“...

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 8. maddesiyle değiştirilen 926 sayılı Kanun’un 46. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “disiplin amiridir.” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun “Hukuk hizmetleri başkanlıkları veya birimleri” başlıklı 46. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “disiplin amiri değildirler.” ibaresi “disiplin amiridir.” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “disiplin amiridir.” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

926 sayılı Kanun’un 46. maddesinin altıncı fıkrası, hukuk sınıfı subayların disiplin amirinin hangi makam olduğuna ilişkindir.

926 sayılı Kanun’un 46. maddesinin altıncı fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiri 31/1/2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu kapsamında hukuk sınıfı subayların disiplin amiri değildirler.” şeklindedir.

926 sayılı Kanun’un 46. maddesinin altıncı fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiri 31/1/2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu kapsamında hukuk sınıfı subayların disiplin amiridir.” şeklindedir.

6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca disiplin amiri, bu Kanunla disiplin cezası vermeye yetkili kılınmış ilk amirdir. Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibareyle, hukuk sınıfı subaylara disiplin cezası vermeye yetkili makam (diğer bir deyişle disiplin amiri), nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiri olarak saptanmıştır. Ancak 926 sayılı Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Milli Savunma Bakanlığı’nın (7281 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle Genelkurmay Başkanlığı’nın hukuk hizmetleri madde metninden çıkarılmıştır.) hukuk hizmetlerini, (26.09.2011 tarihli ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname hükümleri saklı kalmak kaydıyla) yürüten hukuk sınıfı subaylarının disiplin amirlerinin nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiri olması, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 7281 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde hukuk sınıfı subayların disiplin amirleri, 926 sayılı Kanun’un 46. maddesine dayanılarak çıkartılan 18.02.2018 tarihli ve 30336 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Hukuk Sınıfı Subaylar, Hukuk Hizmetleri Başkanlıkları ve Hukuk Hizmetleri Birimleri Hakkında Yönetmelik esas alınarak tespit edilmekteydi. Anılan Yönetmelik’in “Disiplin Amirleri” başlıklı 33. maddesi:

 “Disiplin amirleri

MADDE 33- (1) Nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiri 6413 sayılı Kanun kapsamında hukuk sınıfı subayların disiplin amiri değildir.

 (2) Tugay, kolordu ve ordu (Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarında eşidi) komutanlıkları nezdinde kurulu hukuk hizmetleri başkanlıkları veya hukuk hizmeti birimlerinde görevli olanlardan;

a) Hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri birim amirinin disiplin amiri, başkanlık veya birimin nezdinde kurulu olduğu Komutanlığın bağlı olduğu Komutanlığın hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri birim amiri, üst disiplin amirleri ise bağlı olunan komutanlığın bir üst komutanlığının hukuk hizmetleri başkanları veya hukuk hizmetleri,

b) Hukuk sınıfı subayların disiplin amiri, görevli olunan hukuk hizmetleri başkanlığı veya hukuk hizmetleri biriminin nezdinde kurulu olduğu Komutanlığın hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri birimi amiri, üst disiplin amiri ise hukuk hizmetleri başkanlığı veya hukuk hizmetleri biriminin nezdinde kurulu olduğu Komutanlığın bağlı olduğu Komutanlığın hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri

birim amiridir.

 (3) Hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri birim amirinin; bir üst komutanlığın hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri birim amiri ile aynı kıdemde olması ya da ondan kıdemli olması durumunda, hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri birim amirinin disiplin amiri sırasıyla kıdemsiz olan hukuk hizmetleri başkanı veya hukuk hizmetleri birim amiri atlanmak suretiyle belirlenir.

 (4) Kuvvet Komutanlıkları hukuk hizmetleri başkanlarının disiplin amiri kendisinden kıdemli olmak koşuluyla sırasıyla Genel Müdür, Müsteşar Yardımcısı, Müsteşar ve Bakandır. Kuvvet Komutanlıkları nezdinde kurulu hukuk hizmetleri başkanlıklarında görevli hukuk sınıfından olan subayların disiplin amiri Kuvvet Komutanlığı hukuk hizmetleri başkanı, üst disiplin amiri ise Genel Müdürdür.

 (5) Bakanlık karargâhında görevli hukuk sınıfı subayların disiplin amiri bağlantısı, sicil amiri bağlantısına göre belirlenir.

 (6) Genelkurmay Başkanlığı hukuk hizmetleri başkanının ve Genelkurmay Başkanlığı nezdinde kurulu hukuk hizmetleri başkanlığında görevli hukuk sınıfı subayların disiplin amiri bağlantısı, sicil amiri bağlantısına göre belirlenir.” şeklindedir.

Anılan Yönetmelik hükmünün lafzından anlaşılacağı üzere; hukuk sınıfı subayların disiplin amiri (veya üst disiplin amiri) tespit edilirken esas alınan temel ölçüt; disiplin amirinin nezdinde kurulu olduğu Komutanlığın, bağlı bulunulan Komutanlığın ya da bir üst Komutanlığın hukuk hizmetleri başkanı ya da hukuk hizmetleri birim amiri olmasıdır. Burada amaçlanan, bir hukuk personeli hakkında disiplin işlemini uygulamaya yetkili makamın yine hukuk personelinden olmasıdır. Ancak iptali talep edilen ibare gereğince hukuk sınıfı subayların disiplin amiri, hukuk hizmetlerinin işleyişine ilişkin teknik bilgiye (işin doğası gereği) sahip olamayan nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiridir.

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 ). Bu katı disiplini temin eden disiplin amirlerinin tarafsız olması, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Nitekim Danıştay’ın çeşitli kararlarında belirttiği üzere; “… bunun, disiplin yaptırımı 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)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de disiplin işlemleri ya da yargılamalarını, Sözleşme’nin 6. maddesi bağlamında ele almaktadır. Başka bir anlatımla “34.Sözleşme’nin 6. maddesi, mesleğini yerine getirme hakkının doğrudan söz konusu olduğu durumlarda mesleki organlar önünde açılan disiplin yargılamaları için de uygulanabilir (Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika; Philis/Yunanistan (no. 2) ,§ 45). Sözleşme’nin 6. Maddesinin disiplin işlemlerine uygulanabilirliğine, başvuranın işlediği iddia edilen hukuka aykırı eylemin bir sonucu olarak alabileceği yaptırımlar göz önünde bulundurularak karar verilir (Marušić/Hırvatistan (k.k.), §§ 72-73). Sözleşme’nin 6. maddesinin memurlar aleyhinde açılan disiplin işlemlerine uygulanabilirliğine ilişkin içtihat Vilho Eskelinen testine atıfta bulunmaktadır (bir hâkim aleyhinde başlatılan disiplin işlemleri için bk., Kamenos/Kıbrıs, § 73ve Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz [BD], § 120 ve burada atıfta bulunulan içtihatlar)”[[1]](#footnote-1)

Buna ilave olarak disiplin amirinin tarafsızlığını sağlayan hususlardan biri de disiplin amiri tarafından disiplin yaptırımına konu iş, işlem veya eylem üzerinde tam ve doğru bilgi sahibi olunmasıdır. Ancak hukuk sınıfı subayların disiplin amirlerini (nezdinde kurulu olduğu Komutanlığın, bağlı bulunulan Komutanlığın ya da bir üst Komutanlığın hukuk hizmetleri başkanı ya da hukuk hizmetleri birim amiri yerine) nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiri şeklinde belirlemek; onların hukuk sınıfı subaylarının yürüttüğü iş, işlem ve eylemlere (söz gelimi 926 sayılı Kanun Md. 46/3/a: komutan veya askeri kurum amirinin askeri hizmetlere ilişkin olarak gerekli gördükleri her türlü hukuki konulardaki isteklerini cevaplandırmak) vakıf olamamasına, bu nedenle hangi iş, işlem ve eylemlerin disiplin kurallarının kapsamı dışında kaldığına karar verememesine, disiplin amirinin gerekli ehliyet koşullarını sağlamaması sebebiyle disiplin işleminin adil ve tarafsız şekilde yürütülememesine neden olacaktır. Bu durum, adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Tarafsızlığın diğer bir boyutu ise hukuk sınıfı subayların tesis ettiği işlemlerin muhatapları bakımındandır. Hukuk sınıfı subaylar, kendi görev alanlarında (söz gelimi 926 sayılı Kanun Md. 46/3/e: ülke sınırları dışında işlenen suçlar bakımından Cumhuriyet Savcısının talebi halinde adli kolluk görevlileri tarafından yapılacak işleri yerine getirmek) tarafsız davranamayabilecektir. Diğer bir deyişle hukuk sınıfı subaylar, nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amirinin kendilerinin disiplin amiri olmasından kaynaklı baskı nedeniyle; onların hukuka aykırı, keyfi talepleri doğrultusunda işlem yapabilecek ve muhatapların adil yargılanma hakkını ihlal edilebilecektir.

Öte yandan disiplin işlemlerinin hakkaniyetten uzak biçimde yapılması, askeri hiyerarşiyi bozacaktır. Nitekim 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). Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). Diğer bir deyişle disiplin işlemleri, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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 hukuk sınıfı subayları bakımından öngörülen ve disiplin amirinin kim olacağını belirleyen bu hükümde aranan kamu yararı, idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince disiplini ve hiyerarşiyi temin etmelidir.

Bu durumda genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden disiplin işlemlerini yapmaya yetkili makamın hukuk sınıfı subaylar bakımından (nezdinde kurulu olduğu Komutanlığın, bağlı bulunulan Komutanlığın ya da bir üst Komutanlığın hukuk hizmetleri başkanı ya da hukuk hizmetleri birim amiri yerine) (askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için getirilmiş mevcut düzen bozularak) nezdinde bulundukları komutan veya askeri kurum amiri şeklinde belirlenmesi; disiplin işlemlerinin hakkaniyetten uzak biçimde tesis edilmesine neden olacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesini (Anayasa’nın 123. maddesini) ve kamu yararı barındırmadığından Anayasa’nın 2. maddesini ihlal etmektedir.

Bunun yanında, Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, adil yargılanma hakkına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmaları (söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi) ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle değiştirilen 926 sayılı Kanun’un 46. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “disiplin amiridir.” ibaresi, Anayasa’nın 2., 36., 90. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 728 1 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 20. maddesiyle değiştirilen 2847 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “İçişleri Bakanlığının ve Milli Savunma Bakanlığının görüşünü alarak” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle 2847 sayılı Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Emekli Uzman Erbaşlar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimleri ile Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun’un (7281 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle anılan Kanun’un adı, belirtilen şekilde değiştirilmiştir.) ”Tüzel Kişilik Kazanma” başlıklı 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Anılan fıkranın birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yapılan değişikliğe göre mülki amir; bu Kanun’a göre kurulacak derneklerin (kendisine verilen) tüzüklerini, İçişleri Bakanlığı’nın ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşlerini alarak inceleyecektir. Ancak mülki amirin dernek tüzüğünü “İçişleri Bakanlığı’nın ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşünü alarak” incelemesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 2847 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle değiştirilmeden önceki haline göre; 2847 sayılı Kanun’a göre kurulacak derneklerin tüzükleri; Milli Savunma Bakanlığınca incelenip, gerekiyorsa ilave ve ek değişiklikler yapıldıktan sonra İçişleri Bakanlığı’na gönderilir, İçişleri Bakanlığınca Dernekler Kütüğü’ne kaydedilen dernek, kayıt tarihinde tüzel kişilik kazanır. Kanun koyucu bu hükmü, (7281 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle) “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 59’uncu maddesiyle uyumlu hale getirilmesi” amacıyla değiştirmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 59. maddesine göre dernekler, kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar, kuruluş bildiriminin içeriği ve gerekli belgelerin nelerden ibaret olduğu, yönetmelikte gösterilir. Anılan 59. maddenin ruhu, örgütlenme özgürlüğünün Anayasa’nın 13. ve 33. maddesinde öngörülen şekilde pozitif hukuk belgelerinde korunmasının temin edilmesine yöneliktir.

İptali talep edilen ibare, bir derneğin kuruluş aşamasıyla ilgilidir. O halde burada dernek kurma hürriyeti, kolektif örgüt özgürlüğünün bir görünümü olarak ele alınmalıdır. Bu görünümün temini için birtakım ögelerin bir araya gelmesi gerekir. Bunlardan (iptali talep edilen ibareyle bağlantılı olan) ilki “dernek, … (lerin) serbestçe kurulabilmesidir. Toplumsal grupların serbestçe oluşması, kişinin özgür iradesi doğrultusunda tercih ve davranışının güvence altına alınması, devlet müdahalesinin dışlanmasını gerektirir. Örgütler, bireysel hakkın kullanılması sonucu, kamu makamlarının izni olmaksızın kuruluşlarını gerçekleştirir. Bu, dernekler ortak rejimidir. Özgürlük ilkesi, dernekler ortak hukukunu oluşturur. İlke olarak örgütün hukuksal yapısı tüzük adı verilen metinde, tüzelkişilik çerçevesinde somutlaşır. Tüzük, örgüt yapısının ve tüzel kişiliğin bir bakıma yasası, hatta anayasasıdır. Tüzüklerin hazırlanması ve yürürlüğe konması, örgüt kurucularının serbest iradeleriyle gerçekleşir.”[[2]](#footnote-2) O halde derneklerin kuruluş aşamasında kurucuların serbest iradesi diğer bir deyişle özgürlüğü hilafına idare tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı bir müdahale, (dernekler bakımından özgürlükçü bir rejim öngören) Anayasa’nın 13. ve 33. maddelerini ihlal edecektir.

Nitekim 2847 sayılı Kanun’un “Kurucular” başlıklı 2. maddesinde sayılan kimseler (söz gelimi emekli subaylar vd.) tarafından kurulan (demokratik bir toplumun temel öğelerinden biri olan) derneklerin tüzel kişilik kazanma yönteminin genel usul kurallarının (Türk Medeni Kanunu’nun 56. vd. maddelerinin) ötesine taşınması, diğer bir deyişle mülki amirin dernek tüzüğünü (dosya üzerinden incelemek yerine) İçişleri ve Milli Savunma Bakanlıklarının görüşünü alarak incelemesi; dernek kurma hürriyetini idarenin bir türden iznine – onayına (müdahalesine) tabi kılacağından, bu hürriyetinin özüne dokunacak niteliktedir. Dernek tüzüğünün, mülki amir tarafından İçişleri ve Milli Savunma Bakanlıklarının görüşünü alarak incelenmesi özelinde somutlaşan sınırlama sebebi, hürriyetin sınırlanması bakımından (ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak) gerekli olmadığı gibi, demokratik bir toplumun gereklerine de aykırıdır. Burada dernek kurma hürriyetinin sınırlandırılmasına yönelik meşru bir amaç (milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması) da bulunmamaktadır. Zira emekli subay vd., askerlik mesleğine ilişkin ortak anılarını yaşatmak dayanışmalarını devam ettirmek, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bu dernekleri kurmaktadır. Diğer bir deyişle derneklerin amacı göz önüne alındığında ortaya çıkacağı üzere; İçişleri ve Milli Savunma Bakanlıklarının görüş vermesini gerektirecek zorunlu bir toplumsal ihtiyaç bulunmamaktadır.

Öte yandan dernek tüzüğünün mülki amir tarafından incelenmesi, derneğin tüzel kişilik kazanması için bir ön aşamadır. Bu ön aşamada ortaya çıkacak bir kısıtlama (İçişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşünün alınması ve bu Bakanlıkların verebilecekleri olumsuz bir görüşün mülki amir nezdinde karar ölçütüne dönüşmesi) derneğin tüzel kişilik kazanamamasına neden olacaktır. Bu durum da dernek kurma hürriyetini ihlal edecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları da bu doğrultudadır: “... Karşılıklı menfaat içeren bir konuda toplu olarak hareket etmek üzere tüzel bir kişilik oluşturabilme imkânı, örgütlenme özgürlüğünün en önemli yönlerinden biridir ve bu imkân olmadan söz konusu hakkın herhangi bir anlamı kalmayacaktır (Gorzelik ve Diğerleri/Polonya [BD], § 91; Magyar Keresztény Mennonita Egyház ve Diğerleri/Macaristan, § 78). ... Bireylerin kurduğu bir derneğe yerel makamlarca tüzel kişilik statüsü verilmemesi, söz konusu bireylerin örgütlenme özgürlüğünden faydalanmalarına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir (Sidiropoulos ve Diğerleri/Yunanistan, § 31; Koretskyy ve Diğerleri/Ukrayna, § 39; Özbek ve Diğerleri/Türkiye, § 35).”[[3]](#footnote-3)

Buna ilave olarak Anayasa’nın 33. maddesi gereğince dernek kurma hürriyeti bakımından Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirebilir. Ancak iptali talep edilen ibare, hali hazırda görev yapmakta olan Silahlı Kuvvetler personeline ilişkin olmadığı gibi; bu dernekler, askerlik mesleğine ilişkin ortak anılarını yaşatmak dayanışmalarını devam ettirmek, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla emekli (vd.) personel tarafından kurulacaktır. Buna rağmen iptali talep edilen ibare, emekli (vd.) personel bakımından bu hürriyetin kullanımını güçleştirmektedir. Halbuki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de belirttiği üzere, “silahlı kuvvetlerin görevlerinin özel niteliği dikkate alınarak sendika faaliyetlerinin düzenlenebileceğini ve mesleki örgütler ile üyelerinin eylemlerine ve ifadelerine önemli kısıtlamalar getirilebileceğini kabul etmektedir. Ancak, bu tür kısıtlamalar söz konusu şahısları mesleki ve manevi menfaatlerini savunmak amacıyla örgütlenme haklarından genel olarak mahrum bırakmamalıdır (Adefdromil/Fransa, § 55; Matelly/Fransa, § 71).”[[4]](#footnote-4). Görüldüğü üzere, dernek özgürlüğüne ilişkin genel rejime nazaran silahlı kuvvetler mensuplarının dernek özgürlüğüne getirilebilecek ek kısıtlamalar, bu meslek grubu mensuplarının görev yaptıkları devreye ilişkindir ve süre bakımından sınırlıdır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 13. ve 33. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan 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. Bunun yanında; 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. Ancak İçişleri ve Milli Savunma Bakanlığı’nın dernek tüzüğü hakkında görüş verirken esas alacağı objektif kıstaslar, kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Buna ilave olarak her ne kadar söz konusu görüş, bağlayıcı değil istişari nitelikte olsa da; mülki amirin İçişleri Bakanlığı’nın hiyerarşik altı olması nedeniyle onun görüşü doğrultusunda hareket etme olasılığı bulunmaktadır. İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde Bakanlıkların takdir yetkisini kullanırken keyfi davranmasını önleyecek kanuni objektif kıstas düzenlenmediğinden ve kişiler açısından da dernek kurma özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar belirli ve öngörülebilir olmadığından, Anayasa’nın 2. ve 123. maddeleri ihlal edilmiş ve Anayasa’nın 13. ve 33. maddelerinin öngördüğü dernek kurmak hürriyetinin kısıtlanması için aranan kanunilik unsurunun gereği karşılanmamıştır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlıklara); uygulamada mülki amirin kararında belirleyici ölçüte dönüşmesi muhtemel şekilde görüş verme yetkisi tevdi eden yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan iptali talep edilen ibare, gerekçede yer alan “ratio legis”in (“4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 59’uncu maddesiyle uyumlu hale getirilmesi”) gerçekleşmesine engel oluşturmakta dahası Anayasa’nın 10. maddesini ihlal etmektedir. İptali talep edilen ibareyle mülki amirin iradesinin İçişleri Bakanlığı’nın ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşü ile kayıtlanması, tüzükte kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edilirken farklı uygulamaların doğmasına diğer bir deyişle tüzüğün incelenmesi sırasında emekli subaylar vd. tarafından kurulacak dernekler ile diğer dernekler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Türk Medeni Kanun’un “Dernekler” başlıklı ikinci bölümünde yer alan “İnceleme” başlıklı 60. maddenin birinci fıkrasına göre kuruluş bildirimi ve belgelerin doğruluğu ile dernek tüzüğü, en büyük mülki amir tarafından altmış gün içinde dosya üzerinden incelenir. Dernek tüzüklerinin mülki amir tarafından incelenmesinin usul ve esaslarına ilişkin söz konusu düzenleme, genel hüküm niteliğindedir. Anılan genel hüküm, mülki amirin iradesinin tekamül etme aşamasına, herhangi bir Bakanlığın görüşünü ilave etmemiştir. Diğer bir deyişle mülki amir, sadece dosya üzerinden inceleme yapacaktır. Ancak iptali talep edilen ibareyle emekli subaylar vd. tarafından kurulacak derneklerin tüzüğünün, mülki amir tarafından İçişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşünü alarak incelenmesi öngörülmüştür. Diğer bir deyişle emekli subaylar vd. tarafından kurulacak dernekler bakımından özel hüküm getirilmiştir. Ancak genel hükümden söz konusu şekilde sapmayı haklı kılacak bir neden yoktur. Zira emekli subaylar tarafından kurulacak dernekler de kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturulan kişi topluluklarıdır. Nitekim 2847 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından ayrılanların askerlik mesleğine ilişkin ortak anılarını yaşatmak dayanışmalarını devam ettirmek, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak gayesiyle kurulacaktır. Yine söz konusu kişi kategorilerinin görevde olmamaları itibariyle, dernek kurma özgürlüğünü kullanan diğer yurttaşlarla aralarında askeri göreve bağlı olarak haklı nedene dayanan bir ayrım yapılması da söz konusu değildir. Kamu görevliliği statüsü bakımından vurgulanması gereken husus, kamu görevinde bulunan kişiler görev+yetki+sorumluluk statüsünde yer aldıkları halde, emekli olan kişilerin bu statünün gereklerinin dışında ve resmi olmayan bir konumda bulunuyor olmalarıdır.

Bunun yanında Anayasa’nın 2. maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti, demokratik bir hukuk devletidir. Demokratik devlet olmanın tezahürlerinden biri de o devlette örgütlenme özgürlüğünün gerçekleşmesidir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de demokrasi, çoğulculuk ve örgütlenme arasında doğrudan bir ilişki bulunduğunu pek çok kez belirtmiş, bu özgürlüğün ulusal mevzuatta öngörülme ve yetkili makamlar tarafından pratikte uygulanma şeklinin, ilgili ülkenin demokrasi durumunu ortaya koyduğunu ifade etmiştir (Gorzelik ve Diğerleri/Polonya [BD], § 88; Sidiropoulos ve Diğerleri/Yunanistan, § 40).[[5]](#footnote-5) O halde iptali talep edilen ibareyle dernek kurma hürriyetinin kısıtlanması, Anayasa’nın 2. maddesinin, demokratik hukuk devleti ilkesinin de ihlali anlamına gelecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki 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, dernek kurma hürriyetine ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmaları (söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesi) ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle değiştirilen 2847 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “İçişleri Bakanlığının ve Milli Savunma Bakanlığının görüşünü alarak” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 10., 13., 33., 90. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 23. maddesiyle 2847 sayılı Kanun’a eklenen Geçici Madde 4’ün birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci cümlesinde yer alan “İçişleri Bakanlığının ve Milli Savunma Bakanlığının görüşünü alarak” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle 2847 sayılı Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Emekli Uzman Erbaşlar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimleri ile Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun’a (7281 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle anılan Kanun’un adı, belirtilen şekilde değiştirilmiştir.) geçici 4. madde eklenmiştir. Söz konusu geçici 4. madde, 7281 sayı Kanun’un 17. ve diğer ilgili maddeleriyle 2847 sayılı Kanun’un kapsamına emekli uzman erbaş derneklerinin dahil edilmesi nedeniyle düzenlenen bir geçiş hükmüdür. Anılan geçici 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci cümlesine göre; bu fıkranın (a) bendine göre oluşturulan (Milli Savunma ve İçişleri Bakanları ilk genel kurul toplantısını gerçekleştiren uzman erbaş derneklerinin yönetim kurullarından bir ay içinde, yeni kurulacak derneğin kurucu heyetlerinde görev alacak kişilerin tespitini ister. Bu süre içinde dernekler, kurucu heyette görev alacak kişileri belirlemez veya bildirilenler gerekli nitelikleri haiz olmaz yahut sayısı yediden az olursa, yetkili Bakanlar kurucu heyetleri doğrudan oluşturur.) kurucu heyetler tarafından yeni kurulacak emekli uzman erbaş derneğinin tüzüğünün hazırlanıp ilgili mülki amire verilmesini müteakip; mülki amir, söz konusu emekli uzman erbaş derneğinin tüzüğünü İçişleri Bakanlığı’nın ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşlerini alarak inceleyecektir. Ancak mülki amirin dernek tüzüğünü “İçişleri Bakanlığı’nın ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşünü alarak” incelemesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Medeni Kanunu’nun 59. maddesine göre dernekler, kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar, kuruluş bildiriminin içeriği ve gerekli belgelerin nelerden ibaret olduğu, yönetmelikte gösterilir. Anılan 59. maddenin ruhu, örgütlenme özgürlüğünün Anayasa’nın 13. ve 33. maddesinde öngörülen şekilde pozitif hukuk belgelerinde korunmasının temin edilmesine yöneliktir.

İptali talep edilen ibare, emekli uzman erbaş derneğinin kuruluş aşamasıyla ilgilidir. O halde burada dernek kurma hürriyeti, kolektif örgüt özgürlüğünün bir görünümü olarak ele alınmalıdır. Bu görünümün temini için birtakım öğelerin bir araya gelmesi gerekir. Bunlardan (iptali talep edilen ibareyle bağlantılı olan) ilki “dernek, … (lerin) serbestçe kurulabilmesidir. Toplumsal grupların serbestçe oluşması, kişinin özgür iradesi doğrultusunda tercih ve davranışının güvence altına alınması, devlet müdahalesinin dışlanmasını gerektirir. Örgütler, bireysel hakkın kullanılması sonucu, kamu makamlarının izni olmaksızın kuruluşlarını gerçekleştirir. Bu, dernekler ortak rejimidir. Özgürlük ilkesi, dernekler ortak hukukunu oluşturur. İlke olarak örgütün hukuksal yapısı tüzük adı verilen metinde, tüzelkişilik çerçevesinde somutlaşır. Tüzük, örgüt yapısının ve tüzel kişiliğin bir bakıma yasası, hatta anayasasıdır. Tüzüklerin hazırlanması ve yürürlüğe konması, örgüt kurucularının serbest iradeleriyle gerçekleşir.”[[6]](#footnote-6) O halde derneklerin kuruluş aşamasında kurucuların serbest iradesi diğer bir deyişle özgürlüğü hilafına idare tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı bir müdahale, (dernekler bakımından özgürlükçü bir rejim öngören) Anayasa’nın 13. ve 33. maddelerini ihlal edecektir.

Nitekim 2847 sayılı Kanun’un “Kurucular” başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (7281 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle eklenen) (e) bendi uyarınca Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından emeklilik vd. (maluliyet ve sağlık nedeniyle ayrılan veya sözleşmesini yenilemeyerek ayrılan) uzman erbaşlardan en az on yıl görev yapmış olanlar tarafından kurulan (demokratik bir toplumun temel öğelerinden biri olan) derneğin tüzel kişilik kazanma yönteminin genel usul kurallarının (Türk Medeni Kanunu’nun 56. vd. maddelerinin) ötesine taşınması diğer bir deyişle mülki amirin dernek tüzüğünü (dosya üzerinden incelemek yerine) İçişleri ve Milli Savunma Bakanlıklarının görüşünü alarak incelemesi; dernek kurma hürriyetini idarenin bir türden iznine – onayına (müdahalesine) tabi kılacağından, bu hürriyetinin özüne dokunacak niteliktedir. Dernek tüzüğünün, mülki amir tarafından İçişleri ve Milli Savunma Bakanlıklarının görüşünü alarak incelenmesi özelinde somutlaşan sınırlama sebebi, hürriyetin sınırlanması bakımından (ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan) gerekli olmadığı gibi, demokratik bir toplumun gereklerine aykırıdır. Burada dernek kurma hürriyetinin sınırlandırılmasına yönelik meşru bir amaç (milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması) da bulunmamaktadır. Zira emekli (vd.) uzman erbaşlar askerlik mesleğine ilişkin ortak anılarını yaşatmak dayanışmalarını devam ettirmek, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak gayesiyle bu derneği kurmaktadır. Diğer bir deyişle derneğin amacı göz önüne alındığında ortaya çıkacağı üzere; İçişleri ve Milli Savunma Bakanlıklarının görüş vermesini gerektirecek zorunlu bir toplumsal ihtiyaç bulunmamaktadır. Kaldı ki, askeriye dahil, kamu yönetimi statüsü için geçerli görev+yetki+sorumluluk üçlüsünde ortaya çıkan kurallara tabi olmayan emekli statüsündeki sivil yurttaşları, resmi statünün uzantısı niteliğindeki işlemelere tabi tutmak, dernek özgürlüğünün özünü zedeleyici nitelik taşımaktadır.

Öte yandan dernek tüzüğünün mülki amir tarafından incelenmesi, derneğin tüzel kişilik kazanması için bir ön aşamadır. Bu ön aşamada ortaya çıkacak bir kısıtlama (İçişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşünün alınması ve bu Bakanlıkların verebilecekleri olumsuz bir görüşün mülki amir nezdinde karar ölçütüne dönüşmesi) derneğin tüzel kişilik kazanamamasına neden olacaktır. Bu durum da dernek kurma hürriyetini ihlal edecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları da bu doğrultudadır: “ ... Karşılıklı menfaat içeren bir konuda toplu olarak hareket etmek üzere tüzel bir kişilik oluşturabilme imkânı, örgütlenme özgürlüğünün en önemli yönlerinden biridir ve bu imkân olmadan söz konusu hakkın herhangi bir anlamı kalmayacaktır (Gorzelik ve Diğerleri/Polonya [BD], § 91; Magyar Keresztény Mennonita Egyház ve Diğerleri/Macaristan, § 78). ... Bireylerin kurduğu bir derneğe yerel makamlarca tüzel kişilik statüsü verilmemesi, söz konusu bireylerin örgütlenme özgürlüğünden faydalanmalarına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir (Sidiropoulos ve Diğerleri/Yunanistan, § 31; Koretskyy ve Diğerleri/Ukrayna, § 39; Özbek ve Diğerleri/Türkiye, § 35).”[[7]](#footnote-7)

Buna ilave olarak Anayasa’nın 33. maddesi gereğince dernek kurma hürriyeti bakımından Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirebilir. Ancak iptali talep edilen ibare, hali hazırda görev yapmakta olan Silahlı Kuvvetler personeline ilişkin olmadığı gibi; bu dernekler, askerlik mesleğine ilişkin ortak anılarını yaşatmak dayanışmalarını devam ettirmek, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla emekli (vd.) uzman erbaşlar tarafından kurulacaktır. Buna rağmen iptali talep edilen ibare, emekli (vd.) uzman erbaş bakımından bu hürriyetin kullanımını güçleştirmektedir. Halbuki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de belirttiği üzere “silahlı kuvvetlerin görevlerinin özel niteliği dikkate alınarak sendika faaliyetlerinin düzenlenebileceğini ve mesleki örgütler ile üyelerinin eylemlerine ve ifadelerine önemli kısıtlamalar getirilebileceğini kabul etmektedir. Ancak, bu tür kısıtlamalar söz konusu şahısları mesleki ve manevi menfaatlerini savunmak amacıyla örgütlenme haklarından genel olarak mahrum bırakmamalıdır (Adefdromil/Fransa, § 55; Matelly/Fransa, § 71).”[[8]](#footnote-8) Görüldüğü üzere, dernek özgürlüğüne ilişkin genel rejime nazaran silahlı kuvvetler mensuplarının dernek özgürlüğüne getirilebilecek ek kısıtlamalar, bu meslek grubu mensuplarının görev yaptıkları devreye ilişkindir ve süre bakımından sınırlıdır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 13. ve 33. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan 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. Bunun yanında; 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. Ancak İçişleri ve Milli Savunma Bakanlığı’nın dernek tüzüğü hakkındaki görüşü verirken esas alacağı objektif kıstaslar, kanun düzeyinde belirlenmemiştir. Buna ilave olarak her ne kadar söz konusu görüş, bağlayıcı değil istişari nitelikte olsa da; mülki amirin İçişleri Bakanlığı’nın hiyerarşik altı olması nedeniyle onun görüşü doğrultusunda hareket etme olasılığı bulunmaktadır. İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde Bakanlıkların takdir yetkisini kullanırken keyfi davranmasını önleyecek kanuni objektif kıstas düzenlenmediğinden ve kişiler açısından da dernek kurma özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar belirli ve öngörülebilir olmadığından, Anayasa’nın 2. ve 123. maddeleri ihlal edilmiş ve Anayasa’nın 13. ve 33. maddelerinin öngördüğü dernek kurmak hürriyetinin kısıtlanması için aranan kanunilik unsurunun gereği karşılanmamıştır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlıklara); uygulamada mülki amirin kararında belirleyici ölçüte dönüşmesi muhtemel şekilde görüş verme yetkisi tevdi eden yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 10. maddesini de ihlal etmektedir. İptali talep edilen ibareyle mülki amirin iradesinin İçişleri Bakanlığı’nın ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşü ile kayıtlanması, tüzükte kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edilirken farklı uygulamaların doğmasına diğer bir deyişle tüzüğün incelenmesi sırasında emekli vd. uzman erbaş tarafından kurulacak dernek ile diğer dernekler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Türk Medeni Kanun’un “Dernekler” başlıklı ikinci bölümünde yer alan “İnceleme” başlıklı 60. maddenin birinci fıkrasına göre kuruluş bildirimi ve belgelerin doğruluğu ile dernek tüzüğü, en büyük mülki amir tarafından altmış gün içinde dosya üzerinden incelenir. Dernek tüzüklerinin mülki amir tarafından incelenmesinin usul ve esaslarına ilişkin söz konusu düzenleme, genel hüküm niteliğindedir. Anılan genel hüküm, mülki amirin iradesinin tekamül etme aşamasına, herhangi bir Bakanlığın görüşünü ilave etmemiştir. Diğer bir deyişle mülki amir, sadece dosya üzerinden inceleme yapacaktır. Ancak iptali talep edilen ibareyle emekli vd. uzman erbaşlar tarafından kurulacak derneğin tüzüğünün, mülki amir tarafından İçişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı’nın görüşünü alarak incelenmesi öngörülmüştür. Diğer bir deyişle emekli vd. uzman erbaşlar tarafından kurulacak dernekler bakımından özel hüküm getirilmiştir. Ancak genel hükümden söz konusu şekilde sapmayı haklı kılacak bir neden yoktur. Zira emekli vd. uzman erbaşlar tarafından kurulacak dernek de kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturulan kişi topluluklarıdır. Nitekim 2847 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından ayrılanların askerlik mesleğine ilişkin ortak anılarını yaşatmak dayanışmalarını devam ettirmek, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak gayesiyle kurulacaktır. Yine, söz konusu emekli uzman erbaş kategorisine giren kişilerin görevde olmamaları itibariyle, dernek kurma özgürlüğünü kullanan diğer yurttaşlarla aralarında askeri göreve bağlı bir sebeple haklı nedene dayanan bir ayrım yapılması da söz konusu değildir. Kaldı ki, emekli konumdaki kişiler, kamu görevi statüsünün gerekli kıldığı “görev+yetki+sorumluluk” halkası içinde yer almadıklarından, kendilerine kamu görevliliği statüsünün uzantısı niteliğindeki kuralların uygulanması, dernekleşme haklarının özünü zedeleyici nitelik taşımaktadır.

Bunun yanında Anayasa’nın 2. maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti, demokratik bir hukuk devletidir. Demokratik devlet olmanın tezahürlerinden biri de o devlette örgütlenme özgürlüğünün gerçekleşmesidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, demokrasi, çoğulculuk ve örgütlenme arasında doğrudan bir ilişki bulunduğunu pek çok kez belirtmiş, bu özgürlüğün ulusal mevzuatta öngörülme ve yetkili makamlar tarafından pratikte uygulanma şeklinin, ilgili ülkenin demokrasi durumunu ortaya koyduğunu ifade etmiştir (Gorzelik ve Diğerleri/Polonya [BD], § 88; Sidiropoulos ve Diğerleri/Yunanistan, § 40).[[9]](#footnote-9) O halde iptali talep edilen ibareyle dernek kurma hürriyetinin kısıtlanması, Anayasa’nın 2. maddesinin, demokratik hukuk devleti ilkesinin de ihlali anlamına gelecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki 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, dernek kurma hürriyetine ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmaları (söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesi) ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle 2847 sayılı Kanun’a eklenen Geçici Madde 4’ün birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci cümlesinde yer alan “İçişleri Bakanlığının ve Milli Savunma Bakanlığının görüşünü alarak” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 10., 13., 33., 90. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 24. maddesiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 7. maddesinin başlığında ve birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanının” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 24. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 7 nci maddesinde düzenleme yapılmaktadır. Bu suretle 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle uyum düzenlemesi yapılması ve Milli Savunma Bakanlığının seferberlik ve savaş halindeki görev yetki ve sorumluluklarının yeniden düzenlenmesi amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 24. maddede yapılan değişiklik, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir statüye indirgemeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Anılan 24. maddeye göre 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 7. maddesinin başlığında ve birinci fıkrasında yer alan “Genelkurmay Başkanının” ibaresi, “Milli Savunma Bakanının” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Milli Savunma Bakanının” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 7. maddesi, barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin ilgili makamın görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkindir.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 7. maddesinin 7281 sayılı Kanun’un 24. maddesi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Genelkurmay Başkanının görev, yetki ve sorumlulukları:

Madde 7 – Barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin Genelkurmay Başkanının görev, yetki ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir.

1. Türk Silahlı Kuvvetlerinin seferberlik ve savaş hali ile ilgili hazırlıklarını bakanlıklarla koordineli olarak yapmak ve geliştirmek

2. Yapılan hazırlıkların tatbikatlarda denenmesini sağlamak,

3. Seferberlik ilanını gerektirecek durumlarda, bu halin ilanı için Milli Güvenlik Kuruluna görüş bildirmek,

4. Seferberlik ve savaş halinde ihtiyaç duyulan önlemlerin alınması için Cumhurbaşkanına görüş vermek ve öneride bulunmak,

5. Acil ihtiyaç duyulan yedek personeli, Cumhurbaşkanının muvafakatiyle süresi yedi günü geçmemek üzere silah altına almak,

6. Seferberlik ve savaş halinin henüz ilan edilmemiş olduğu ancak savaşı gerektirebilecek bir durumun başgörterdiği gerginlik ve buhran dönemlerinde, kısa zamanda hazırlıkların tamamlanabilmesi ve noksansız olarak üst düzeyde harbe hazır olunması amacıyla, ihtiyaç duyulacak araç, mal ve hizmetlere ilişkin olarak, seferberlik ve savaş halinde Türk Silahlı Kuvvetleri harekât kontrolüne girecek olan kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarından Cumhurbaşkanı kararı ile yararlanmak.”

şeklindedir.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 7. maddesinin 7281 sayılı Kanun’un 24. maddesi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Milli Savunma Bakanının görev, yetki ve sorumlulukları:

Madde 7 – Barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin Milli Savunma Bakanının görev, yetki ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir.

1. Türk Silahlı Kuvvetlerinin seferberlik ve savaş hali hazırlıkları ile ilgili faaliyetlerini diğer bakanlıklarla koordine etmek

2. Mülga

3. Seferberlik ilanını gerektirecek durumlarda, bu halin ilanı için Milli Güvenlik Kuruluna görüş bildirmek,

4. Seferberlik ve savaş halinde ihtiyaç duyulan önlemlerin alınması için Cumhurbaşkanına görüş vermek ve teklifte bulunmak,

5. Acil ihtiyaç duyulan yedek personelin, Cumhurbaşkanının oluruyla süresi yedi günü geçmemek üzere silah altına alınmasını sağlamak,

6. Seferberlik ve savaş halinin henüz ilan edilmemiş olduğu ancak savaşı gerektirebilecek bir durumun başgörterdiği gerginlik ve buhran dönemlerinde, kısa zamanda hazırlıkların tamamlanabilmesi ve noksansız olarak üst düzeyde harbe hazır olunması amacıyla, ihtiyaç duyulacak araç, mal ve hizmetlere ilişkin olarak, seferberlik ve savaş halinde Türk Silahlı Kuvvetleri harekât kontrolüne girecek olan kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarından Cumhurbaşkanı kararı ile yararlanmak.”

şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere iptali talep edilen ibareyle barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin görev, yetki ve sorumluluğa sahip asli makam, Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanı olarak belirlenmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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).

Barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklar, Genelkurmay Başkanının görev (-yetki-sorumluluk) alanına ilişkindir. Zira Devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı hal ile Devletin bekasını temin etmek, milli menfaatleri sağlamak ve milli hedefleri elde etmek amacıyla, başta askeri güç olmak üzere Devletin maddi ve manevi tüm güç ve kaynaklarının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan kullanılmasını gerektiren silahlı mücadele (diğer bir deyişle 2941 sayılı Kanun’un 2. maddesi gereğince seferberlik ve savaş hali) sırasında Türk Silahlı Kuvvetlerini sevk ve idare edecek makam, Genelkurmay Başkanıdır. O halde savaş ve seferberlik haline yapılacak hazırlıklarda da ilk elden tam ve doğru bilgi sahibi makam, Genelkurmay Başkanıdır. Buna rağmen barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin görev-yetki ve sorumluluk, iptali talep edilen ibareyle, kamu yararı gözetilmeksizin (iç işleyişi, askeri hiyerarşinin teminini bozacak ve disiplin zafiyeti yaşanacak biçimde) hiyerarşik amir olan Genelkurmay Başkanından alınıp Milli Savunma Bakanına tevdi edilmiştir. Genel Kurmay Başkanlığı, hiyerarşik düzen yapısına dayanan emir-komuta zincirinin zirvesinde yer alan bir makam olduğu halde Milli Savunma Bakanlığı, emir-komuta zincirinin dışındadır.

Barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara (genel olarak bakanlıklarla koordineli çalışma yürütmek, tatbikat yapmak, Milli Güvenlik Kurulu’na ve Cumhurbaşkanına ilgili hususlarda görüş bildirmek, belirtilen hallerde yedek personeli silah altına almak, belirtilen hallerde Türk Silahlı Kuvvetleri harekât kontrolüne girecek olan kamu kurum ve kuruluşlarının imkanlarından Cumhurbaşkanı kararı ile yararlanmak) ilişkin yetki, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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, askeri disipline zarar verir. Barış döneminde seferberlik ve savaş hali için hazırlık yapacak makamın, hiyerarşik olarak bu bilgiyi askeri silsile içinde edinebilmesi gerekir. Bu bilgiye sahip olma yetisi, üstün astlar üzerinde otorite olarak varlığını sürdürmesini sağlar. Anılan yetiyi bünyesinde bulunduracak makam ise Silahlı Kuvvetlerin komutanı olan Genelkurmay Başkanıdır.

Nitekim 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin yetkiyi anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanının yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanının Türk Silahlı Kuvvetlerini seferberlik ve savaş halinde kumanda edememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliği zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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 (Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklarda iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden ve milli güvenliği sağlayan söz konusu yetkinin Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanına verilmesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Öte yandan her ne kadar 7281 sayılı Kanun’un 25. maddesiyle 2941 sayılı Kanun’a eklenen 7/A maddesinde barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin Genelkurmay Başkanının yetkileri düzenlense de; bu yetkiler (Türk Silahlı Kuvvetlerinin seferberlik ve savaş hali ile ilgili hazırlıklarını yapmak, yapılan hazırlıkların Cumhurbaşkanının oluruyla tatbikatlarda denenmesini sağlamak), Genelkurmay Başkanının anayasal görevinin gereklerini karşılayamayacak kadar sınırlıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklarda iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden ve milli güvenliği sağlayan yetkinin (1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanına verilmesi; barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklar sırasında Genelkurmay Başkanınca Silahlı Kuvvetlere verilecek emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 7. maddesinin başlığında ve birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanının” ibaresi, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 31.maddesiyle 11.04.2002 tarihli ve 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu’nun 20. maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Cumhurbaşkanınca belirlenen esaslar dâhilinde” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 31. maddesiyle 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu’nun ”Öğretim görevlileri” başlıklı 20. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre Astsubay Meslek Yüksek Okullarında görevlendirilecek yabancı uyruklu öğretim elemanları; Astsubay Meslek Yüksekokulu Müdürlüğü’nün talebi ve Rektörlüğün ihtiyaç göstermesi üzerine, Bakan onayı ile sözleşmeli olarak çalıştırılabilecek ve sözleşmeli olarak çalıştırılacak yabancı öğretim elemanlarına ödenecek ücret, 11.10.1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nun 16. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenen esaslar dâhilinde dahilinde (4752 sayılı Kanun’un 3. maddesinin delaletiyle) Milli Savunma Bakanlığınca tespit edilecektir. Ancak anılan fıkranın ikinci cümlesinde yer alan astsubay meslek yüksekokullarında görevlendirilecek yabancı uyruklu öğretim elemanlarına ödenecek ücretin, “Cumhurbaşkanınca belirlenen esaslar dâhilinde” belirlenmesine cevaz veren ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

2914 sayılı sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nun “Yabancı öğretim elemanlarına ödenecek ücretler” başlıklı 16. maddesi: “2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 34. maddesine göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak yabancı uyruklu öğretim elemanlarına ödenecek ücret, Cumhurbaşkanınca belirlenecek esaslar dahilinde Yükseköğretim Kurulunca tespit edilir.” şeklindedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun “Yabancı uyruklu öğretim elemanları” başlıklı 34. maddesinin ilgili bölümü: “ (3) Bu madde ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nun 16. maddesine göre yükseköğretim kurumlarında sözleşme ile görevlendirilecek yabancı uyruklu öğretim elemanı sayısı dolu öğretim elemanı kadrosu sayısının %2’sini geçemez. Bu kapsamdaki yabancı uyruklu öğretim elemanının yükseköğretim kurumları itibariyle dağılımı, isim, ücret ve sözleşme örneğinin vizesi, sözleşme süresinin uzatılması ve sona erdirilmesi, Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılır.” şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmü, 2914 sayılı Kanun’un 16. maddesine; 2914 sayılı Kanun’un 16. maddesi ise 2547 sayılı Kanun’un 34. maddesine atıfta bulunmuştur. Ancak anılan Kanun hükümlerinde yabancı uyruklu öğretim elemanlarına ödenecek ücretin tespiti hususunda objektif kıstaslar (kanun düzeyinde) belirlenmemiştir. Diğer bir deyişle yabancı uyruklu öğretim elamanlarına ödenecek ücret; 4752 sayılı Kanun’un 20. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenecek esaslar dahilinde Milli Savunma Bakanlığınca, 2914 sayılı Kanun’un 16. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenecek esaslar dahilinde Yükseköğretim Kurulunca, 2547 sayılı Kanun’un 34. maddesi uyarınca Yükseköğretim Kurulu tarafından tespit edilecektir. Her üç Kanun hükmü de ücret belirleme yetkisini, (kanuni kıstas öngörmeksizin) yürütmenin (Cumhurbaşkanının, Bakanlığın, Yükseköğretim Kurulu’nun) uhdesine bırakmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşmeli olarak çalıştırılacak yabancı uyruklu öğretim elemanları, asli ve sürekli nitelikte bir kamu hizmeti olan eğitim-öğretim faaliyetini, genel idare esaslarına göre yürüttüğünden; kamu görevlisidir. Nitekim Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin 06.06.2016 tarihli ve 2016/ 16222 E.; 2016/12350 K. sayılı Kararı’nda da bu husus, hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın ilgili bölümü: “… Davacı yabacı uyruklu olup, davalı üniversite bünyesinde öğretim elemanı olarak 01.01.1995 tarihinden itibaren her yıl birer yıllık olarak yenilenen sözleşmeler kapsamında çalışmıştır… Görüldüğü üzere taraflar arasında bir iş ilişkisi kurulmamış, yasalar ve Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde bir atama işlemi ile idari nitelikte bir sözleşmeler imzalanmıştır. Anılan yasal düzenlemelere göre davacının işçi sayılmadığı ve kamu hizmeti yürütmekte olduğu açıktır. İdarenin kamu görevlisi sayılan personeli ile arasındaki ilişki, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku ilkeleriyle düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir. İdari sözleşmeden doğan ihtilaflara ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesi mümkün olmadığından uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı yeri olup, Mahkemece “dava dilekçesinin yargı yolu yanlışlığı nedeni ile reddine” karar verilmesi gerekirken uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” şeklindedir.[[10]](#footnote-10) O halde astsubay meslek yüksek okullarında görevlendirilecek (sözleşmeli olarak çalıştırılacak) yabancı uyruklu öğretim elemanlarına yapılacak ücret ödemelerine ilişkin düzenleme, Anayasa’nın öngördüğü usul ve esaslar dahilinde kaleme alınmalıdır. Diğer bir deyişle Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde addedilmesi lazım gelen yabancı uyruklu öğretim elemanlarına ödenecek ücret, anılan Anayasa hükmünün ikinci fıkrasında yer alan (memurların ve diğer) kamu görevlilerinin aylık ve ödenekleri kapsamında kalmaktadır. Ancak iptali talep edilen ibare, söz konusu ücret özelinde somutlaşan ödemelerin hukuk içinde yapılmasına engeldir.

Nitekim Anayasa'nın 128. 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. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. 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). 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. 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 iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde sözleşmeli olarak çalıştırılacak yabancı öğretim elemanlarına ödenecek ücrete yönelik esaslar, kanun düzeyinde belirlenmelidir. Ödenecek ücretin esaslarını belirleme yetkisinin hiçbir kayıt getirilmeksizin idareye (monist yapılı yürütme organını temsil eden Cumhurbaşkanına) tevdi edilmesi, onun sınırsız bir takdir yetkisi ile donatılması; Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devlet bağlamında yorumlanan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılamadığı gibi idarenin kanuna dayanması ve aykırı olmaması için yeterli de değildir. Dahası bu durum, keyfi uygulamalara (söz gelimi adil ücret dengesi gözetilmeksizin ve keyfî şekilde fahiş miktarlarda ödeme yapılabilmesine) neden olabilecek niteliktedir. Öte yandan iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde her ne kadar “2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nun 16. maddesi “ bir ölçüt görünümüne sahip olsa da; söz konusu 16. maddede (ve bu 16. maddenin atıf yaptığı 2547 sayılı Kanun’un 34. maddesinde) ücrete yönelik esasların neye göre tespit edileceğine ilişkin kanuni bir kıstas (söz gelimi istihdam edileceği meslek yüksek okulunda kadrolu öğretim elemanlarına verilen ücret kadar ödeme yapılması; ücret tespitinde öğretim durumlarının, verilen ders saatinin, gelir getiren başka bir işte çalışmasının baz alınması gibi) öngörülmemiştir. Cumhurbaşkanının hangi objektif ve bilimsel kıstasları göz önüne alarak geniş ücret spektrumunun esaslarını oluşturacağı belirsizdir. Diğer bir deyişle Astsubay Meslek Yüksek Okullarının bünyesinde istihdam edilecek yabancı öğretim elemanlarına; neye göre, ne kadar ücret ödemesi yapılacağı; kanun düzeyinde, kamu yararı gözetilerek açık, net, anlaşılabilir biçimde belirlenmemiştir. Merkezi idari teşkilat içinde yer alan Milli Savunma Bakanlığı’nın ücret tespiti bakımından tabi olacağı esasların, genel çerçevenin (kanun koyucu yerine) (yürütme erkinin başı olan) Cumhurbaşkanınca tespit edilmesine ilişkin iptali talep edilen ibare; Anayasa’nın 2., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

Bunun yanında, 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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Cumhurbaşkanına); ücrete ilişkin esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Ayrıca iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanına verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları sağlayan ve aynı pozisyonda istihdam edilen yabancı uyruklu öğretim elemanlarına farklı meblağların tediye edilmesine diğer bir deyişle onlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, Cumhurbaşkanı tarafından Astsubay Meslek Yüksek Okullarında istihdam edilecek aynı şartlara sahip ve aynı pozisyondaki yabancı uyruklu öğretim elemanından birine diğerinden daha fazla ücret ödemesi yapılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Ayrıca, 2914 sayılı Kanun’un 16. maddesinin atıf yaptığı 2547 sayılı Kanunu’nun 34. maddesine göre yabancı uyruklu öğretim elemanının yükseköğretim kurumları itibariyle dağılımı, isim, ücret ve sözleşme örneğinin vizesi, sözleşme süresinin uzatılması ve sona erdirilmesi, Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılır. Bu durumda ücretin tespitinde yetki sahibi makam bakımından da bir eşitsizlik ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle Astsubay Meslek Yüksek Okulunda istihdam edilecek yabancı uyruklu öğretim elemanlarının alacağı ücret, Cumhurbaşkanının belirlediği esaslar dahilinde Milli Savunma Bakanı tarafından; diğer yabancı uyruklu öğretim elemanlarının alacağı ücret, (2914 sayılı sayılı Kanunu’nun 16. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenecek esaslar dahilinde) Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecektir. Bu nedenle eşitsizliği önlemek adına; Astsubay Meslek Yüksek Okulunda istihdam edilecek yabancı uyruklu öğretim elemanları ile diğer yabancı uyruklu öğretim elemanlarının alacağı ücrette adil dengenin gözetilmesi için yetki sahibi makamlar, aynı kanuni ölçütlerle sınırlandırılmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzer 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. 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 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 de halel getirmektedir.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 31.maddesiyle 11.04.2002 tarihli ve 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu’nun 20. maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Cumhurbaşkanınca belirlenen esaslar dâhilinde” ibaresi, Anayasa’nın 2., 6., 7., 10., 123., 128. ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 46. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibarelerinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir konuma dönüştürmeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolikleştirmeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin birinci fıkrasının (b) bendidir. Buna göre 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 46. maddesinde yer alan “Genelkurmay Başkanlığınca” ibareleri, “Milli Savunma Bakanlığınca” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Milli Savunma Bakanlığınca” ibareleri, Anayasa’ya aykırıdır.

211 sayılı Kanun’un 46. maddesi, Garnizon Komutanlığı görevini yürütecek kıta komutanı veya kurum amirinin belirlenmesine ilişkindir.

211 sayılı Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Garnizon komutanlığı görevinin hangi kıta komutanı veya kurum amiri tarafından yapılacağı Genelkurmay Başkanlığınca düzenlenir. Bu görevin yürütülmesi maksadıyla, Genelkurmay Başkanlığınca garnizonda bulunan kıta, karargâh ve kurumların dışında kadro ve teşkiller oluşturulabilir.” şeklindedir.

211 sayılı Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Garnizon komutanlığı görevinin hangi kıta komutanı veya kurum amiri tarafından yapılacağı Milli Savunma Bakanlığınca düzenlenir. Bu görevin yürütülmesi maksadıyla, Milli Savunma Bakanlığınca garnizonda bulunan kıta, karargâh ve kurumların dışında kadro ve teşkiller oluşturulabilir.” şeklindedir.

211 sayılı Kanun’un 45. ve devamı maddeleri gereğince hudutları talimatnamede yer alan esaslar dahilinde belirlenen garnizon: içinde ve civarında yerleşmiş kıta, karargah veya askeri kurum bulunan meskûn yerlere denir. Garnizon Komutanı ise garnizona dahil bütün kıta ve askeri kurumların disiplin amiridir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği’nin 158. maddesinde Garnizon Komutanının görevlerinin esasları “ 1 – Garnizondaki askerî kıta ve kurumların disiplin ve maneviyatını mükemmel bir halde bulunduracak tedbirler almak. 2 - Garnizon hudutları dâhilinde daimî veya geçici olarak bulunan birlik, kurum ve personelin idari ve lojistik desteğini sağlamakla sorumludur. Bu maksatla, garnizondaki birlik ve kurumların desteklenmesinde vazifeli mevcut idari ve lojistik birlik ve kurumlar, geçici olarak garnizon kumandanlığı emrine verilebilirler. 3 - Talim, eğitim ve toplanma yerlerini, deniz ve nehirlerde yıkanacak mahalleri kıtalar arasında taksim etmek, atış ve tahrip işlerinin yerlerini ve zamanlarını münasip vasıtalarla halka ilân için Hükümet makamlarına ve belediyeye haber vermek. 4- Mühimmat, silâh, cephane ve malzeme depolarının emniyetine itina etmek…” şeklinde sıralanmıştır.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere Garnizon Komutanı, söz konusu büyük askeri meskûn yerlerin sevk ve idaresi için oluşturulan birimin başıdır. Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili teknik bir birimin disiplin amiri olan Garnizon Komutanının görev alanının; Milli Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen Garnizon Komutanının kim olacağını (garnizon hudutları içinde yer alan kıta komutanı veya kurum amiri arasından ya da bu görevin ifası için arasından) belirleme yetkisi (Ayrıca garnizonda bulunan kıta, karargah ve kurumlar dışındaki kadro ve teşkilleri; garnizon komutanını belirleme yetkisinin sahibi oluşturacaktır.), iptali talep edilen ibarelerle (iç işleyişi bozacak şekilde) Genelkurmay Başkanlığı’ndan alınıp Milli Savunma Bakanlığı’na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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 Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan Genelkurmay Başkanına büyük askeri meskûn yerlerin sevk ve idaresini sağlama bakımından görevi itibariyle yardımcı olacak olan Garnizon Komutanının (askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmayacağı şekilde hiyerarşik amir olan Genelkurmay Başkanlığı yerine) Milli Savunma Bakanlığı tarafından (garnizon hudutları içinde yer alan kıta komutanı veya kurum amiri arasından ya da bu görevin ifası için garnizonda bulunan kıta, karargah ve kurumlar dışında oluşturulacak kadro ve teşkiller arasından) (Ayrıca garnizonda bulunan kıta, karargah ve kurumlar dışındaki kadro ve teşkilleri; garnizon komutanını belirleme yetkisinin sahibi, oluşturacaktır.) seçilmesinde kamu yararı bulunmamaktadır.

Nitekim iptali talep edilen ibarelerle Garnizon Komutanlığı görevinin hangi kıta komutanı veya kurum amiri tarafından yapılacağının Milli Savunma Bakanlığınca düzenlenmesi ve bu görevin yürütülmesi maksadıyla, Milli Savunma Bakanlığınca garnizonda bulunan kıta, karargâh ve kurumların dışında kadro ve teşkiller oluşturulabilmesi; Genelkurmay Başkanlığı ile Garnizon Komutanlığı arasındaki hiyerarşinin bozulmasına neden olacaktır. Zira Garnizon Komutanının hangi kıta komutanı veya kurum amiri olacağını belirleme özelinde somutlaşan atama yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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, atananın (Garnizon Komutanının), atayana (Genelkurmay Başkanına) karşı sorumluluğu ve bağlılığı yönünden askeri disipline zarar verir.

Bunun yanında, 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 Garnizon Komutanının kim olacağını belirleme yetkisini (ve bu belirleme yetkisinin kullanılabilmesi için ön yetki olan garnizonda bulunan kıta, karargah ve kurumlar dışındaki kadro ve teşkiller oluşturma yetkisinin), (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanı’nın başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nın yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanlığı’nın büyük askeri meskûn yer olan garnizonları kumanda edememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliği zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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 Başkanı’nın (Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu atama işleminin (ve bu atama işlemi için ön işlem olan garnizonda bulunan kıta, karargah ve kurumlar dışındaki kadro ve teşkiller oluşturma işleminin) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu atama işleminin (ve bu atama işlemi için ön işlem olan garnizonda bulunan kıta, karargah ve kurumlar dışındaki kadro ve teşkiller oluşturma işleminin) ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca Garnizon Komutanına verilen emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 46. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibareleri, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 50. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresinin Anayasa’ya Aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan çok TSK komuta kademesinin en üstünde yer alan Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir konuma indirgemeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolikleştirmeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin birinci fıkrasının (c) bendidir. Buna göre 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 50. maddesinde yer alan “Genelkurmay Başkanlığınca” ibaresi, “Milli Savunma Bakanlığınca” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

211 sayılı Kanun’un 50. maddesi, 211 sayılı Kanun’un “Garnizon Kumandanlığı” başlıklı (D) bölümünde yer alan maddelerde (45. ilâ 49. maddelerde) belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısında; Garnizon Kumandanlığı görevini yürütecek kıta kumandanı veya kurum amirinin belirlenmesine ilişkindir. (211 sayılı Kanun’un kabul tarihi, 04.01.1961 olup bu dönemde “komutan” ibaresi yerine “kumandan” ibaresi kullanılmıştır ve anılan 50. maddede, 7281 sayılı Kanun’a dek herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.)

Diğer bir deyişle anılan bölümde Garnizon Kumandanlığı vazifesinin kim tarafından ifa edileceği kural olarak tespit olunmuş (211 sayılı Kanun’un Garnizon Komutanının kim tarafından belirleneceğini kural olarak düzenleyen 46. maddesi; 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile değiştirilmiştir. Anılan maddenin değişik hali “Garnizon komutanlığı görevinin hangi kıta komutanı veya kurum amiri tarafından yapılacağı Milli Savunma Bakanlığınca düzenlenir. Bu görevin yürütülmesi maksadıyla, Milli Savunma Bakanlığınca garnizonda bulunan kıta, karargâh ve kurumların dışında kadro ve teşkiller oluşturulabilir.” şeklindedir. Ancak işbu dilekçeyle 211 sayılı Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibarelerinin iptali talep edilmiştir.) ve fakat bu hükümler dışında ve istisnai haller karşısında 50. madde ihdas edilmiştir.

211 sayılı Kanun’un 50. maddesinin birinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Yukardaki maddelerde belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısında garnizon kumandanlığı görevinin hangi kıta kumandanı veya kurum amiri tarafından yapılacağı Genelkurmay Başkanlığınca düzenlenir.” şeklindedir.

211 sayılı Kanun’un 50. maddesinin birinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Yukardaki maddelerde belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısında garnizon kumandanlığı görevinin hangi kıta kumandanı veya kurum amiri tarafından yapılacağı Milli Savunma Bakanlığınca düzenlenir.” şeklindedir.

211 sayılı Kanun’un 45. ve devamı maddeleri gereğince hudutları talimatnamede yer alan esaslar dahilinde belirlenen garnizon: içinde ve civarında yerleşmiş kıta, karargah veya askeri kurum bulunan meskûn yerlere denir. Garnizon Komutanı ise garnizona dahil bütün kıta ve askeri kurumların disiplin amiridir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği’nin 158. maddesinde Garnizon Komutanının görevlerinin esasları “ 1 – Garnizondaki askerî kıta ve kurumların disiplin ve maneviyatını mükemmel bir halde bulunduracak tedbirler almak. 2 - Garnizon hudutları dâhilinde daimî veya geçici olarak bulunan birlik, kurum ve personelin idari ve lojistik desteğini sağlamakla sorumludur. Bu maksatla, garnizondaki birlik ve kurumların desteklenmesinde vazifeli mevcut idari ve lojistik birlik ve kurumlar, geçici olarak garnizon kumandanlığı emrine verilebilirler. 3 - Talim, eğitim ve toplanma yerlerini, deniz ve nehirlerde yıkanacak mahalleri kıtalar arasın da taksim etmek, atış ve tahrip işlerinin yerlerini ve zamanlarını münasip vasıtalarla halka ilân için Hükümet makamlarına ve belediyeye haber vermek. 4 - Mühimmat, silâh, cephane ve malzeme depolarının emniyetine itina etmek…” şeklinde sıralanmıştır.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere Garnizon Komutanı, söz konusu büyük askeri meskûn yerlerin sevk ve idaresi için oluşturulan birimin başıdır. Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili teknik bir birimin disiplin amiri olan Garnizon Komutanının görev alanının; Milli Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen 211 sayılı Kanun’un “Garnizon Kumandanlığı” başlıklı (D) bölümünde yer alan maddelerde (45. ilâ 49. maddelerde) belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısında Garnizon Kumandanının (kıta kumandanı veya kurum amiri arasından) kim olacağını belirleme yetkisi, iptali talep edilen ibareyle (iç işleyişi bozacak şekilde) Genelkurmay Başkanlığı’ndan alınıp Milli Savunma Bakanlığı’na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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 Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan Genelkurmay Başkanına büyük askeri meskûn yerlerin sevk ve idaresini sağlama bakımından görevi itibariyle yardımcı olacak olan Garnizon Kumandanının 211 sayılı Kanun’un “Garnizon Kumandanlığı” başlıklı (D) bölümünde yer alan maddelerde (45. ilâ 49. maddelerde) belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısında (askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmayacağı şekilde hiyerarşik amir olan Genelkurmay Başkanlığı yerine) Milli Savunma Bakanlığı tarafından (kıta kumandanı veya kurum amiri arasından) seçilmesinde kamu yararı bulunmamaktadır.

Nitekim iptali talep edilen ibareyle 211 sayılı Kanun’un “Garnizon Kumandanlığı” başlıklı (D) bölümünde yer alan maddelerde (45. ilâ 49. maddelerde) belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısında Garnizon Kumandanlığı görevinin hangi kıta kumandanı veya kurum amiri tarafından yapılacağının Milli Savunma Bakanlığınca düzenlenmesi; Genelkurmay Başkanlığı ile Garnizon Kumandanlığı arasındaki hiyerarşinin bozulmasına neden olacaktır. Zira Garnizon Kumandanının hangi kıta komutanı veya kurum amiri olacağını belirleme özelinde somutlaşan atama yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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, atananın (Garnizon Kumandanının), atayana (Genelkurmay Başkanına) karşı sorumluluğu ve bağlılığı yönünden askeri disipline zarar verir.

Bunun yanında, 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 211 sayılı Kanun’un “Garnizon Kumandanlığı” başlıklı (D) bölümünde yer alan maddelerde (45. ilâ 49. maddelerde) belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısında Garnizon Kumandanının kim olacağını belirleme yetkisini, (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanının başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nın yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanlığı’nın büyük askeri meskûn yer olan garnizonları kumanda edememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliği zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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 Başkanı’nın (Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden 211 sayılı Kanun’un “Garnizon Kumandanlığı” başlıklı (D) bölümünde yer alan maddelerde (45. ilâ 49. maddelerde) belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısındaki bu atama işleminin Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden 211 sayılı Kanun’un “Garnizon Kumandanlığı” başlıklı (D) bölümünde yer alan maddelerde (45. ilâ 49. maddelerde) belirtilen hükümler dışında veya istisnai haller karşısındaki bu atama işleminin ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca Garnizon Kumandanına verilen emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 50. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresi, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresi ile ikinci fıkrasının (II) numaralı alt bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı
	1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolikleştirmeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir statüye dönüştürmeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendidir. Buna göre 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Kuvvet Komutanlarının teklifi üzerine Genelkurmay Başkanlığınca” ibaresi, “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

926 sayılı Kanun’un 41. maddesinin birinci fıkrası, subay hizmet kadrolarının tespitine ilişkindir.

926 sayılı Kanun’un 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Her yıl 30 Ağustos tarihinden sonra uygulanacak kadrolar; rütbe, sınıf (varsa branşı) belirtilerek Kuvvet Komutanlarının teklifi üzerine Genelkurmay Başkanlığınca hizmet ihtiyacına göre tespit edilir.” şeklindedir.

926 sayılı Kanun’un 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Her yıl 30 Ağustos tarihinden sonra uygulanacak kadrolar; rütbe, sınıf (varsa branşı) belirtilerek Milli Savunma Bakanlığı tarafından hizmet ihtiyacına göre tespit edilir.” şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibareyle, her yıl 30 Ağustos tarihinden sonra uygulanacak kadroları hizmet ihtiyacına göre tespit etmeye yetkili makam, (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığı olarak saptanmıştır. Diğer bir deyişle subay hizmet kadrolarının ihdası hususunda; Kuvvet Komutanlıklarının dahil olduğu inha süreci bertaraf edilmiş, Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesi tamamen dışarıda bırakılmış ve Milli Savunma Bakanlığı tek yetki sahibi haline getirilmiştir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili, subay hizmet kadrolarının ihdasına yönelik söz konusu teknik konunun; Milli Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen her yıl 30 Ağustos tarihinden sonra uygulanacak kadroları rütbe, sınıf (varsa branşı) belirtilerek hizmet ihtiyacına göre tespit etme yetkisi, iptali talep edilen ibareyle (iç işleyişi bozacak şekilde) (Kuvvet Komutanlarının teklifi üzerine) Genelkurmay Başkanlığı’ndan alınıp Milli Savunma Bakanlığı’na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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).

Türk Silahlı Kuvvetlerinin subay hizmet kadrosu ihtiyacı hususunda bilgi sahibi ilk makam, o subayların istihdam edileceği Kuvvet Komutanlıklarının başı olan Kuvvet Komutanlarıdır. Bunun içindir ki kanun koyucu, söz konusu 41. maddede değişiklik yapılmadan önce, Kuvvet Komutanlıklarının subay hizmet kadroları için öneride bulunmasını öngörmüş ve bu öneriyi, (icrailik niteliği kazanması için) (başı Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan) Genelkurmay Başkanlığı’nın kabulüne tabi kılmıştır. Subay hizmet kadrolarının ihdası bakımından askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için getirilen bu usûl, iptali talep edilen ibareyle kamu yararı gözetilmeksizin ortadan kaldırılmıştır. Nitekim subay hizmet kadrolarının (Kuvvet Komutanlıklarının ve Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesi olmaksızın) salt Milli Savunma Bakanlığınca tespiti; Kuvvet Komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığı içindeki hiyerarşiyi bozacaktır. Zira Kuvvet Komutanlıklarında istihdam edilecek subay hizmet sınıfına ait kadroları belirleme yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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. Kadro tahsisi ihtiyacı bakımından ilk elden bilgi sahibi olan Kuvvet Komutanlıklarını ve Genelkurmay Başkanlığı’nı bu sürecin dışına çıkarmak, askeri disipline zarar verir.

Bunun yanında, 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 subay hizmet kadrolarını belirleme yetkisini (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine), (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanı’nın başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nın yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanlığı’nın ve Kuvvet Komutanlıklarının ilgili askeri birlikleri kumanda edebilmesi için gerekli subay sayısının temin edilememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliğini zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu ihdas işleminin (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu ihdas işleminin (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine) ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca ve Kuvvet Komutanlarınca subaylara verilen emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Diğer taraftan Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilecek subay hizmet sınıfının ifa edeceği görev, milli güvenlik ile ilgilidir. Nitekim 926 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre subayların ve astsubayların görev ve sorumlulukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile diğer mevzuat ve hizmet kadrolarının açıklamalarında gösterilir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 35. ve 36. maddelerine göre Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmaktır. Silahlı Kuvvetler, harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifelidir. Bu vazifenin ifası için lazım gelen tesisler ve teşkiller kurulur ve tedbirler alınır. O halde milli güvenliğin bir kamu hizmeti olduğu izahtan varestedir.[[11]](#footnote-11)

Bu nedenle milli güvenlik özelinde somutlaşan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevi ifa eden ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilen subayların statüsünün, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde olması lazım gelmektedir.

O halde Anayasa'nın 128. 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. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. 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). 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. Buna ilave olarak, “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). 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 subay hizmet (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) kadrolarının Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve 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 iptali talep edilen ibareyle; (Türk Silahlı Kuvvetlerinin komuta kademesini oluşturan) subay hizmet kadroları ihtiyacı hakkında ilk elden bilgi sahibi olan Kuvvet Komutanlıklarının ve Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesini ortadan kaldırmış ve Milli Savunma Bakanlığı’na (idareye) sınırları belli olmayan, nasıl kullanılacağı öngörülemez olan ve keyfîliğe açık bir takdir yetkisi tanımıştır. Milli Savunma Bakanlığı’nın subay hizmet kadroları ihdasına yönelik hizmet ihtiyacını hangi somut veriye göre tespit edeceğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); subay hizmet kadrosu belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

* 1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin ikinci fıkrasının (II) numaralı alt bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir konuma dönüştürmeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir statüye indirgemeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendidir. Buna göre, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin ikinci fıkrasının (II) numaralı alt bendinde yer alan “Genelkurmay Başkanlığınca onaylı” ibaresi, “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

926 sayılı Kanun’un 41. maddesinin ikinci fıkrası, fiili hizmet süresi uzatılacak albay miktarının tespitine ilişkindir.

926 sayılı Kanun’un 41. maddesinin ikinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Her yıl 30 Ağustos tarihi itibarıyla hizmet ihtiyacı sebebiyle kadrosuzluktan emekliye sevk edilmesi uygun görülmeyen toplam albay miktarı ile bunların yıllara, neşetlere, sınıflara, branşlara veya ihtisaslara göre kontenjanları, aşağıda belirtilen oranları aşmamak üzere ve neşet mevcutlarına göre dengeli dağılım çerçevesinde Yüksek Askerî Şura kararı ile tespit edilir. Kuvvet komutanlıkları (…) (2) için ayrı ayrı olmak üzere;

I- İlk defa fiili hizmet süresi uzatılacak albay miktarı, o yıl hizmet kadrosu fazlalığı sebebiyle kadrosuzluktan emekliye sevk edilecek toplam albay miktarının %25’ini; bunlar arasından müteakip dönemlerde uzatılacakların miktarı ise bir önceki dönemde uzatma kararı alınmış olanların miktarının %75’ini geçemez.

II- (I) numaralı alt bentte belirlenmiş orana göre hesaplanacak ilk defa fiili hizmet süresi uzatılacak albay miktarı, Genelkurmay Başkanlığınca onaylı Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında belirlenmiş yıllık subay yetiştirme miktarının %3’ünün altında olması hâlinde bu sayıya kadar artırılabilir.(4)

III- (I) ve (II) numaralı alt bentlerde belirlenmiş oranlara göre bulunacak sayıların küsuratlı değerleri yarıma eşit veya yarımdan büyükse bu küsuratlı değerler tama iblağ edilir.” şeklindedir.

926 sayılı Kanun’un 41. maddesinin ikinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Her yıl 30 Ağustos tarihi itibarıyla hizmet ihtiyacı sebebiyle kadrosuzluktan emekliye sevk edilmesi uygun görülmeyen toplam albay miktarı ile bunların yıllara, neşetlere, sınıflara, branşlara veya ihtisaslara göre kontenjanları, aşağıda belirtilen oranları aşmamak üzere ve neşet mevcutlarına göre dengeli dağılım çerçevesinde Yüksek Askerî Şura kararı ile tespit edilir. Kuvvet komutanlıkları (…) (2) için ayrı ayrı olmak üzere;

I- İlk defa fiili hizmet süresi uzatılacak albay miktarı, o yıl hizmet kadrosu fazlalığı sebebiyle kadrosuzluktan emekliye sevk edilecek toplam albay miktarının %25’ini; bunlar arasından müteakip dönemlerde uzatılacakların miktarı ise bir önceki dönemde uzatma kararı alınmış olanların miktarının %75’ini geçemez.

II- (I) numaralı alt bentte belirlenmiş orana göre hesaplanacak ilk defa fiili hizmet süresi uzatılacak albay miktarı, Milli Savunma Bakanlığı tarafından Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında belirlenmiş yıllık subay yetiştirme miktarının %3’ünün altında olması hâlinde bu sayıya kadar artırılabilir.(4)

III- (I) ve (II) numaralı alt bentlerde belirlenmiş oranlara göre bulunacak sayıların küsuratlı değerleri yarıma eşit veya yarımdan büyükse bu küsuratlı değerler tama iblağ edilir.” şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibareyle, (I) numaralı alt bentte belirlenmiş orana göre hesaplanacak ilk defa fiili hizmet süresi uzatılacak albay miktarının arttırılması için öngörülen %3’lük oranın elde edileceği Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında belirlenmiş yıllık subay yetiştirme miktarını tespit etmeye yetkili makam, Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığı olarak saptanmıştır. Diğer bir deyişle, (özlük işleri kapsamında kalan) fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarının arttırılması için aranan oranın üzerinden hesaplanacağı, Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarı; Genelkurmay Başkanlığınca onaylı iken artık Milli Savunma Bakanlığı tarafından belirlenecektir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili, fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarının arttırılmasına yönelik söz konusu teknik konunun; Milli Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen (özlük işleri kapsamında kalan) fiili hizmet süreleri uzatılacak albay sayısının arttırılması için aranan oranın üzerinden hesaplanacağı, Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarını tespit etme yetkisi, iptali talep edilen ibareyle (iç işleyişi bozacak şekilde) Genelkurmay Başkanlığı’nın onayından alınıp Milli Savunma Bakanlığı’na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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).

Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarı ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarı, Silahlı Kuvvetlerin komuta edilebilmesi için gerekli olan ihtiyaca göre tespit edilir. Komuta kademesindeki ihtiyaç hakkında tam ve doğru bilgi sahibi makam, Genelkurmay Başkanlığı’dır. Bunun içindir ki kanun koyucu, söz konusu 41. maddede değişiklik yapılmadan önce, söz konusu miktarları, Genelkurmay Başkanlığı’nın onayına tabi kılmıştır. Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarı ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarı bakımından askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için getirilen bu usûl, iptali talep edilen ibareyle kamu yararı gözetilmeksizin ortadan kaldırılmıştır. Nitekim Türk Silahlı Kuvvetlerin komuta edilebilmesi için gerekli olan anılan miktarların (Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesi olmaksızın) salt Milli Savunma Bakanlığınca tespiti; Genelkurmay Başkanlığı içindeki hiyerarşiyi bozacaktır. Zira Türk Silahlı Kuvvetlerin komuta edilebilmesi için gerekli olan Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarı ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarını belirleme yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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. Türk Silahlı Kuvvetlerin komuta edilebilmesi için gerekli olan Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarı ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarı bakımından ilk elden bilgi sahibi olan Genelkurmay Başkanlığı’nı bu sürecin dışına çıkarmak, askeri disipline zarar verir.

Bunun yanında, 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü, planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarı ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarını belirleme yetkisini, (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanı’nın başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nın yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanlığı’nın ilgili askeri birlikleri kumanda edebilmesi için gerekli subay (ve özel olarak albay) sayısının temin edilememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliği zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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 Başkanı’nın (Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu yıllık subay yetiştirme miktarı ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarını belirleme işleminin Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu yıllık subay yetiştirme miktarı ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarını belirleme işleminin ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca subaylara (ve özel olarak albaylara) verilen emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Diğer taraftan Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilecek subayların ve fiili hizmet süreleri uzatılacak albayların ifa edeceği görev, milli güvenlik ile ilgilidir. Nitekim 926 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre subayların ve astsubayların görev ve sorumlulukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile diğer mevzuat ve hizmet kadrolarının açıklamalarında gösterilir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 35. ve 36. maddelerine göre Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmaktır. Silahlı Kuvvetler, harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifelidir. Bu vazifenin ifası için lazım gelen tesisler ve teşkiller kurulur ve tedbirler alınır. O halde milli güvenliğin bir kamu hizmeti olduğu izahtan varestedir.[[12]](#footnote-12)

Bu nedenle milli güvenlik özelinde somutlaşan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevi ifa eden ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilen subayların (ve özel olarak albayların) statüsünün, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde olması lazım gelmektedir.

O halde Anayasa'nın 128. 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. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. 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). 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. Buna ilave olarak, “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). 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 özlük işlemleri kapsamında kalan Türk Silahlı Kuvvetleri insan gücü planında yer alan yıllık subay yetiştirme miktarını ve fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarını tespit işinin Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve 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 iptali talep edilen ibareyle; (Türk Silahlı Kuvvetlerinin komuta kademesini oluşturan) subay ve dolayısıyla fiili hizmet süreleri uzatılacak albay ihtiyacı hakkında bilgi sahibi olan Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesini ortadan kaldırmış ve Milli Savunma Bakanlığı’na (idareye) sınırları belli olmayan, nasıl kullanılacağı öngörülemez olan ve keyfîliğe açık bir takdir yetkisi tanımıştır. Milli Savunma Bakanlığı’nın subay ve fiili hizmet süreleri uzatılacak albay ihtiyacını hangi somut veriye göre tespit edeceğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); subay ve fiili hizmet süreleri uzatılacak albay miktarını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin ikinci fıkrasının (II) numaralı alt bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 89. maddesinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir statüye indirgemeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir konuma indirgemeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendidir. Buna göre 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 89. maddesinde yer alan “kuvvet komutanlarının teklifi üzerine Genelkurmay Başkanlığınca” ibaresi, “Milli Savunma Bakanlığınca” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

926 sayılı Kanun’un 89. maddesi, astsubay kadrolarının belirlenmesine ilişkindir.

926 sayılı Kanun’un 89. maddesinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına ait astsubay kadroları, her yıl 30 Ağustos tarihine kadar sınıfı (varsa branşı) belirtilerek kuvvet komutanlarının teklifi üzerine Genelkurmay Başkanlığınca tespit edilir.” şeklindedir.

926 sayılı Kanun’un 89. maddesinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına ait astsubay kadroları, her yıl 30 Ağustos tarihine kadar sınıfı (varsa branşı) belirtilerek Milli Savunma Bakanlığınca tespit edilir.” şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibareyle, her yıl 30 Ağustos tarihine kadar Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına ait astsubay kadrolarını (sınıfı –varsa branşı- belirtilerek) tespit etmeye yetkili makam, (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığı olarak saptanmıştır. Diğer bir deyişle Kuvvet Komutanlıklarına ait astsubay kadrolarının ihdası hususunda; Kuvvet Komutanlıklarının dahil olduğu inha süreci bertaraf edilmiş, Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesi tamamen dışarıda bırakılmış ve Milli Savunma Bakanlığı tek yetki sahibi haline getirilmiştir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili, astsubay kadrolarının ihdasına yönelik söz konusu teknik konunun; Milli Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen her yıl 30 Ağustos tarihine kadar Kuvvet Komutanlıklarına ait astsubay kadrolarını sınıfı (varsa branşı) belirtilerek tespit etme yetkisi, iptali talep edilen ibareyle (iç işleyişi bozacak şekilde) (Kuvvet Komutanlarının teklifi üzerine) Genelkurmay Başkanlığı’ndan alınıp Milli Savunma Bakanlığı’na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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 Türk Silahlı Kuvvetlerinin astsubay kadrosu ihtiyacı hususunda bilgi sahibi ilk makam, o astsubayların istihdam edileceği Kuvvet Komutanlıklarının başı olan Kuvvet Komutanlarıdır. Bunun içindir ki kanun koyucu, söz konusu 89. maddede değişiklik yapılmadan önce, Kuvvet Komutanlıklarının astsubay kadroları için öneride bulunmasını öngörmüş ve bu öneriyi, (icrailik niteliği kazanması için) (başı Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan) Genelkurmay Başkanlığı’nın kabulüne tabi kılmıştır. Astsubay kadrolarının ihdası bakımından askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için getirilen bu usûl, iptali talep edilen ibareyle kamu yararı gözetilmeksizin ortadan kaldırılmıştır. Nitekim astsubay kadrolarının (Kuvvet Komutanlıklarının ve Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesi olmaksızın) salt Milli Savunma Bakanlığınca tespiti; Kuvvet Komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığı içindeki hiyerarşiyi bozacaktır. Zira Kuvvet Komutanlıklarında istihdam edilecek astsubay kadrolarını belirleme yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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. Kadro tahsisi ihtiyacı bakımından ilk elden bilgi sahibi olan Kuvvet Komutanlıklarını ve Genelkurmay Başkanlığını bu sürecin dışına çıkarmak, askeri disipline zarar verir.

Bununla birlikte 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 astsubay kadrolarını belirleme yetkisini (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine), (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanı’nın başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nın yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanlığı’nın ve Kuvvet Komutanlıklarının ilgili askeri birlikleri kumanda edebilmesi için gerekli astsubay sayısının temin edilememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliğini zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu ihdas işleminin (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu ihdas işleminin (Kuvvet Komutanlıklarının teklifi üzerine) ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca ve Kuvvet Komutanlarınca astsubaylara verilen emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Diğer taraftan Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilecek astsubay sınıfının ifa edeceği görev, milli güvenlik ile ilgilidir. Nitekim 926 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre subayların ve astsubayların görev ve sorumlulukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile diğer mevzuat ve hizmet kadrolarının açıklamalarında gösterilir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 35. ve 36. maddelerine göre Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmaktır. Silahlı Kuvvetler, harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifelidir. Bu vazifenin ifası için lazım gelen tesisler ve teşkiller kurulur ve tedbirler alınır. O halde milli güvenliğin bir kamu hizmeti olduğu izahtan varestedir.[[13]](#footnote-13)

Bu nedenle milli güvenlik özelinde somutlaşan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevi ifa eden ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilen astsubayların statüsünün, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde olması lazım gelmektedir.

O halde Anayasa'nın 128. 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. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. 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). 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. Buna ilave olarak, “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). 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 astsubay (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) kadrolarının Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve 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 iptali talep edilen ibareyle; (Türk Silahlı Kuvvetlerinin bel kemiğini oluşturan) astsubay kadroları ihtiyacı hakkında ilk elden bilgi sahibi olan Kuvvet Komutanlıklarının ve Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesini ortadan kaldırmış ve Milli Savunma Bakanlığı’na (idareye) sınırları belli olmayan, nasıl kullanılacağı öngörülemez olan ve keyfîliğe açık bir takdir yetkisi tanımıştır. Milli Savunma Bakanlığı’nın astsubay kadroları ihdasına yönelik hizmet ihtiyacını hangi somut veriye göre tespit edeceğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); astsubay kadrosu belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 89. maddesinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun ek 35. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir konuma indirgemeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir konuma indirgemeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin ikinci fıkrasının (g) bendidir. Buna göre 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun ek 35. maddesinin birinci cümlesi “İtibari rütbe; yurt dışı sürekli göreve atananlara Milli Savunma Bakanlığı, yurt dışı geçici görevle görevlendirilenlere ilgili kuvvet komutanlıkları tarafından verilebilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu cümlede yer alan “Milli Savunma Bakanlığı” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

926 sayılı Kanun’un ek 35. maddesinin birinci cümlesi maddesi, itibari rütbenin kim tarafından verileceğine ilişkindir.

926 sayılı Kanun’un ek 35. maddesinin birinci cümlesinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “İtibari rütbe; yurt dışı sürekli göreve atananlar için Genelkurmay Personel Başkanlığının, yurt dışı geçici görevlendirilenler için ilgili kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personel başkanlıklarının onayı alınmak suretiyle verilebilir.” şeklindedir.

926 sayılı Kanun’un ek 35. maddesinin birinci cümlesinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “İtibari rütbe; yurt dışı sürekli göreve atananlara Milli Savunma Bakanlığı, yurt dışı geçici görevle görevlendirilenlere ilgili kuvvet komutanlıkları tarafından verilebilir.” şeklindedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki itibari rütbe, 926 sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca yurt dışı sürekli veya geçici görevlere atanan ya da görevlendirilen subay ve astsubaylara, özellik arz eden durumlarda, görev süresince rütbesinin bir üst rütbesinde verilen rütbedir. Yurt dışı sürekli veya geçici görevlere atanan ya da görevlendirilen subay ve astsubaylara itibari rütbe verilmesi uygulamasıyla gerçekleştirilmek istenen amaç, onların yurt dışı görevlerde gerekli durumlarda Türk Silahlı Kuvvetlerini daha etkin bir rütbe ile temsil etmesini sağlamaktır.[[14]](#footnote-14) Kanun koyucu itibari rütbeyi vermeye yetkili makamı yurt dışı sürekli ve geçici görevler şeklinde ikili bir ayrım yaparak tespit etmiştir. Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibareyle, yurt dışı sürekli göreve atananlara itibari rütbe vermeye yetkili makam, Genelkurmay Personel Başkanlığı (nın onayı) yerine Milli Savunma Bakanlığı olarak saptanmıştır. Diğer bir deyişle yurt dışı sürekli göreve atananlara verilecek itibari rütbe uygulamasında Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesi tamamen dışarıda bırakılmış ve Milli Savunma Bakanlığı tek yetki sahibi haline getirilmiştir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili, yurt dışı sürekli göreve atananlara itibari rütbe verilmesine yönelik söz konusu teknik konunun; Milli Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen yurt dışı sürekli göreve atananlara itibari rütbe verme yetkisi, iptali talep edilen ibareyle (iç işleyişi bozacak şekilde) Genelkurmay (Personel) Başkanlığı’ndan alınıp Milli Savunma Bakanlığı’na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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).

Bir subayın ya da astsubayın yurt dışı sürekli görevlerde ihtiyaç duyulan durumlarda Türk Silahlı Kuvvetlerini daha etkin bir rütbe ile temsil etmesi gerekliliğini (hangi görevin itibari rütbe ile icra edilebileceğini) tespit etmeye yetkin makam, Genelkurmay Başkanlığı’dır. İtibari rütbe verilmesi bakımından; yurt dışında Türk Silahlı Kuvvetlerinin temsil kabiliyetinin etkin biçimde sağlanması, söz konusu sürekli görevlerde emir komuta kademesinin korunması, askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için getirilen bu usûl, iptali talep edilen ibareyle kamu yararı gözetilmeksizin ortadan kaldırılmıştır. Nitekim yurt dışı sürekli görevlere atananlara itibari rütbenin Milli Savunma Bakanlığınca verilmesi; Genelkurmay Başkanlığı içindeki hiyerarşiyi bozacaktır. Zira itibari rütbe, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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. Yurt dışı sürekli görevlere atananlara itibari rütbe verilmesi bakımından (başının, söz konusu atanan kimselerin komutanı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nı bu sürecin dışına çıkarmak, askeri disipline zarar verir.

Bunun yanında, 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 yurt dışı sürekli göreve atananlara itibari rütbe verme yetkisini, (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanının başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nın yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanının ilgili yurt dışındaki askeri birlikleri kumanda edememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliği zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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 (Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin yurt dışında etkin bir şekilde temsil edilmesini ve iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden itibari rütbe verme işleminin Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin yurt dışında etkin bir şekilde temsil edilmesini ve iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu itibari rütbe verme işleminin ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanlığı yerine Milli Savunma Bakanlığınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca yurt dışında sürekli göreve atananlara verilen emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Diğer taraftan yurt dışı sürekli göreve atanan subay ve astsubayların ifa edeceği görev, milli güvenlik ile ilgilidir. Nitekim 926 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre subayların ve astsubayların görev ve sorumlulukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile diğer mevzuat ve hizmet kadrolarının açıklamalarında gösterilir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 35. ve 36. maddelerine göre, Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmaktır. Silahlı Kuvvetler, harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifelidir. Bu vazifenin ifası için lazım gelen tesisler ve teşkiller kurulur ve tedbirler alınır. O halde milli güvenliğin bir kamu hizmeti olduğu izahtan varestedir.[[15]](#footnote-15)

Bu nedenle milli güvenlik özelinde somutlaşan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevi ifa eden ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilen yurt dışına sürekli göreve atanan subay ve astsubayların Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde olması lazım gelmektedir.

O halde Anayasa'nın 128. 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. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. 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). 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. Buna ilave olarak, “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). 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 yurt dışı sürekli görevlere atananlara verilecek (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) itibari rütbenin Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve 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 iptali talep edilen ibareyle; yurt dışı sürekli görevlere atananların başının komutanı olduğu Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesini ortadan kaldırmış ve Milli Savunma Bakanlığı’na (idareye) sınırları belli olmayan, nasıl kullanılacağı öngörülemez olan ve keyfîliğe açık bir takdir yetkisi tanımıştır. Milli Savunma Bakanlığı’nın yurt dışı sürekli göreve atanan subay ve astsubaylara hangi görevin icabı doğrultusunda itibari rütbe vereceğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); yurt dışı sürekli göreve atananlara itibari rütbe verme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun ek 35. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendiyle 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlenin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir konuma dönüştürmeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir makama dönüştürmeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendidir. Buna göre 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasına “Belirlenen bu kadro ve teşkilat Milli Savunma Bakanlığınca onaylanır.” şeklindeki cümle eklenmiştir. Ancak söz konusu eklenen cümle, Anayasa’ya aykırıdır.

2941 sayılı Kanun’un 4. maddesinin üçüncü fıkrası, Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanmaya ilişkindir.

2941 sayılı Kanun’un 4. maddesinin üçüncü fıkrasına 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi ile ek cümle eklenmeden önceki hali:

 “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanma, Genelkurmay Başkanlığı tarafından tespit edilir.” şeklindedir.

2941 sayılı Kanun’un 4. maddesinin üçüncü fıkrasına 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi ile ek cümle eklendikten sonraki hali:

 “Türk Silahlı Kuvvetlerinde Seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanma, Genelkurmay Başkanlığı tarafından belirlenir. Belirlenen bu kadro ve teşkilat Milli Savunma Bakanlığınca onaylanır.” şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen cümleyle, Genelkurmay Başkanlığı tarafından belirlenen seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanma, Milli Savunma Bakanlığı’nın onayına tabi kılınmıştır. Diğer bir deyişle seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanmayı belirleme hususunda; asli yetkili olan Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı’na görüş veren bir makama indirgenmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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).

Genelkurmay Başkanlığı’nın salt görev alanında olan Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanmanın belirlenmesine yönelik söz konusu teknik konunun; Milli Savunma Bakanının sorumluluk alanıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Zira iç ve dış anlamda milli güvenliğin ve iç işleyişte hiyerarşinin temin edilmesi için seferberlik işlemleriyle ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerindeki kadro ve teşkilatlanmayı belirlemeye ehil makam, bu türden bir halde başının Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olduğu Genelkurmay Başkanlığı’dır. Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesini, Milli Savunma Bakanlığı’nın onayına tabi kılmak; bir türden vesayet ilişkisi kurup Genelkurmay Başkanlığı’nın kararının icrailik niteliğini ortadan kaldıracağı gibi; bu hallerde, hızlı karar alınamamasına neden olacaktır. Ancak Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanmayı belirleme bakımından askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması, iç ve dış güvenliğin sağlanması için getirilen bu usûl, iptali talep edilen cümleyle kamu yararı gözetilmeksizin değiştirilmiştir. Nitekim Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesini Milli Savunma Bakanlığı’nın onayına tabi kılmak, Genelkurmay Başkanlığı içindeki hiyerarşiyi bozacaktır. Zira Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanmayı belirleme yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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. Seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanma bakımından ilk elden bilgi sahibi olan Genelkurmay Başkanlığı’nı görüş veren bir makam statüsüne indirgemek, askeri disipline zarar verir.

Bununla birlikte 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanmayı belirleme yetkisini, (anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanı’nın başı olduğu) Genelkurmay Başkanlığı’nın asli yetki alanının dışına çıkarıp onaya tabi kılmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanlığı’nın seferberlik halinde ilgili askeri birlikleri kumanda edememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliğini zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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 Başkanı’nın (Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; seferberlik halinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu kadro ve teşkilat belirleme işlemi üzerinde Milli Savunma Bakanlığı’nın onayının aranması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin seferberlik halinde iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu kadro ve teşkilatlanmayı belirleme işleminin ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Milli Savunma Bakanlığı’nın onayına tabi kılınması; Genelkurmay Başkanınca seferberlik halinde verilecek emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Diğer taraftan Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanma, milli güvenlik ile ilgilidir. Nitekim 2941 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre seferberlik, Devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı haldir. Anılan Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrası uyarınca seferberlik ve savaş hali ile barış döneminde yapılacak işlemler için mevcut teşkilatlanma da dikkate alınarak, kamu ve özel kurum ve kuruluşlarına görevler verilir. Bunlardan gerekli görülenlerde teşkilat kurulur. O halde milli güvenliğin bir kamu hizmeti olduğu izahtan varestedir.[[16]](#footnote-16)

Bu nedenle milli güvenlik özelinde somutlaşan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevi ifa eden ve seferberlik halinde söz konusu kadro ve teşkilatlanmada yer alanların statüsünün, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde olması lazım gelmektedir.

O halde Anayasa'nın 128. 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. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. 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). 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. Buna ilave olarak, “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). 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 Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) kadro ve teşkilatlanmanın Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve 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 iptali talep edilen cümleyle; seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanma hakkında ilk elden bilgi sahibi olan Genelkurmay Başkanlığı’nın iradesini Milli Savunma Bakanlığı’nın (idarenin) onayına tabi kılmış ve idareye sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Milli Savunma Bakanlığı’nın seferberlik işlemleriyle ilgili kadro ve teşkilatlanma hakkındaki onayı hangi somut veriye göre vereceğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa’nın 2., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

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 cümlenin yer aldığı madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); Türk Silahlı Kuvvetlerinde seferberlik işlemleriyle ilgili (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) kadro ve teşkilatlanmayı belirleme işlemi üzerinde onay yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendiyle 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan cümlenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanının görüşlerini de alarak” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir hale getirerek (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik kılmaya yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendidir. Buna göre 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan “Genelkurmay Başkanının görüşlerini de dikkate alarak” ibaresi, “Milli Savunma Bakanının görüşlerini de alarak” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Milli Savunma Bakanının görüşlerini de alarak” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrası, barış döneminde seferberlik ve savaş hali için yapılacak hazırlıklara ilişkin Cumhurbaşkanının görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkindir.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların gerektirdiği hallerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına, Genelkurmay Başkanının görüşlerini de dikkate alarak karar vermek” şeklindedir.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinin 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların gerektirdiği hallerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına, Millî Savunma Bakanının görüşlerini de alarak karar vermek” şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanı, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların gerektirdiği hallerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanının görüşlerini dikkate alarak karar verecektir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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).

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların gerektirdiği hallerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması hususu, monist yapılı yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğuyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirir şekilde) ilgilidir. Bunun içindir ki kanun koyucu, bu kararı verme yetkisini asli olarak Cumhurbaşkanına tevdi etmiş ve fakat bu kararın husule gelme aşamasında istişari nitelikteki (Zira lafzi yorum ilkesi gereğince bu görüşün bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır.) görüşe önem atfetmiştir. Alınacak siyasi karara meşruiyet kazandıracak olan ve fakat istişari nitelikteki görüşün amacı; iç ve dış anlamda milli güvenliğin temin edilmesinin askeri boyutu ve alınacak siyasi kararın askeri zemininin/yeterliliğinin varlığı hakkında Cumhurbaşkanının bilgilendirilmesidir. Bu konuda ise ilk elden tam ve doğru bilgi sahibi makam, Genelkurmay Başkanıdır. Zira Genelkurmay Başkanı, Silahlı Kuvvetlerin komutanıdır. Buna rağmen görüş verme yetkisi, iptali talep edilen ibareyle, kamu yararı gözetilmeksizin (iç işleyişi, askeri hiyerarşinin teminini bozacak ve disiplin zafiyeti yaşanacak biçimde) hiyerarşik amir olan Genelkurmay Başkanından alınıp Milli Savunma Bakanına tevdi edilmiştir.

Görüş verme yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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, askeri disipline zarar verir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına yönelik görüş verecek makamın, hiyerarşik olarak bu bilgiyi askeri silsile içinde edinebilmesi gerekir. Bu bilgiye sahip olma yetisi, üstün astlar üzerinde otorite olarak varlığını sürdürmesini sağlar. Anılan yetiyi bünyesinde bulunduracak makam ise Silahlı Kuvvetlerin komutanı olan Genelkurmay Başkanıdır.

Nitekim 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması hususunda görüş verme yetkisini, anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanının yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanının Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması halinde; bunları kumanda edememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliği zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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 (Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden ve milli güvenliği sağlayan söz konusu görüşün Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanınca verilmesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden ve milli güvenliğin sağlayan görüşün ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanınca verilmesi; Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması hallerinde, Genelkurmay Başkanınca Silahlı Kuvvetlere verilecek emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Tüm bu nedenlerle 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanının görüşlerini de alarak” ibaresi, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

1. 18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 42. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 13.06.2001 tarihli ve 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun’un 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ilgilisine göre Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığının” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin gerekçesi: “Madde ile, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikler ve Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanına bağlanması nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerine ilişkin mevzuatta uyum düzenlemesi yapılması amaçlanmaktadır.” şeklinde kaleme alınmıştır. Ne var ki söz konusu 42. maddede yapılan değişikliklerin pek çoğu, bir uyum düzenlemesi olmaktan ziyade Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir makama indirgemeye (dahası Anayasal statüye sahip anılan Başkanlığı adeta lağvetmeye) yöneliktir. Genelkurmay Başkanlığı’nı sembolik bir makama indirgemeye yönelik bu hükümlerden biri de söz konusu 42. maddenin altıncı fıkrasının (a) bendidir. Buna göre 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun’un 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Genelkurmay Başkanının” ibaresi, “ilgilisine göre Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığının” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu, “ilgilisine göre Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığının” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

4678 sayılı Kanun’un 10. maddesinin ikinci fıkrası, sözleşmeli astsubayların sözleşme sürelerinin uzatılmasına ilişkindir.

4678 sayılı Kanun’un 10. maddesinin ikinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendi ile değiştirilmeden önceki hali:

 “Sözleşme süreleri; (…) (1) seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının göstereceği lüzum üzerine, durumun devamı müddetince Genelkurmay Başkanının onayı ile talebe bakılmaksızın uzatılabilir.” şeklindedir.

4678 sayılı Kanun’un 10. maddesinin ikinci fıkrasının 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendi ile değiştirildikten sonraki hali:

 “Sözleşme süreleri; (…) (1) seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının göstereceği lüzum üzerine, durumun devamı müddetince ilgisine göre Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığının onayı ile talebe bakılmaksızın uzatılabilir.” şeklindedir.

Mevzuatın lafzından anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibareyle, sözleşmeli astsubayların seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının göstereceği lüzum üzerine, durumun devamı müddetince sözleşme sürelerinin talebe bakılmaksızın uzatılmasına onay vermeye yetkili makam, Genelkurmay Başkanı yerine ilgisine göre Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığı olarak saptanmıştır.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişiyle ilgili, sözleşmeli astsubayın sözleşme sürelerinin uzatılmasına yönelik söz konusu teknik konunun; Milli Savunma Bakanının ve İçişleri Bakanının sorumluluk alanlarıyla (askeri otoritenin sivil otoriteye tabi olmasını gerektirecek) doğrudan bir ilgisi yoktur. Buna rağmen sözleşmeli astsubayın sözleşme sürelerinin uzatılmasına ilişkin onay verme yetkisi iptali talep edilen ibareyle (iç işleyişi bozacak şekilde) Genelkurmay Başkanından alınıp (Kuvvet Komutanlıkları bakımından) Milli Savunma Bakanlığı ve (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bakımından) İçişleri Bakanlığı’na tevdi edilmiştir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

Zira 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 seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde sözleşmeli astsubayların sözleşme sürelerinin uzatılmasına yönelik ihtiyaç hususunda bilgi sahibi ilk makam, o sözleşmeli astsubayların istihdam edileceği Kuvvet Komutanlıklarının, Jandarma Genel Komutanlığı’nın, Sahil Güvenlik Komutanlığı’nın başı olan Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanıdır. Bunun içindir ki kanun koyucu, söz konusu 10. maddede değişiklik yapılmadan önce, Kuvvet Komutanlıklarının Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının lüzum göstermesini öngörmüş ve sözleşmelerin uzatılmasını, (icrailik niteliği kazanması için) Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan Genelkurmay Başkanının onayına tabi kılmıştır. Sözleşme sürelerinin uzatılması bakımından askeri hiyerarşinin temini ve disiplin zafiyetinin yaşanmaması için getirilen bu usûl, iptali talep edilen ibareyle kamu yararı gözetilmeksizin ortadan kaldırılmıştır. Nitekim sözleşmeli astsubayların sözleşme süresinin (Genelkurmay Başkanının iradesi olmaksızın) salt Milli Savunma Bakanlığınca ve İçişleri Bakanlığınca uzatılması; Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı içindeki hiyerarşiyi bozacaktır. Zira Kuvvet Komutanlıklarında, Jandarma Genel Komutanlığı’nda ve Sahil Güvenlik Komutanlığı’nda istihdam edilen sözleşmeli astsubayın sözleşme sürelerini uzatma yetkisi, hiyerarşinin göstergesi ve tezahürüdür. Başka bir deyişe hiyerarşik yapı içinde ast, üstüne tabidir. Bu tabiiyet üste birtakım yetkiler (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. Sözleşme süresinin uzatılması ihtiyacı bakımından Genelkurmay Başkanını bu sürecin dışına çıkarmak, askeri disipline zarar verir. Zira seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde sözleşmesi uzatılan astsubayları komuta edecek en üst makam, Genelkurmay Başkanıdır.

Bunun yanında, 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 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 bulunduğunda 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 sorumunu 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 sözleşmeli astsubayların sözleşmelerini uzatmaya yönelik onay verme yetkisini anayasal statüye sahip Genelkurmay Başkanının yetki alanının dışına çıkarmak; görev-yetki-sorumluluk arasındaki dengeyi ve hiyerarşik yapı içindeki emir-komuta zincirinin işleyişini bozacak, askeri otorite olan Genelkurmay Başkanının ilgili askeri birlikleri kumanda edebilmesi için gerekli sözleşmeli astsubay sayısının temin edilememesine sebep olabilecektir. Diğer bir deyişle askeri örgütü belirleyen özellik hiyerarşik yapı olup, bunun zedelenmesi, Silahlı Kuvvetleri ve yurt savunmasını - egemenliği zaafa uğratabilecektir. Dahası Genelkurmay Başkanının uhdesinde bulunan teknik askeri bilgiye dayalı bu türden görevlerin Milli Savunma Bakanının bünyesine geçirilmesi; bir sivil olan Milli Savunma Bakanının ve İçişleri Bakanının teknik askeri işlere doğası gereği hakim olamamasına neden olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 117. ve 118. maddelerine aykırıdır.

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. maddelerinde tanınan) görevleri göz önünde bulundurulduğunda; Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu sözleşme süresinin uzatılmasına yönelik onay işleminin Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanlığınca ve İçişleri Bakanınca yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 123. 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 03.11.2011tarihli ve 2011/11 E.; 2011/151 K. sayılı Kararı). O halde genel idari teşkilattan ayrı ve kendine özgü idari yapısı olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin iç işleyişinin hiyerarşi içinde gerçekleşmesini temin eden bu sözleşme süresinin uzatılmasına yönelik onay işleminin ( 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı’nın 338. maddesi ile Milli Savunma Bakanına bağlanan ve dolayısıyla idari teşkilat içinde yer alan) Genelkurmay Başkanı yerine Milli Savunma Bakanlığınca ve İçişleri Bakanınca yapılması; Genelkurmay Başkanınca sözleşmeli astsubaylara verilen emir ve talimatın idari gücünü zayıflatacağından ve dolayısıyla askeri hiyerarşiyi bozacağından idarenin bütünlüğü ilkesi de ihlal edilmektedir.

Diğer taraftan Kuvvet Komutanlıklarında, Jandarma Genel Komutanlığı’nda ve Sahil Güvenlik Komutanlığı’nda istihdam edilecek sözleşmeli astsubay sınıfının ifa edeceği görev, milli güvenlik ile ilgilidir. Nitekim 926 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre subayların ve astsubayların görev ve sorumlulukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile diğer mevzuat ve hizmet kadrolarının açıklamalarında gösterilir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 35. ve 36. maddelerine göre Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararıyla yurt dışında verilen görevleri yapmak ve uluslararası barışın sağlanmasına yardımcı olmaktır. Silahlı Kuvvetler, harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifelidir. Bu vazifenin ifası için lazım gelen tesisler ve teşkiller kurulur ve tedbirler alınır. O halde milli güvenliğin bir kamu hizmeti olduğu izahtan varestedir.[[17]](#footnote-17)

Bu nedenle milli güvenlik özelinde somutlaşan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevi ifa eden ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde istihdam edilen sözleşmeli astsubayların statüsünün, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde olması lazım gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de “Gerek sözleşmeli astsubaylar ve gerekse uzman erbaşlar askerî kamu görevlileri olmakla beraber bunların tâbi olacağı usul ve esaslar ayrı iki kanunda, farklı iki statü şeklinde düzenlenmiştir.” şeklindeki gerekçeyi kaleme alarak; bu hususu, teyit etmiştir. (Anayasa Mahkemesi’nin 26.06.2019 tarihli ve 2019/24 E.; 2019/55 K. sayılı Kararı, § 14)

O halde Anayasa'nın 128. 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. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa’nın 2. 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). 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. Buna ilave olarak, “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). 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 sözleşmeli astsubayların (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) sözleşme sürelerinin uzatılmasının Anayasa’nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve 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 iptali talep edilen ibareyle; sözleşme sürelerinin uzatılması bakımından (seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde sözleşmeli astsubayları kumanda edecek) Genelkurmay Başkanının iradesini ortadan kaldırmış ve Milli Savunma Bakanlığı’na, İçişleri Bakanlığı’na (idareye) sınırları belli olmayan, nasıl kullanılacağı öngörülemez olan ve keyfîliğe açık bir takdir yetkisi tanımıştır. Milli Savunma Bakanlığı’nın, İçişleri Bakanlığı’nın sözleşmeli astsubay ihtiyacını hangi somut veriye göre tespit edeceğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Her ne kadar iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde Kuvvet Komutanlarının, Jandarma Genel Komutanının ve Sahil Güvenlik Komutanının lüzum göstermesi bir önkoşul olarak belirlense de bu konuda asıl yetki sahibi, sayılı hallerde Silahlı Kuvvetleri komuta edecek Genelkurmay Başkanıdır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

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 madde hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlıklara); sözleşmeli astsubayların sözleşme süresinin uzatılmasını onaylama yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa’nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Tüm bu nedenlerle Kanun’un 7281 sayılı Kanun’un 42. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 13.06.2001 tarihli ve 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun’un 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ilgilisine göre Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığının” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile BazıKanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler birden fazla kanunda, kanun hükmünde kararnamede 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.

IV. SONUÇ VE İSTEM

18.02.2021 tarihli ve 7281 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un

1. 8. maddesiyle değiştirilen 926 sayılı Kanun’un 46. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “disiplin amiridir.” ibaresi, Anayasa’nın 2., 36., 90. ve 123. maddelerine,
2. 20. maddesiyle değiştirilen 2847 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “İçişleri Bakanlığının ve Milli Savunma Bakanlığının görüşünü alarak” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 10., 13., 33., 90. ve 123. maddelerine,
3. 23. maddesiyle 2847 sayılı Kanun’a eklenen Geçici Madde 4’ün birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci cümlesinde yer alan “İçişleri Bakanlığının ve Milli Savunma Bakanlığının görüşünü alarak” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 10., 13., 33., 90. ve 123. maddelerine,
4. 24. maddesiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 7. maddesinin başlığında ve birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanının” ibaresi, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine,
5. 31. maddesiyle 11.04.2002 tarihli ve 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu’nun 20. maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Cumhurbaşkanınca belirlenen esaslar dâhilinde” ibaresi, Anayasa’nın 2., 6., 7., 10., 123., 128. ve 153. maddelerine,
6. 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 46. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibareleri, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine,
7. 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen 04.01.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 50. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresi, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine,
8. 42. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 41. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine; ikinci fıkrasının (II) numaralı alt bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı tarafından” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine,
9. 42. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 89. maddesinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığınca” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine,
10. 42. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendiyle değiştirilen 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun ek 35. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine,
11. 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendiyle 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine,
12. 42. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanının görüşlerini de alarak” ibaresi, Anayasa’nın 2., 117., 118. ve 123. maddelerine,
13. 42. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 13.06.2001 tarihli ve 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun’un 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ilgilisine göre Milli Savunma Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığının” ibaresi, Anayasa’nın 2., 7., 117., 118., 123. ve 128. maddelerine,

aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları 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.”

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesine İlişkin Rehber, Adil yargılanma hakkı (medeni hukuk yönü), Güncelleme tarihi: 31 Ağustos 2019, T.C. Adalet Bakanlığı - Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s. 13, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf> (Erişim Tarihi: 19.03.2021) [↑](#footnote-ref-1)
2. Kaboğlu, İbrahim Ö.,Kolektif Özgürlükler**,** Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s. 78. [↑](#footnote-ref-2)
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. Maddesine İlişkin Rehber, Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, Güncelleme tarihi: 31 Mayıs 2020, T.C. Adalet Bakanlığı - Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s. 24, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_TUR.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2021) [↑](#footnote-ref-3)
4. ibid, s. 44. [↑](#footnote-ref-4)
5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. Maddesine İlişkin Rehber, Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, Güncelleme tarihi: 31 Mayıs 2020, T.C. Adalet Bakanlığı - Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s. 21, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_TUR.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2021) [↑](#footnote-ref-5)
6. Kaboğlu, İbrahim Ö.,Kolektif Özgürlükler**,** Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s. 78. [↑](#footnote-ref-6)
7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. Maddesine İlişkin Rehber, Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, Güncelleme tarihi: 31 Mayıs 2020, T.C. Adalet Bakanlığı - Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s. 24, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_TUR.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2021) [↑](#footnote-ref-7)
8. ibid, s. 44. [↑](#footnote-ref-8)
9. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. Maddesine İlişkin Rehber, Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, Güncelleme tarihi: 31 Mayıs 2020, T.C. Adalet Bakanlığı - Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s. 21, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_TUR.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2021) [↑](#footnote-ref-9)
10. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 17.03.2021) [↑](#footnote-ref-10)
11. *‘‘Hükûmete düşen kamu hizmetlerinin en önemlisi yurdun dış güvenliğini sağlamak işi olduğuna şüphe yoktur. Dış güvenliği sağlamak için devletler bir taraftan diploması, bir taraftan da askerlik tedbirleri alırlar.’’* Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, AÜHF Yay.: 133, 1959, s. 617. [↑](#footnote-ref-11)
12. *‘‘Hükûmete düşen kamu hizmetlerinin en önemlisi yurdun dış güvenliğini sağlamak işi olduğuna şüphe yoktur. Dış güvenliği sağlamak için devletler bir taraftan diploması, bir taraftan da askerlik tedbirleri alırlar.’’* Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, AÜHF Yay.: 133, 1959, s. 617. [↑](#footnote-ref-12)
13. *‘‘Hükûmete düşen kamu hizmetlerinin en önemlisi yurdun dış güvenliğini sağlamak işi olduğuna şüphe yoktur. Dış güvenliği sağlamak için devletler bir taraftan diploması, bir taraftan da askerlik tedbirleri alırlar.’’* Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, AÜHF Yay.: 133, 1959, s. 617. [↑](#footnote-ref-13)
14. Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/725) ve Millî Savunma Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 387, TBMM Yasama Dönemi: 26 Yasama Yılı: 1, s. 6, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss387.pdf> (Erişim Tarihi: 25.03.2021) [↑](#footnote-ref-14)
15. *‘‘Hükûmete düşen kamu hizmetlerinin en önemlisi yurdun dış güvenliğini sağlamak işi olduğuna şüphe yoktur. Dış güvenliği sağlamak için devletler bir taraftan diploması, bir taraftan da askerlik tedbirleri alırlar.’’* Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, AÜHF Yay.: 133, 1959, s. 617. [↑](#footnote-ref-15)
16. *‘‘Hükûmete düşen kamu hizmetlerinin en önemlisi yurdun dış güvenliğini sağlamak işi olduğuna şüphe yoktur. Dış güvenliği sağlamak için devletler bir taraftan diploması, bir taraftan da askerlik tedbirleri alırlar.’’* Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, AÜHF Yay.: 133, 1959, s. 617. [↑](#footnote-ref-16)
17. *‘‘Hükûmete düşen kamu hizmetlerinin en önemlisi yurdun dış güvenliğini sağlamak işi olduğuna şüphe yoktur. Dış güvenliği sağlamak için devletler bir taraftan diploması, bir taraftan da askerlik tedbirleri alırlar.’’* Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, AÜHF Yay.: 133, 1959, s. 617. [↑](#footnote-ref-17)