla uyum içinde olmadığı çok açık bir şekilde görülmektedir.

c) 86 not ortalamasıyla terfi edemeyen bir binbaşı ertesi sene 90 ve hatta daha çok not alsa dahi yine de terfi edemeyebilir. Zira not ortalaması sicil tam notunun sicil adedine bölünerek bulunmaktadır. Böylece ertesi sene birlikte işleme tabi olacağı binbaşıların sicil notları kendisinden yüksek olabilir. O halde, adı geçen binbaşının terfi etmek için aşırı gayret göstermesi, geceyi gündüze katıp çalışması, en üstün madalya ve en büyük takdir­ nameleri alması dahi onun durumunda değişiklik yaratmayacak, yine bulunduğu binbaşı rütbesinden yarbaylığa terfi edemeyecektir. Demek oluyor ki terfi edip etmemek çalışmakla kendini yetiştirmekle de çoğu zaman mümkün olmayacaktır. O halde bu durum terfide baraj sisteminin mevzuata getiriliş amacı ile bağdaşmadığını gösteren ayrı bir olgudur.

d) Generalliğe terfi için % 85 not ortalamasına sahip albaylar Yüksek Askeri Şura'da değerlendirmeye tabi tutuldukları ve generalliğe terfi edebildikleri halde bir binbaşı 88, hatta 90 küsur notla terfi edemeyebilecektir. Rakamsal gerçeklik bunu kanıtlamaktadır. Bu durum da Yasa'nın kabulünde güdülen amacın uygulamada çelişik ve gayri adil sonuçları önleyemediğini göstermektedir.

e) Yasa aynı Kuvvet Komutanlığı içinde sınıflar arasında eşitsizlik yarattığı gibi, kuvvetler arasında da dengeyi ve eşitliği bozmaktadır. Kara Kuvvetleri'nde aynı nasıplı ve aynı sınıfta yükselmeye tabi maliye sınıfı binbaşı sayısı % 4 baraj oranıyla çarpıldığından baraja girecek ve terfi edemeyecek subay sayısı için hayli fazla olurken, örneğin Deniz Kuvvetleri'nde yine maliye sınıfı binbaşı sayısı daha az, muhtemelen 25 kişinin altında olacağından sadece 2. tür baraj olan % 75 oranında sicilinin bulunması yeterli kabul edileceği için tüm Deniz Kuvvetleri mensubu maliye sınıfı binbaşılar terfi edeceklerdir. Kara Kuvvetleri mensubu maliye sınıfı binbaşı 80-90 sicille terfi edemezken veya tersi 60-70 not ile terfi edecekken Denizci'nin 75 notla terfii tam bir eşitsizlik yaratan uygulama olmaktadır. Aynı mesleği (maliye sınıfı) ifa eden ve aynı sicil sistemiyle değerlendirilen, Harp Okulu'nda aynı sınıfta beraber okuyan, ancak sırf farklı kuvvetlerde görev alan iki arkadaştan birinin düşük sicil notu ile terfi etmesine karşın diğerinin daha yüksek sicil notuyla terfi edememesinin çalışmayı özendirme ve yarışma ögesiyle ilişkisi kesilmiş olmaktadır.

Hatta adalet anlayışına ve Yasa'nın genel gerekçesine ters düşen bu sonuç aynı kuvvete ve bununda ötesinde aynı sınıfa mensup personel için de söz konusudur. Şöyleki; piyade sınıfından albaylığa yükselecek yarbay mevcudu açısından baraj notu uygulanmaması nedeniyle sicil tam notunun % 75'ini tutturan bir yarbay albaylığa yükselebilecekken, bir piyade yüzbaşının yine salt sınıf mevcudunun fazlalığı nedeniyle pek iyi derece ile ifade edilen bir sicil notu ortalamasıyla örneğin 88 notla terfi edemeyebilecektir. Oysa albaylığa yükselerek sınıfı itibariyle asli makam olan Alay Komutanlığı yetki ve sorumlulukları açısından daha üstün bir liyakat aranması tabidir....

SONUÇ : Yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere, davacının üçüncü kez olarak 1991 yılında da yarbaylığa terfi ettirilmemesi işleminin iptali istemiyle açtığı davada uygulanacak olan 29.9.1988 tarih ve 3475 sayılı "27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun"un 1. maddesi ile 926 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen t, u, ü ve v bentleri, 2. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu anılan Kanun'un 38. maddesi 2/a. ve 2/a-1 maddesi, 4. maddesi ile yine anılan Kanun'un 39. madde II. no'lu "terfide baraj" başlıklı hükmünün, keza 5. maddesi ile 44. madde de yapılan değişiklikle getirilen (c) bendi ve aynı maddenin son fıkrasının Anayasa'nın 2, 5, 10 ve 128/2. maddelerine aykırı olduğu yolundaki davacı savı ciddi bulunmuştur."