**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Davacı 06.09.2011 tarihinde AYİM kayıtlarına geçen dava dilekçesiyle, 14.11.2011 tarihinde kayıtlara geçen cevaba cevap dilekçesinde özetle; 926 sayılı TSK Personel Kanununun 109'uncu maddesinde subaylık sınavına müracaat edecek astsubayların hizmet haklarıyla ilgili olarak dönemler içinde birçok değişiklik olduğunu, son olarak 03.07.2003 gün ve 4917 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası sınava müracaat şartının hizmet yılının 4 - 7 yılları sırasına çekildiği ve en az dört yıl süreli fakülte veya yüksek okul bitiren astsubayların, subaylığa geçişlerinin yanı sıra, teknik veya muharip sınıf farkı gözetilmeksizin rütbe kistinin kaldırılarak, üst subaylığa yükselme hakkının verildiğini, kendisinin 1988 yılında 30 yaşında iken subay temel kursunu kazandığını ve 30.08.1988 tarihinde teğmenliğe nasbedildiğini, 2003 değişikliği sonrasında dört yıllık fakülteden mezun olduğundan binbaşılığa nasbedildiğini, daha önce emeklilik yaş haddinin 55 yaş olmasına rağmen bu terfiiyle 52 yaş olduğunu, astsubaylıktan subaylığa geçip de fakülte bitirmeyen ve yüzbaşı rütbesine haiz olanlar için yaş haddi 55 iken, 4 yıllık fakülte bitirip binbaşı rütbesine haiz olanlar için yaş haddinin 52 olarak belirlenmesinin hukuki olmadığını, normal olarak binbaşılık yaş haddinin yüzbaşılıktan yüksek olması gerektiğini, lehe getirilen bir yasal düzenlemenin aleyhe sonuç doğurduğunu, Ek Geçici 80'nci Maddedeki düzenlemenin 2003 yılından sonra subaylığa nasbedilenler bakımından bir sorun yaratmadığını, ancak 2003'ten önce subaylığa nasbedilenler için yaş haddi engeli çıktığını, daha önce yapılan düzenlemelerde bu tür mağduriyetleri önlemek için hep ek geçici maddeler getirildiğini, Ek Geçici 80'nci Madde düzenlenirken, yasadan önce görevde bulunanların hak mahrumiyetine uğrayacağının düşünülmediğini, bunun Anayasanın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını, kazanılmış hakkının gözetilmediğini, öte yandan subaylığa geç başlamasına rağmen, genç yaşta subaylığa nasbedilen Harp Okulu mezunlarıyla rütbe yaş hadleri yönünden aynı hükümlere tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, Jandarma Genel Komutanlığının 21.03.2003 tarihli emire istinaden zorunlu olarak Açık Öğretim Fakültesine kayıt yaptırdığını, ancak karşılaştığı sonucun kendisi açısından öngörülebilir olmadığından hukuki güvenlik ilkesinin de zedelendiğini, 52 yaş haddine tabi tutulmak suretiyle yaş haddi sebebiyle emekliye sevk edilme işleminin hukuka aykırı olduğunu belirterek, öncelikle işlemin yürütmesinin durdurulmasına ve iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davacının yürütmenin durdurulması talebi; AYİM 3'üncü Daire Başkanlığının 15.09.2011/1928 Esas sayılı kararla reddedilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; 17.09.1958 doğumlu olan davacının 30.08.1978 tarihinde astsubay nasbedildiği, 1988 yılında (astsubay kıdemli üstçavuşluğun 2'nci yılı) subay temel kursunu kazandığı, 1989 yılında kursu başarıyla tamamladığı ve böylece 30.08.1988 tarihinden itibaren 926 sayılı Kanunun 109'uncu maddesi uyarınca teğmen nasbedildiği, rütbe bekleme sürelerini tamamlayarak yüzbaşılığa kadar terfi ettiği, Haziran 2009 ayında Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesinin 4 yıllık lisans programından mezun olması üzerine, 926 sayılı Kanuna 4917 sayılı Kanunla eklenen Ek Geçici 80'inci Madde uyarınca 30.08.2009 tarihinde binbaşı rütbesine terfi ettiği, 5434 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesi uyarınca binbaşı rütbesinin yaş haddi olan 52 yaşını doldurduğu gerekçesiyle 01.09.2011 tarihinde emekliye sevk edilmesi üzerine, bu işlemin iptalinin dava konusu yapıldığı anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık; 03.07.2003 gün ve 4917 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi ile 926 sayılı Kanuna eklenen Ek Geçici 80'inci Maddenin yürürlüğe girdiği 10.07.2003 tarihi itibarıyla, bulunduğu rütbeye (yüzbaşı) göre 55 yaş haddine tabi iken, bilahare 4 yıllık lisans programından mezun olarak bir üst rütbeye (binbaşı) terfi etmesi üzerine emeklilik yaş haddi düşürülen davacının 52 yaş üzerinden emekli edilmesi işleminin hukuka uyarlı olup-olmadığı noktasındadır.

926 sayılı TSK Personel Kanununun 109'uncu maddesinde astsubaylıktan subaylığa geçişe ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş, yıllar içinde bu maddede birçok değişiklik olmuştur. Yapılan değişikliklerdeki temel amacın genç rütbelerdeki astsubayların subaylığa geçişini temin gayesi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı subay nasbedildiği 1988 yılı itibarıyla 26.03.1982 tarihinde yapılan değişiklikten istifade ederek subaylığa geçmiştir. Anılan dönemde geçiş için astsubaylığın 9 - 12 hizmet yıllarında ve en az kıdemli üstçavuş rütbesinin 2'nci yılında olmak gerekmekte iken, 09.08.1993 tarihinde yapılan değişiklikle; bu şart, astsubaylığın 6 - 9 hizmet yıllarına ve en az üstçavuş rütbesine çekilmiş ve en son 03.07.2003 tarihinde yapılan değişiklikle de astsubaylığın 4 - 7 hizmet yıllarına ve en az kıdemli çavuş rütbesine çekilerek, yürürlükteki halini almıştır. Yapılan bu değişikliğin paralelinde, daha önce en fazla yüzbaşılığa kadar yükselebilen bu statüdeki personele, 4 yıllık bir lisans programından mezuniyetin belgelenmesi halinde üst rütbelere yükselme imkanını sağlayan ve dava konusu işleme esas olan Ek Geçici 80'inci Madde ihdas edilmiştir.

03.07.2003 gün ve 4917 sayılı TSK Personel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6'ncı maddesi ile 926 sayılı Kanuna eklenen ve 10.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren Ek Geçici 80'inci Maddesi; 'Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 109 uncu maddesine göre astsubaylıktan subaylığa geçirilenlerin yükselebilecekleri rütbe, rütbe bekleme süreleri ve yaş hadleri aşağıda belirtilmiştir.

Rütbeler Normal Bekleme Süreleri Yaş Haddi

Asteğmen 8 Ay -

Teğmen 3 yıl 41

Üsteğmen 6 yıl 46

Yüzbaşı 6 yıl 55

Bunlar astsubay iken bulundukları rütbe karşılığı derece ve kademelerine bir kademe ilave edilerek subay nasbedilirler. Müteakip yıllarda ulaşabilecekleri rütbelere ait ilk derece ve kademeleri ile aylık gösterge tablosu EK-VII sayılı cetvelde düzenlenmiştir. Rütbe, rütbe normal bekleme süreleri, yaş hadleri dışında kalan hususlar için bunlara subaylar hakkındaki hükümler uygulanır. Bunlardan nasbedildikleri teğmen rütbesinin aylığından fazla derece ve kademe aylığı alanlar daha önce emsal oldukları astsubayların derece, kademe ve yükselecekleri yeni derece ve kademe aylıklarına göre aylık almaya devam ederler. Ancak, yükselecekleri subaylık rütbe ve rütbe kıdemliliğindeki aylık derece ve kademeleri, emsali astsubayların aylık derece ve kademelerine eşit hale gelince, emsali subaylar hakkındaki aylık derece ve kademelerine tabi tutulurlar.

Bunlardan subay nasbedildikten sonra fakülte veya yüksekokul bitirenlerin intibakı; personelin fakülte, yüksek okul veya meslek yüksek okulunu bitirdiğine dair resmi belgeyi ibraz edip müracaatını yaptığı tarihteki derece ve kademelerine, iki yıl süreli yüksek öğrenim için bir kademe, üç yıl süreli yüksek öğrenim için iki kademe, dört yıl süreli yüksek öğrenim için bir derece ilave edilerek yapılır. İki ve üç yıl süreli yüksek öğrenimini tamamlayarak intibakları yapılmış olanların daha sonra lisans öğrenimlerini tamamlamaları halinde intibak işlemleri bir defaya mahsus olmak üzere tekrar yapılır. Yüksek öğrenimden dolayı bir defadan fazla yapılan intibak işlemleri toplamı bir dereceden fazla olamaz. Beş yıl ve üzerindeki öğrenimlerin dört yıldan fazlası için kademe verilmez.

Bunlardan en az dört yıl süreli fakülte veya yüksek okul bitirenler, ihtiyaca göre kendi sınıflarında veya öğrenimleriyle ilgili sınıflarda istihdam edilebilirler. Bunlara; rütbe, rütbe normal bekleme süreleri, yaş hadleri de dahil olmak üzere diğer hususlar için, muvazzaf subaylar hakkındaki hükümler uygulanır. Bu Kanunun yayımı tarihinde en az dört yıl süreli fakülte veya yüksek okul bitirenlerden yüzbaşı rütbesinde bulunup, normal rütbe bekleme süresini tamamlamış olanlar, 38 inci maddede belirtilen rütbe terfi şartları ve esasları dahilinde binbaşı rütbesine terfi ettirilirler. Bunların terfi ve kademe ilerlemesine esas olacak nasıpları, yüzbaşı rütbesinde normal rütbe bekleme süresini tamamladıkları takvim yılının 30 Ağustosu'dur. Ancak, nasıp düzeltmesinden dolayı, maaş, maaş farkı ödenmez ve diğer özlük hakları verilmez.' şeklinde düzenlenmiştir.

Mevzuat hükmü uyarınca; bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 109'uncu maddeye göre astsubaylıktan subaylığa geçiş yapan ve en fazla yüzbaşılığa kadar yükselme imkanına sahip olan teğmenlerin 41, üsteğmenlerin 46, yüzbaşıların 55 yaş haddine tabi olduğu, aynı maddenin son fıkrasında; bunlardan (astsubaylıktan subaylığa geçirilenlerden) en az dört yıl süreli fakülte ve yüksek okulu bitirenlerin üst rütbeye terfi ettirilerek ihtiyaca göre kendi sınıflarında veya öğrenimleri ile ilgili sınıfta istihdam edileceği, bunlara rütbe, rütbe normal bekleme süresi, yaş hadleri de dahil olmak üzere diğer hususlar için muvazzaf subaylar hakkındaki hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda, davacı 109'uncu maddenin 03.07.2003 tarihinde yapılan değişiklik öncesi halinden istifade ederek subaylığa geçiş yapmıştır. Bu dönemde lise mezunu olarak astsubaylıktan subaylığa geçirilen davacı yükselebileceği en üst rütbe olan yüzbaşılıkta 55 yaş haddine tabiydi. Ancak 03.07.2003 tarihinde yapılan değişiklikler sonrası, 4 yıllık lisans programdan mezun olduktan sonra 30.08.2009 tarihinde bir üst rütbeye yükseltilerek binbaşılığa terfi etmiş ve Ek Geçici 80'inci Maddenin son fıkrasındaki düzenleme uyarınca rütbe, rütbe normal bekleme sürelerinin yanı sıra yaş hadleri yönünden de muvazzaf subaylar hakkındaki hükümlerine tabi tutulmuştur. Davacı 4 yıllık lisans programdan mezun olmadan önce, Ek Geçici 80'inci Maddenin 1'inci fıkrasındaki rütbe, rütbe normal bekleme süreleri ve yaş hadleri yönünden kendi içindeki bir düzenlemeye (55 yaş) tabi iken (rütbe, rütbe normal bekleme süreleri, yaş hadleri dışında kalan hususlarda subaylar hakkındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.), mezuniyet sonrası binbaşı nasbedildikten sonra, madde içeriğinde bir geçiş düzenlemesi yapılmamış ve yaş haddi yönünden muvazzaf subaylarla ilgili hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Muvazzaf subayların rütbelere göre yaş hadlerinin düzenlendiği 5434 sayılı TC Emekli Sandığının 40/1-ç-l maddesinde binbaşıların yaş haddi 52 olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, daha önce lise mezunu astsubay olarak subaylığa nasbedildikten sonra terfilerini yapan ve son olarak Kanun değişikliğinin yapıldığı 03.07.2003 tarihi itibarıyla 55 yaş haddine tabi bir yüzbaşı olan davacı, 4 yıllık lisans programı mezunu astsubay kaynaklı subay olarak binbaşılığa yükseltildikten sonra 52 yaş haddine tabi tutularak emekli edilmiştir. Davaya konu bu işlemin dayanağı olan 926 sayılı Kanunun Ek Geçici 80'inci Maddesinin son fıkrasının 2'nci cümlesinde yer alan 'yaş hadleri de dahil olmak üzere' ibaresinin aşağıda belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

4917 sayılı Kanunun gerekçesinde; yüksek öğrenim görerek subaylığa geçirilenlerden yüzbaşı rütbesinde normal bekleme süresini tamamlamış olanlara terfi imkanı getirmek ve geriye dönük olarak mağdur edilmelerini engellemek için düzenleme yapılmasının amaçlandığı, bu durumda olanların generalliğe kadar önünün açıldığı belirtilmiştir. Milli Savunma Komisyonun raporundan anlaşıldığına göre; yapılan düzenlemenin bir aksaklığa yol açabileceğinden endişe edilerek 41 yaşında terfi eden teğmenin üsteğmenlikte 6 yıl rütbe beklemesi halinde 47 yaşında olacağı oysaki rütbe yaşı haddinin 46 olmasının çelişki oluşturup oluşturmadığı sorulmuş, bu soruya; 41 yaşına kadar terfi edememiş personelin olamayacağı, uygulamada 30'lu yaşlardan sonra bu gibi personelin kalmadığı, aksine bu yaşa kadar terfi edemeyenlere emeklilik hakkı verilmesini sağlayan düzenleme olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Öte yandan 'hukuk devleti' ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmelerini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Ayrıca Anayasa'nın 49'uncu maddesinde ise; Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltip, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri kollamak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 30.09.2005/78-59 E.-K. sayılı hükmünde hukuk devletinin temel öğelerinden birisinin de güvenirlilik olduğu şu şekilde vurgulanmıştır:

'Hukuk devletinin temel öğelerinden biri de güvenilirliliktir. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesinin zorunlu koşullarındandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Yasalarda yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklerle uyumlu olması ve adaletli kurallar içermesi gerekir. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır. Ayrıca, hukuk güvenliği kurallarda 'belirlilik ve öngörülebilirlik'' gerektirir.

Kişilerin, koşulları Kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukuki istikrara güvenerek görev aldıktan sonra bu statüde kanunla, makul nedeni olmayan, ölçüsüz ve geriye dönük biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, kazanılmış haklara ve dolayısı ile yine hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayınladıkları tarihten itibaren uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde değinilen aykırılıklar giderilebilir.'

4917 sayılı Kanunun komisyon çalışmaları esnasında yapılan düzenlemenin personelin özlük hakları ile ilgili bir olumsuzluğa yol açabileceğinden endişe edilmiş, ancak geçiş dönemini düzenleyen Ek Geçici 80'nci Maddenin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesine '...Bunlara; rütbe, rütbe normal bekleme süreleri, yaş hadleri de dahil olmak üzere diğer hususlar için muvazzaf subaylar hakkındaki hükümler uygulanır...' hükmü eklenmek suretiyle, maddenin yürürlüğe girdiği 10.07.2003 tarihinden sonra en az 4 yıl süreli lisans programlarından mezun olanlar, Harp Okulu mezunu olan ve nisbeten genç yaşta bulunan subaylarla aynı esaslara tabi tutulmuştur.

Geçmiş dönemlerde Kanunkoyucunun benzer düzenlemeler sonrasında ortaya çıkan muhtemel mağduriyetlerin önüne geçmek için geçiş hükümleriyle bazı düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Bu bağlamda;

926 sayılı Kanuna 12.12.1980/2359 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle eklenen Ek Geçici 36'ncı maddesinde; yürürlük tarihi itibarıyla Kanunun 110'uncu maddesinde duruma uyanlardan, terfi şartlarına haiz olanların terfi ettirilmek yeni rütbe nasıplarının emsallerine götürüleceği, bu kapsamdaki personelin rütbe yaş hadlerinin; binbaşılıkta 55, yarbaylıkta 56 yaş olduğu belirtilmiş, keza yine aynı Kanuna 26.03.1982/2642 sayılı Kanunun 23'üncü maddesiyle eklenen Ek Geçici 46'ncı Maddesinde ise; Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce üniversitelerin çeşitli fakülte veya yüksekokullarını bitiren astsubayların, bir defaya mahsus olmak üzere yaş kaydına tabi olmaksızın muvazzaf subaylığa nasbedileceği, muvazzaf subay emsallerini geçmemek kaydıyla bekleme sürelerinin 2/3'ünü tamamlayanların bir üst rütbeye terfi ettirilecekleri ve bunların yaş hadlerinin, teğmenlikte 42, üsteğmenlikte 46, yüzbaşılıkta 58 yaş olacağına ilişkin, yerinde geçiş düzenlemeleri yapmıştır.

Sonuç itibarıyla; 4917 sayılı Kanunun gerekçesinde yüksek öğrenim görerek subaylığa geçiş yapan astsubaylardan rütbe bekleme süresini tamamlamış olanların mağdur edilmemesi için bir düzenleme yapılmasının amaçlandığının belirtilmesine rağmen, Ek Geçici 80'inci Maddenin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesindeki; '...Bunlara; rütbe, rütbe normal bekleme süreleri, yaş hadleri de dahil olmak üzere diğer hususlar için muvazzaf subaylar hakkındaki hükümler uygulanır...' şeklindeki düzenleme nedeniyle, davacı gibi terfi eden personelin rütbe yaş haddinden emekliye sevk edilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkan sonucun Kanunun amacı ile bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Davacının astsubay statüsünde kalması veya astsubaydan subay nasbedildiğinde yüksek okul mezunu olmaması halinde 55 yaşına kadar çalışabilmesinin mümkün olmasına rağmen, 4917 sayılı Kanun ile 55 yaşına kadar görev yapabilme hakkı ortadan kaldırılmıştır. Yapılan düzenleme hukuki güvenlik ilkesine ve çalışma hakkının korunmasına uygun düşmemektedir. Düzenleme Anayasanın 2'nci ve 49'uncu maddelerine aykırıdır. Geçiş aşaması hukuk güvenliği sağlayacak şekilde düzenlenmemiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 4917 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle 926 sayılı TSK Personel Kanuna eklenen Ek Geçici 80'nci Maddesinin 4'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinde geçen 'yaş hadleri de dahil olmak üzere' ibaresinin, Anayasa'nın 2 ve 49 maddelerine aykırılığı iddiası ciddi görüldüğünden, Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın GERİ BIRAKILMASINA, 16 ŞUBAT 2012tarihinde OYBİRLİĞİ ile karar verildi.'"