

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:1972/49

Karar Sayısı:1974/1

Karar günü:10/1/1974

Resmi Gazete tarih/sayı:24.6.1974/14925

İptal davasını açan : Askerî Yargıtay Başkanlığı

İptal davasının konusu: 26/10/1963 günlü, 357 sayılı Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanununun 27/7/1972 günlü, 14258 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (357 sayılı Askerî Hakimler ve Askerî Savcılar Kanununun adı ile bazı maddelerinin değiştirilmesi ve üç ek, üç geçici madde eklenmesi hakkında) ki 17/7/1972 günlü, 1611 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin B işaretli bendinin 2 sayılı fıkrasının a, c, e, g, i ve l işaretli alt bentlerinin; aynı maddenin A, B, C, D işaretli bentlerinin; 14. maddesinin 21. maddesindeki (Kadrosuzluk nedeni ile ayırma) hükmünün; 22. maddesinin ilk fıkrasının; aynı maddenin A işaretli bendinin l ve 2 sayılı fıkralarının; aynı maddenin B işaretli bendinin 1 sayılı fıkrasının a işaretli altbendinin, 2 sayılı fıkrasının, 3 sayılı fıkrasının son bölümünde yer alan kuralın ve 357 sayılı Kanuna 1611 sayılı Kanunla eklenen geçici 1. maddenin Anayasa'nın 4., 7., 8., 12., 132., 133., 134., 136., 141. maddelerine aykırı bulunduğu ve kuralların Askerî Yargıtay'ın varlık ve görevlerini ilgilendiren alana girdiği ileri sürülmüş ve Anayasa'nın değişik 149. ve 150. maddelerine dayanılarak 12. maddenin B işaretli bendinin 2 sayılı fıkrasındaki söz konusu altbentler kurallarının tüm olarak ve öteki kuralların Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ile üyeleri yönünden iptal edilmeleri istenilmiştir.

II- METİNLER :

1- 357 sayılı Kanuna 1611 sayılı Kanunla getirilen değişiklik ve eklemelerden Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kurallar:

Davacının kimi kurallarının Anayasa'ya aykırılığını ileri sürdüğü 26/11/1963 günlü, 357 sayılı Kanunun (357 sayılı Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanununun adı ile bazı maddelerinin değiştirilmesi ve üç ek, üç geçici madde eklenmesi) hakkındaki 17/7/1972 günlü, 1611 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değiştirilen 12., 14., 21., 22. maddeleri ve 357 sayılı Kanuna 1611 sayılı Kanunla eklenen geçici 1. madde -Beşinci Tertip Düstur, Cilt 11, Üçüncü Kitap; 2914., 2915., 2916., 2921., 2922., 2923., 2924. sayfalardaki metne göre şöyledir :

"Değişik madde 12- Askerî hâkim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterlikleri sicil ile saptanır.

A) Sicil belgeleri; subay sicil belgesi ve meslekî sicil belgesi olmak üzere iki çeşittir.

Bu belgelerin şekil ve kapsamı ek 1 ve ek 2 de olduğu gibidir.

Subay sicil belgesi; idarî sicil üstlerince görevi ve sıfatı ne olursa olsun bütün askerî hâkim subaylar hakkında;

Meslekî sicil belgesi; askerî hâkimlik, askerî savcılık ve adlî müşavirlik görevlerinde bulunanlar hakkında düzenlenir.

Şu kadar ki, general - amiraller, birinci sınıfa ayrılmış askerî hâkimler ile Askerî Yargıtay Başsavcı yardımcıları, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kanunsözcüleri hakkında meslekî sicil notu verilmez ve meslekî sicil belgesi düzenlenmez.

Mesleki sicil notu niteliklere göre değil, aşağıdaki maddede gösterilen esaslara göre takdir edildikten sonra toplanarak verilir.

Subay sicil belgelerindeki her niteliğe 10 üzerinden not verilir. Niteliklerden 1, 2, 4, 5, S, 11 numaralı hanelerde yazılı olanların herhangi birine beşten aşağı not takdir edildiği ahvalde sicil süresi içinde düzenlenmiş işlemli yazı ve belgelerin sicil belgesine bağlanması zorunludur.

Subay sicil belgesi ile meslekî sicil belgesine ait sicil tam notu ayrı ayrı (200) ikiye düşür.

B) Subay sicil belgesini düzenlemeye ve sicil vermeye yetkili idarî sicil üstleri :

Birinci sicil üstü: Sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askerî mahkeme kurulan komutan veya askerî kurum amiri; Askerî Adalet işleri Başkanlığı, Askerî Adalet Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Askerî Yargı ile ilgili diğer idarî hizmette bulunanlar için amir durumunda bulunan en az yüzbaşı rütbesindeki.

İkinci sicil üstü: Kuruluş bağlantısına göre birinci sicil üstünün bir tisi görev yerinde bulunan komutan veya amir durumundaki,

Üçüncü sicil Üstü: Kuruluş bağlantısına göre ikinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan komutan veya amir durumundaki subay olup aşağıdaki istisnalar saklıdır.

1- Kıdemli hakimler, birlikte çalıştıkları hâkimlerin; askerî savcılar, birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının; adlî müşavirler, birlikte çalıştıkları adlî müşavir yardımcılarının birinci sicil üstleridir.

2- A) Askerî Yargıtay Başsavcı yardımcılarının; Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısı, Askerî Yargıtay Başsavcısı ve Askerî Yargıtay Başkanı,

b) Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunsözcülerinin; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsü" Başyardımcısı, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsü ve Askerî Yüksek idare Mahkemesi Başkanı,

c) Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısının; Askerî Yargıtay Başsavcısı, Askerî Yargıtay Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı,

d) Askerî Yüksek idare Mahkemesi Başkanunsözcüsü Başyardımcısının; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsü, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı,

e) Askerî Yargıtay Üyelerinin; Askerî Yargıtay Daire Başkanları, Askerî Yargıtay İkinci Başkanı ve Askerî Yargıtay Başkanı (Daire Başkanları kendi dairelerinde görevli üyelerin),

f) Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin hâkim sınıfından olan üyelerinin; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi daire başkanları, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Başkanı ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı (Daire Başkanları kendi dairelerinde görevli üyelerin).

g) Askerî Yargıtay daire başkanlarının; Askerî Yargıtay İkinci Başkanı, Askerî Yargıtay Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı,

h) Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin hâkim sınıfından olan daire başkanlarının, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Başkanı, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı,

i) Askerî Yargıtay İkinci Başkanının; Askerî Yargıtay Başkanı, Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı ve Millî Savunma Bakanı,

j) Askerî Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Başkanının; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı ve Millî Savunma Bakanı,

k) Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanunsözcüsünün; Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı ve Millî Savunma Bakanı,

l) Askerî Yargıtay Başkanı ve Başsavcısının; Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı ve Millî Savunma Bakanı,

Sıralı sicil üstleridir.

C) Sicil notunun bulunması ve hesaplanması :

Haklarında meslekî sicil belgesi düzenlenemiyenlerin sicil notu; subay sicil belgesindeki niteliklere sicil üstlerince verilen notların toplamının ortalaması alınarak saptanır. Bölüm sonucu tamsayı çıkmaz ise iki hane yürütülür. Bulunan rakam bu gibilerin o yıldaki sicil notunu teşkil eder.

D) İdarî ve meslekî sicil tanzimine esas olan sicil süresi bir terfi yılıdır.

İdarî sicil düzenlenebilmesi için, sicili düzenlenecek hâkim subayın bir sicil süresi içinde altı ay görev yapması gereklidir. 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre hizmetten sayılan süreler, görevden ve sicil süresinden sayılır. Bir sicil üstü asıl veya her ne sebeple olursa olsun vekil olarak o görev yerinde sicili düzenlenecek ile birlikte üç ay görev yapmadıkça sicil düzenleyemez. Siciller ve sicil üstleri ile ilgili diğer hususlar subaylar hakkında olduğu gibidir."

"Değişik madde 14-12 ve 13 üncü maddeler hükümleri saklı katmak sartiyle askerî hâkim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemesi hakkında 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümleri uygulanır.

Ancak, general - amiralliğe yükselecek albaylarla general - amiralliğin üst rütbelerine yükseleceklerin saptanması ve değerlendirme işlemlerinin yapılması esnasında Yüksek Askerî Şûra üyelerinin her biri 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun 54 üncü maddesi hükümlerini gözönünde tutarak her general - amiral ile albay için :

a) Sicil dosyalarını ve sicil belgelerini veya özetlerini,

b) Özlük dosyalarında mevcut mahkeme ve savcılıkça verilen kararları, her çeşit disiplin cezalarını inceleyip, bu hususlara dayanak olan ful ve hareketleri,

c) Özlük dosyalarında mevcut takdir, taltif, uyarma ve sağlık durumlarını belirten belgeler ile şahsi takdimleri,

d) Yapılmış kadro gezileri (park oyunları) veya etüd notları, plan tatbikatları, tatbikatlar ve denetlemelerdeki başarı durumlarını,

e) Meslekî eserlerini,

İnceleyip değerlendirerek genel durumundan edindiği kanaate göre;

Genelkurmay Başkanı: 1-150, kuvvet komutanları (kendi kuvvetine mensup olanlar için) 1-125, diğer şûra üyeleri 1 -100 arasında not takdir ederler.

Yüksek Askerî Şûra üyelerinin verdiği notların ortalaması alınarak değerlendirme notları saptanır, kesirli çıkan sayılar iki hane yürütülür.

Yüksek Askerî Şûraca değerlendirilen her general - amiral ve albay için saptanan değerlendirme notu ile sicil notu ortalaması toplanarak yeterlik notu bulunur. Bu yeterlik notuna göre sıralama yapılır.

Yeterlik sıralamasında yeterlik notu aynı olanlardan değerlendirme notu yüksek olan öncelik alır. Eşitlik halinde kıdem sırası önde olan öncelik alır.

Yeterlik sıralamasına göre, en yüksek yeterlik notu alanlardan başlanılarak 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununa göre saptanan kadro kontenjan ve nispete göre bir üst rütbeye yükselecekler saptanır ve usulüne göre uygun olarak terfileri yapılır."

"Değişik madde 21- Askerî hâkim sınıfı subayların görev yerleri ve sıfatları ne olursa olsun emeklilik yaş hadleri diğer subaylar gibidir. Askerî hâkim subayların kanunlarda belirtilen yükümlülük sürelerini tamamlamaları halinde, özel kanununda yazılı belli şartlar içinde emekliliklerini isteme hakları vardır.

Bu kanunda belirtilen esaslara göre; kadrosuzluk, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlâkî durumları nedeniyle ayırma ve askerî hâkim subay olmaya engel suçluluk halleri hariç, askerî hâkim subaylar rütbelerinin yaş haddine kadar hizmete devam ederler."

"Değişik madde 22- Kadrosuzluk, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlâkî durumları nedeniyle aşağıda belirtilen esas ve şartlar dahilinde askerî hâkim subaylar hakkında emeklilik yaş haddinden önce Silâhlı Kuvvetlerden ayırma işlemi yapılabilir.

A) Kadrosuzluk sebebiyle ayırma :

1- Rütbe terfi şartlarını haiz olup da üst rütbe kadrosunda açık bulunmadığı için iki yıl daha denendiği halde yine kadrosuzluktan terfi edemeyen yarbay ve albay ile sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 60 tan fazlası olmakla beraber, general - amiralliğe yükselebilmek için gerekli sicil notu ortalamasını ihraz etmemiş bulunan albaylar yaş haddine kadar hizmete devam ederler.

Bu şekilde hizmete devam ettirilen yarbay ve albaylardan terfi şartlarını haiz binbaşı ve yarbaya kadro açılması maksadiyle sicil notu en düşük olanlardan başlanarak yeteri kadar emekliye sevk edilir.

Rütbe terfii şartlarını haiz olup da üst rütbe kadrosunda açık bulunmadığı için terfi edemeyip emekliye sevk edilen albaylar hakkında 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49 uncu maddesinin (F) bendi hükümleri uygulanır.

2- Bekleme süreleri sonunda terfi edemeyen general - amiraller emekliye sevk edilirler. Bunlar hakkında 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49 uncu maddesinin (F) bendi hükümleri uygulanır.

B) Yetersizlik sebebiyle ayırma :

1- Rütbe bekleme süresi sonunda veya sonraki yıllarda yapılan yeterlik sıralamasında;

a) Sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 50 sinden az olan başı - binbaşılar ile % 60 indan az olan yarbay - albaylar,

b) Sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 50 ve daha yukarısı olup da % 60 dan az olduğu için iki yıl daha denendiği halde rütbe terfi edemiyen yüzbaşı - binbaşılardan bu ikinci yılda veya müteakip yıllarda sicil notu itibariyle kademe ilerlemesi de yapamayanlar veya rütbesinin son kademesine geldiği halde almış bulunduğu sicil notu kademe ilerlemesi için yeterli bulunmayanlar,

2- Bu maddenin A bendi gereğince yaş haddine kadar hizmete devam edecek yarbay ve albaylardan yıllık sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 60 inin aşağısına düşenler.

3- Rütbe bekleme süresi içindeki meslekî sicil notlarından en az iki yıla ait olanı meslekî sicil tam notunun % 50 sinden aşağıya düştüğü için meslekte kendisinden istifade edilemeyeceği anlaşılanlar,

Hakkında hizmet sürelerine bakılmaksızın T. C. Emekli Sandığı Kanununun hükümleri uygulanır.

C) Disiplinsizlik ve ahlâki durumu sebebiyle ayırma :

Askerî Yargıtay üyeleri ile Askerî Yüksek idare Mahkemesi üyeleri hakkındaki hükümler saklı kalmak şartı ile;

Son rütbelerine ait bir veya birkaç belgeye dayanılarak, aşağıdaki sebeplerden biri ile disiplinsizlik ve ahlâkî durumları icabı Silâhlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyenlerin hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T. C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır.

1- Disiplin bozucu hareketlerde bulunması, ikaz ve cezalara rağmen ıslâh olmaması,

2- Hizmetin ve hâkimlik mesleğinin gerektirdiği şekilde tavır ve hareketlerini düzenleyememesi,

3- Aşırı derecede menfaatine, içkiye kumara ve borçlanmaya düşkün olması,

4- Silâhlı Kuvvetlerin ve hâkimlik meslekinin itibarını sarsacak şekilde ahlâk dışı hareketlerde bulunması,

5- Tutum ve davranışları ile yasa dışı görüşleri benimsediklerinin anlaşılması.

Disiplinsizlik ve ahlâkî durumları nedeni ile Silâhlı Kuvvetlerden ayırma işlemi, idarî sicil üstlerince süre söz konusu olmaksızın her zaman düzenlenebilecek sicillere dayanılarak yapılır,

Sicillerde, yukarıdaki sebeplerden hangisine göre kesin kanaate varıldığı belirtilir.

Bu sicil ile; diğer subaylar hakkında uygulanan usule göre kati işlem yapılır."

"Geçici Madde 1- 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun 41 inci maddesinde belirtilen kadro oranına indirilinceye kadar bekleme süresi sonunda rütbe terfi şartlarını haiz oldukları halde üst rütbe kadrosunda açık bulunmadığı için terfi edemiyerek beklemiş askerî hâkim albayların emekliye şevkleri 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununa 1424 sayılı Kanunla eklenen ek geçici 13 üncü madde esaslarına göre yapılır."

2- Davacının Dayandığı Anayasa Kuralları :

Anayasaya aykırılık iddiasını desteklemek üzere davacının ileri sürdüğü Anayasa kuralları ve konu ile ilgisi bulunan değişik 138. madde aşağıda yazılı olduğu gibidir:

"Madde 4- Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletininindir.

Millet, egemenliğim, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiç bir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiç bir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."

"Madde 7- Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."

"Madde 8- Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."

"Madde 32- Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç dîn ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önüne eşittir .

Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz."

"Madde 132- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiç bir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

"Madde 133- Hâkimler azlolunamaz. Kendileri istemedikçe, Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylıklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlarla görevlerini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının caiz olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır."

"Değişik madde 134- Hâkimlerin nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili suçlarından dolayı soruşturma yapılmasına ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarılmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve diğer özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre, kanunla düzenlenir.

Hâkimler altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler. Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunla belli edilir.

Hâkimler, kanunla belirtilenlerden başka, genel ve özel hiç bir görev alamazlar."

"Değişik madde 136- Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.

Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulur. Ancak sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır.

Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir başkan, dört asıl ve iki yedek üye ile bir savcı ve yeteri kadar savcı yardımcısı bulunur. Başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile savcı, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından; iki asıl ve bir yedek üye birinci sınıf askerî hâkimler arasından; savcı yardımcılarını ise Cumhuriyet savcıları ve askerî hâkimler arasından atanır.

Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı, üyeliği yedek üyeliği, savcılığı ve savcı yardımcılığı atanmalarında Bakanlar Kurulunca her boş yer için bir misli aday gösterilir. Bu adaylar arasından Devlet Güvenlik Mahkemesi hâkimlerinin atanması Yüksek Hâkimler Kurulunca, savcı ve yardımcılarının atanmaları Yüksek Savcılar Kurulunca; askerî hâkimlerden üye, yedek üye ve savcı yardımcılarının atanmaları ise özel kanunlarında gösterilen usule göre yapılır.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri başkan, üye, yedek üyeleri ile savcı ve savcı yardımcılarını üç yıl için atanırlar; süresi bitenler yeniden atanabilirler.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararlarının temyiz mercii Yargıtayda yalnız bu mahkemenin kararlarını incelemek üzere kurulacak daire veya daireler; Genel Kurul ise, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kuruludur.

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşu ve İşleyişi, görev ve yetkileri ve yargılama usulleri ile ilgili diğer hükümler kanunda gösterilir."

"Değişik madde 138- Askerî yargı askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin askerî olan suçları ile, bunların asker kişileri aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemeler asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemelerin, savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili okluğu kanunla gösterilir.

Askerî mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır. Ancak savaş halinde bu şart aranmaz.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatinde bulundukları komutanlarla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir."

"Değişik madde 141- Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askerî Yargıtay üyeleri en az albay rütbesinde birinci sınıf askeri hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile her boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı ve daire başkanları Askeri Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem esasına göre atanırlar.

Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri ve üyeler hakkındaki disiplin ve özlük işleri "mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir."

III- İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi uyarınca 21/11/1972 gününde Muhittin Taylan, Avni Givda, Fazıl Uluocak, Sait Koçak, Nuri Ülgenalp, Şahap Arıç, İhsan Ecemiş, Ahmet Akar, Halit ZARBUN, Ziya Önel, Kani Vrana, Muhittin Gürün, Lutfi Ömerbaş, Şevket Müftügil ve Ahmet H. Boyacıoğlu'nun katılmalarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında aşağıda açıklanan konular üzerinde durulmuş ve yine aşağıda açıklanan sonuçlara varılmıştır:

1- 26/10/1963 günlü, 357 sayılı Kanuna getirdiği değişiklikler dolayısıyla kimi kuralları Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla dava konusu edilen 17/7/1972 günlü, 1611 sayılı Kanun 27/7/1972 günlü, 14258 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Dava dilekçesi Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğince 23/10/1972 gününde kaleme havale edilerek 1077 sıra ve 1972/49 esas sayısını almış bulunmaktadır. 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasına göre dava, o günde açılmış sayılacağı için, yasal süresi içindedir (Anayasa, madde 150-44 sayılı Kanun, madde 22).

2- Dava dilekçesine bağlı Askerî Yargıtay Genel Kurulunun 19/10/1972 günlü toplantısına ilişkin 1972/23 sayılı tutanaktan toplantının Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı, 1., 2. ve 3. Daire Başkanları ve on dört üyenin katılmalarıyla yapıldığı ve katılanlar toplamının yirmi ve Askerî Yargıtay üye sayısının on beş olduğu, 4. Daire Başkanının istirahatli ve bir üyenin izinli olmaları dolayısıyla toplantıda bulunmadıkları ve bunlar dışında öteki kurul üyelerinin hazır olduğu; dava dilekçesinde Anayasa'ya aykırılığı belirtilen yasa kurallarının iptali için Anayasa Mahkemesine dava açılmasına ve bu konuda Askerî Yargıtay Başkanı Hâkim Tümgeneral Rafet Tüzün'ün yetkili ve görevli kılınmasına oybirliğiyle karar verildiği anlaşılmaktadır,

S/7/1972 günlü, 14239 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak o gün yürürlüğe giren 27/6/1972 günlü, 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanununun 23 üncü maddesinin 5 sayılı bendine göre Askerî Yargıtayın kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 149. maddesine göre Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmasına karar vermek Askerî Yargıtay Genel Kurulunun görevleri içindedir. Genel Kurul, Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan, daire Başkanlarından ve üyelerin tamamından kurulur. Genel Kurul, üye tamsayısının beşte dördü ile toplanır (aynı Kanun - madde 7). Askerî Yargıtayın dört dairesi vardır (madde 2). Her dairede bir başkan ve yedi üye bulunur. Daireler bir başkan ve dört üyenin katılmasıyla toplanarak karar ve hüküm verirler (Madde 5). Şu duruma göre kuramsal olarak Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısı otuzbeş ve toplantı yetersayısı yirmisekidir.

Ancak Genel Kurulun görevlerine ilişkin 23. madde gözden geçirilince gerçekteki durumun bu olamayacağı görülür. Çünkü sözü geçen maddede Askerî Yargıtay üye adaylarını seçmek görevi (2 sayılı bent) yer almışken ayrıca Askerî Yargıtay'dan boşalan üyelükler için yapılacak seçimin zamanım ve seçilecek üye sayısını saptamak gibi bir görev ve Genel Kurula verilmiş bulunmaktadır (1 sayılı bent). Daireler dört üyenin katılmasıyla toplandığına ve Genel Kurula, seçilecek üye sayısını

saptamak görevi verildiğine göre Genel Kurul her dairede üye sayısı yedinin üstüne çıkmayacak ve dördün altına düşmeyecek biçimde ve zorunluk ve gereksinimleri göz önünde bulundurarak boş üyeliklerin doldurulmasında bir ayarlama ve düzenleme yapabilecek demektir. Şu duruma göre, 7. maddedeki tamsayı ve toplantı yetersayı saptanırken üye sayısının kuramsal bir toplam olan otuzbeş değil, gerçekte olduğu gibi yani dolu üyelikler toplamı üzerinden hesaba katılması gerekecektir. Bu görüşün tersine bir değerlendirme, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun toplanamaması ve toplanıp üye adaylarını seçemeyeceği, boş üyelikler dolmayınca da toplanamayacağı için bu durumun sürüp gitmesi ve Genel Kurulun yeni bir yasal düzenlemeye değin işlemez halde kalması gibi bir sonuca yol açar ki Kanun Koyucunun böyle eksik ve sakıncalı bir düzenlemede bulunduğu düşünülemez.

Özetlenecek olursa; Askerî Yargıtay Genel Kurulu 1600 sayılı Kanunun 7. ve 23. maddelerine uygun biçimde toplanıp konuyu görüşmüş ve 44 sayılı Kanunun 25. maddesinin, iptal davasının Genel Kurulun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alacağı karar üzerine Başkanca açılacağı koşulunu da yerine getirmiştir. Şahap Arıç ve Muhittin Gürün bu görüşe katılmamışlardır.

3- 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişen ve dava konusu edilen kurallarından 12. maddede Askerî Yargıtay Başkanına, Başsavcısına, ikinci Başkanına, Daîre Başkanlarına, Üyelerine, Başsavcı Başyardımcısına ve Başsavcı Yardımcılarına ilişkin sicil belgeleri ve sicil üstleri, 14. maddede yine bu gibilerin rütbe terfi, rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemeleri, 21. maddede yaş haddi ve emeklilik, 22. maddede çeşitli nedenlerle Silahlı Kuvvetlerden ayrılacaklar hakkında yapılacak işlem, 1611 sayılı Kanunla eklenen geçici 1. maddede terfi edemeyerek beklemiş askeri hâkim albayların emekliye şevkleri konulan düzenlenmiştir. Bunlar doğrudan doğruya Askerî Yargıtay mensuplarının özlük işleri, dolaylı olarak da mahkemenin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ile ilgili kurallardan olduğu gibi 357 sayılı Kanuna yine 1611 sayılı Kanunun 1. maddesiyle katılan ek 1. maddede "Bu kanunda geçen askerî hâkim subay deyiminin; görevi ve sıfatı ne olursa olsun (yüksek yargı organlarında görevli askerî hâkimler dahil) 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun 21. maddesinde belirtilen subay sınıflarından askerî hâkim sınıfı subayları kapsadığı" yazılıdır. Şu duruma göre dava konusu yasa kuralları, dava dilekçesinde belirlenen çerçeve içinde genellikle Askerî Yargıtay'ın kendi varlığını ve görevlerini ilgilendiren alana girmektedirler. Böylece Anayasa'nın değişik 149. maddesi ve 44 sayılı Kanunun 21. maddesinin 9 sayılı bendi ve son fıkrası uyarınca Askerî Yargıtay'ın iptal davası açma hakkı doğmuş olmaktadır.

4- Davanın açılmasında 44 sayılı Kanunun 26. maddesi gereklerine uyulmuştur. Dosyanın eksikliği yoktur.

5- Böylece:

Davanın 44 sayılı Kanunun 25. maddesinin 3 sayılı bendine uygun olarak açıldığı Şahap Arıç ve Muhittin Gürün'ün karşı oyları ve oyçokluğuyla kararlaştırıldıktan sonra :

357 sayılı Askerî Hâkimler Kanununun 1611 sayılı Kanunla değişik veya bu kanunla eklenmiş dava konusu hükümlerinin dava dilekçesinde belirlenen çerçeve içinde genellikle Askerî Yargıtay'ın kendi varlığını ve görevlerini ilgilendiren alana girdiği anlaşıldığından işin esasının incelenmesine 21/11/1974 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- SÖZLÜ AÇIKLAMA :

12/6/1973 gününde Muhittin Taylan, Avni Givda, Fazıl Uluocak, Sait Koçak, Nuri Ülgenalp. Kemal Berkem, Şahap Arıç, ihsan Ecemiş, Ahmet Akar, Halit Zarbun, Abdullah Üner, Kani Vrana, Muhittin Gürün, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu'nun katılmalarıyla yapılan toplantıda

Anayasanın değişik 148. maddesinin son fıkrası ve 44 sayılı Kanunun 29. maddesi uyarınca ilgililerin sözlü açıklamalarını dinlemeğe gerek olup olmadığı üzerinde durulmuştur.

Dava konusunun önemi ve aydınlatılması gerekli yönleri bulunması dolayısıyla Askerî Yargıtay Başkanlığı ve Millî Savunma Bakanlığının sözlü açıklama için 44 sayılı Kanunun .29. ve 30. maddeleri uyarınca çağırılmalarına, çağrıda temsilcilerin yetki belgeleriyle birlikte gelmeleri gerektiğinin bildirilmesine ve dinlemenin 3/7/1972 saat 10.00 da yapılmasına Muhittin Taylan, İhsan Ecemiş ve Şevket Müftügil'in karşıoyları ve oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Kararlaştırılan günde Askerî Yargıtay Başkanlığının 2/7/1972 günlü, 1973/78 sayılı yazısı uyarınca Başkanlık adına gelen Askerî Yargıtay Başkanı Hâkim Tümgeneral Rafet Tüzün'ün ve Millî Savunma Bakanlığının 18/6/1973 günlü, 784/3 sayılı yazısı uyarınca bu Bakanlık adına gelen Millî Savunma Bakanlığı Hukuk Müşavir Yardımcılarından Hâkim Yarbay Erdoğan Demiray'ın sözlü açıklamaları dinlenmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ :

Davanın esasına ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, 357 sayılı Kanuna 1611 sayılı Kanunun getirdiği değişiklik ve eklemelerden Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kurallar, dayanan Anayasa maddeleri, bunlara ilişkin gerekçeler ve başka yasama belgeleri, dava ile ilişkisi bulunan öteki metinler okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- "Askerlik hizmetlerinin gerekleri" kavramı:

Dava konusu Yasa kurallarının Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında 20/9/1971 günlü, 1488 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik üzerinde durulması gerekir. Son fıkra "Askerî Yargılayın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, üyeler hakkındaki disiplin işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir." biçiminde iken 1488 sayılı Kanun bu fıkrayı "Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri ve üyeler hakkındaki disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir." biçimine dönüştürmüştür. Burada önemli gibi görünen değişiklik "mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı" deyiminden sonra "askerlik hizmetlerinin gerekleri" deyiminin eklenmiş olmasıdır. Değişiklik ilk bakışta son fıkrada sözü edilen konular kanunla düzenlenirken yalnız mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları değil askerlik hizmetlerinin gerekleri de gözönünde bulundurulacak; yasal düzenlemenin bu üç kavramla birden bağdaşması gözetilecektir" yolunda yeni bir yöntem getirmiş etki ve izlenimini bırakmaktadır,

Gerçekte Askerî Yargıtaya ilişkin 141. maddeye 1488 sayılı Kanunla bu değişikliğin getirilmiş olmasının kendi başına bir yeniliği ve önemi yoktur. Çünkü Anayasanın askerî yargı ile ilgili 138. maddesinin son fıkrasının 1961 metninde de askerî yargı organlarına ilişkin konuların "mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gerekleri" ne göre kanunla düzenlenmesi kuralı yer almış bulunmakta idi ve tüm askerî yargı organlarına yönelen bu kuralın Askerî Yargıtayı kapsam dışı bıraktığı düşünülemezdi. 138. maddede dahi böyle bir düzenleme olmasaydı Anayasa'da bir "askerî yargı" ya yer verilmiş bulunması başlı başına askerlik hizmetleri gereklerinin bir anlatımı ve sonucu olması dolayısıyla, gene de bu gereklere dikkati çekmeğe yetecekti. Onun içindir ki 141. maddenin son fıkrasındaki sözü edilen değiştirmenin Askerî Yargıtayın hukukî yapısına bir yenilik ve başkalık getirdiği düşünülemez.

Dava konusu kuralların Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken "askerlik hizmetlerinin gerekleri" kavramının niteliğini ve etki alanını açıklığa kavuşturmanın büyük önemi vardır. Bu kavram salt ve soyut olarak ele alınırsa isabetli bir sonuca varılması beklenmemelidir. Çünkü

kavramın bir askerî birlikle bir Askerî Yargıtayda eşit ağırlık ve kapsamla uygulama alanına konulabilmesi tasavvur dahi edilemez. "Askerlik hizmetleri gerekleri" nin en başında bir disiplin, astlık - üstlük, buyurma - buyruğa uyma ilişkileri, rütbe ile sınırlanmış yetkiler düzeni gelir. Adli, idarî, askerî yargı arasında bir ayırım gözetmeksizin yargı yetkisinin millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılması genel ilkesini benimsemiş (Anayasa madde 7), mahkemelerin bağımsız olmalarını ve hâkimlerin teminat altında bulundurulmalarını hem gene olarak, hem de idarî yargı, askerî yargı ve üstelik Askerî Yargıtay yönünden bir anayasal zorunluluk olarak ayrı ayrı belirlemiş (Anayasa - madde 132, 133, değişik 138, değişik 140, değişik 141), "insan haklarına dayanan, demokratik hukuk devleti" yapısı içinde (Anayasa madde 2) mahkeme kavramının askerlik hizmetlerinin olağan ağırlık ve kapsamı içinde uygulanacak gerekleri ile uyuşmasına olanak bulunmadığı ortadadır.

Askerî Yargıtay öncelikle ve üstün yaniyle bir yüksek mahkemedir. Askerî bir kuruluş oluşu ondan sonra gelir ve ikinci alanda kalır. Burada askerlik hizmetlerinin gerekleri ancak mahkemenin bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi, dayanağı olan hâkimlik teminatına dokunmadığı sürece ve o oranda söz konusu olabilir. Başka bir deyimle bu mahkemenin anayasal yapısı karşısında askerlik hizmetlerinin gerekleri nedenine dayanılarak bağımsızlığının ve hâkimlerinin teminatının zedelenmesine yol açılması hukukça savunulabilir bir tutun olamaz. Askerî Yargıtayın bağımsızlığını ve hâkimlerinin teminatını koruyacak güvenlik alanının sınırına dayandığı anda askerlik hizmetlerinin gerekleri durur, durdurulur; artık işlememesi, işletilmemesi gerekir.

Aşağıda, dava konusu kurallar tartışılırken "askerlik hizmetlerinin gerekleri" bir anayasal kavram olarak ancak bu ölçü içinde gözönünde bulundurulacaktır.

B- Dava konusu kuralların Anayasaya aykırılığı sorunu:

1- 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değiştirilen 12. maddesi :

357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 12. maddesi incelenirken önce doğrudan doğruya iptali istenen (B) işaretli bendinin 2 sayılı istisna fıkrasının (a), (c), (e), (g), (i) ve (1) işaretli altbentleri, daha sonra da yalnızca Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri yönünden aynı maddenin (A.B.C.D) işaretli bentleri ele alınacaktır.

aa) Madde 12/B- 2 - a, c, e, g, i, l:

357 sayılı Kanunun değişik 12. maddesinin (B) bendinin 2 sayılı fıkrasının (a), (c), (e), (g), (i) ve (1) altbentleri Askerî Yargıtay Başsavcı yardımcılarının; Başsavcı Başyardımcısının, Üyelerinin, Daire Başkanlarının, ikinci Başkanının; Başkan ve Başsavcısının; düzenleyecekleri belgeler rütbe yükselmesi, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesini sağlayacak yeterlikleri saptayacak olan sıralı sicil üstleri belirlemektedir.

12. madde- sicil belgelerinin, subay sicil belgesi ve meslekî sicil belgesi olmak üzere, iki türlüünü öngörmüş; ancak general - amiral, birinci sınıfa ayrılmış askerî hâkimler ve Askerî Yargıtay Başsavcı yardımcılarını için meslekî sicil notu verilmemesi ve meslekî sicil belgesi düzenlenmemesi kuralını koymuştur. Şu duruma göre Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları, Üyeleri, Başsavcı Başyardımcısı ve Başsavcı Yardımcıları hakkında meslekî sicil söz konusu değildir. Bunlar ancak subay sicil belgesi düzeninin kapsamı içine alınmışlardır.

aaa) Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcılarının sıralı sicil üstleri (a) işaretli altbentte Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısı, Askerî Yargıtay Başsavcısı ve Askerî Yargıtay Başkanı olarak saptanmıştır.

Anayasanın değişik 138. maddesinin son fıkrasına göre gerçekte bir askerî savcılık sınıfı yoktur. Bunlar savcılık görevi yapan askerî hâkimlerdir. Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcıları da bu durumdadır. Ancak sözü geçen fıkra "..." askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatinde bulundukları komutanlarla ilişkileri mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir." denilerek askerî savcılık görevini yerine getiren askerî hâkimler için askerî hâkimlere göre biraz daha değişik bir durum öngörülmüş olmaktadır. Öte yandan Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcıları Askerî Yargıtay içtüzüğünün (26/1/1973 günlü, 14429 sayılı Resmî Gazete) 43-, 44., 45. maddelerinin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, kendi adlarına ve bağımsız olarak iş görmekte değildirler. Bunların, kendilerine verilen dava dosyaları için hazırladıkları tebliğnameler dahi Başyardımcının denetiminden ve Başsavcının incelemesinden geçer. Çünkü temyiz edilen karar ve hükümlere ilişkin dava dosyalarını inceleyip tebliğnameye bağlamak ve askerî Yargıtay Başkanlığına sunmak Başsavcının görev ve yetkisi içindedir. Başsavcı yardımcılarının gördükleri öteki adlî ve idarî işler de Başsavcının ve Başyardımcısının verdikleri ile sınırlıdır.

Anayasanın değişik 138. maddesinin son fıkrasının ışığı altında Askerî Yargıtay Başsavcı yardımcılarının durumlarındaki özellik de gözönünde bulundurularak konuya bakılırsa Başsavcılık kuruluşunun başı bulunan Başsavcının ve yokluğunda ona vekâlet edecek olan Başsavcı Başyardımcısının (1600 sayılı Kanun - madde 4) Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcılarının sicil üstleri olarak Yasada yer almasının Anayasa ile çelişir bir yönü bulunmadığı görülür. Başsavcılık kuruluşunun dışında bir kimse olan Askerî Yargıtay Başkanı Başsavcı yardımcılara sicil vermek yetkisi ile donatan kural ise, kuruluşun çalışma bağımsızlığın! 'savcı yardımcılığı eden askerî hâkimlerin teminatını etkileyecek, askerlik hizmetlerinin gereği nedenine de dayandırılmıyacak bir nitelikte bulunduğu için Anayasanın değişik 138. ve değişik 141. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

Kani Vrana ve Muhittin Gürün (a) işaretli altbendin tümünün Anayasaya aykırı olduğu; İhsan Ecemiş, Halit Zarbun, Ziya Önel, Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu ise tümünün Anayasaya aykırı bulunmadığı görüşünü ileri sürmüşlerdir.

bbb) Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısının sıralı sicil üstleri (c) işaretli altbentte Askerî Yargıtay Başsavcısı, Askerî Yargıtay Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı olarak saptamıştır.

Yukarıda (V/B/1/aa/aaa) Askerî Yargıtay Başsavcı yardımcılarının sicil üstleri dolayısıyla söylenenler Başyardımcı bakımından da geçerlidir. Üstelik burada albay rütbesinde birinci sınıf askerî hâkimlerden olan (1600 sayılı Kanun - madde 15) Başsavcı Başyardımcısına Millî Savunma Bakanlığındaki bir yöneticinin (Müsteşar) sicil vermesi yöntemi benimsenmiştir ki Askerî Yargıtayın yapısını dış etkilere açık tutan böyle bir yolun mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ilkeleriyle bağdaşması düşünülemediği gibi durumu askerlik hizmetlerinin gerekleriyle savunmağa da olanak yoktur, (c) işaretli altbendin Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısına Askerî Yargıtay Başkanının ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarının sicil vermelerine ilişkin kuralı Anayasa'nın değişik 138. ve 141. maddelerine aykırıdır; iptal edilmelidir.

Kani Vrana ve Muhittin Gürün (c) işaretli altbendin tümünün Anayasaya aykırı olduğu; İhsan Ecemiş, Halit Zarbun, Ziya önel ve Abdullah Üner yalnız müsteşarın sicil vermesi yönünden aykırılık bulunduğu; Nihat O. Akçakayalıoğlu ise altbendin tümünün Anayasaya aykırı bulunmadığı görüşünü ileri sürmüşlerdir.

ccc) Askerî Yargıtay üyelerinin sıralı sicil üstleri (e) işaretli altbentte üyenin görevli bulunduğu Askerî Yargıtay dairesinin Başkanı, Askerî Yargıtay İkinci Başkanı ve Askerî Yargıtay Başkanı olarak saptanmıştır.

g) İşaretli altbentte Askerî Yargıtay Daire Başkanlarının sıralı sicil üstleri gösterilmiştir. Bunlar Askerî Yargıtay İkinci Başkanı, Askerî Yargıtay Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarıdır.

Askerî Yargıtay İkinci Başkanının sıralı sicil üstlerini belirleyen (i) işaretli altbende göre sicil düzenleme yetkisi Askerî Yargıtay Başkanına, Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarına ve Millî Savunma Bakanına tanınmıştır.

Askerî Yargıtay Başkanının ve Başsavcısının sıralı sicil üstleri ise - (l) işaretli altbende göre - Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı ve Millî Savunma Bakanıdır.

27/6/1972 günlü, 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanununun 12. maddesine göre Askerî Yargıtay üyeliğine seçilebilmek için en az albay rütbesinde birinci sınıf askerî hâkim olmak gerekir. Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı ve Daire Başkanları ise Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem esasına göre atanırlar (aynı Kanun -madde 13). 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 15. maddesinde askerî hâkim albaylardan binbaşı, yarbay ve albaylığa yükselmeye sicil notu ortalaması % 70 ten yukarı olanların birinci sınıf hâkimliğe geçirileceği yazılıdır. Demek ki Askerî Yargıtay için yeterli ve geçerli en az nitelik budur.

Dava konusu dört altbent bir arada ele alınınca Yasanın öngördüğü düzen böylece ortaya çıkacaktır. En yukarıda Millî Savunma Bakanı, en aşağıda Askerî Yargıtay üyeleri olmak ve arada da üstlük sırasıyla Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarı, Askerî Yargıtay Başkanı, Askerî Yargıtay Başsavcısı. Askerî Yargıtay ikinci Başkanı ve Askerî Yargıtay Daire Başkanları yer almak üzere bir aşamalar sıralaması, bir alt aşama ile üst aşamalar arasında da sicil bağlantısı kurulmuştur. Rütbe yükselmesi, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi bu sicil yöntemine dayandırılmıştır. Böylece Askerî Yargıtay bir yüksek mahkeme değilmiş de olağan bir askeri birlikmiş ve burada görevli bulunanlar, hâkimlik sıfatları bir yana bırakılarak yalnızca subay yönleriyle ele alınmış gibi bir durum oluşmaktadır.

Hukuk devletlerinde sıkı sıkıya bağlanılan mahkemelerin bağımsızlığı ve onun başlıca ögesi olan hâkimlik teminatı ilkeleri kişilerin, mahkemelerin genellikle hiç bir etki, özellikle yürütmenin etkisi altında kalmaksızın, tam yansız olarak görevlerini yerine getireceklerinden emin olmaları, mahkemelere, hâkimlere güvenmeleri, inanmaları, bu yönden herhangi bir kaygı, tedirginlik içinde kalmamaları için benimsenmiş bir düzenin temelini oluşturur. Bu düzeni aksatacak veya kişilerde düzenin iyi işleyemeyeceği kuşkusunu uyandırabilecek yöntemlerin o düzende yeri olmamak gerekir. Oysa incelenen altbentlerin öngördüğü yöntem, sicil üstleri yoluyla Askerî Yargıtayı ve onun hâkimlerini iç ve dış baskıya açık bir duruma sokmakta, hiç değilse böyle bir olasılığın kuşku ve kaygısını getirmektedir. Bu, Askerî Yargıtayın bağımsızlığına, hâkimlerinin teminatına söz getirecek, üstelik bunların zedelenmesine 3-0! açacak bir yöntemdir. Askerî yargının gittikçe genişlemekte oluşum, hele sıkıyönetim ve savaş hallerinde bu genişliğin tüm ulusu kapsayacak hi;- aşamaya varmasının Askerî Yargıtayın bağımsızlığı ve hâkimlerinin teminatı sorununa büsbütün ağırlık ve önem kazandırdığı da unutulmamalıdır.

Görülüyor ki (e), (g), (i) ve (l) işaretli altbentler Anayasanın 2., 7., 132., değişik 141. maddelerine aykırıdır; iptal edilmeleri gerekir.

Abdullah Üner bu kuralların yalnız Millî Savunma Bakanı ve Müsteşarının sicil vermeleri yönünden Anayasaya aykırı olduğu; Nihat O. Akçakayalıoğlu tümünün Anayasaya aykırı bulunmadığı görüşlerini ileri sürmüşlerdir.

bb) Madde 12/A, B, C, D:

357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 12. maddesinin yukarıda incelenen kuralları, görüldüğü üzere, doğrudan doğruya Askerî Yargıtaya ilişkin bulunmakta idi. 12. maddenin bunlar dışında kalan kuralları Askerî hâkim subaylar arasında Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısını, ikinci Başkanını, Daire Başkanlarını ve Üyelerini de içerdiğinden ve bu kurallar bu yönleriyle iptal davası kapsamına girdiğinden aşağıda, Askerî Yargıtayın adı geçen mensupları yönünden incelenmelerine girişilecektir.

aaa) 12. maddenin (A) işaretli bendi subay ve meslekî sicil belgelerine ve subay sicil belgesindeki niteliklerin not hesabına ilişkindir. Bu bentte, yukarıda sözü edilen Askerî Yargıtay mensupları sonuç olarak meslekî sicil kapsamı dışında bırakılmakta iseler de subay sicili ilkesi onlar için de yine aynı bentle benimsenmiş bulunmaktadır. Sicil yönteminin niteliği ve niçin Anayasaya aykırı olduğu yukarıda ayrıntılıyla tartışılmış ve saptanmış olduğu için burada bunları tekrarlamamanın yeri yoktur.

Getirdiği sicil yöntemi dolayısıyla Anayasa'ya aykırı düşen (A) işaretli bendin Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmesi gerekir. Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamışlardır.

bbb) 12. maddenin (B) işaretli bendi, subay sicil belgesinin düzenlenmesinde "sicil üstleri" ilkesini getirmekte ve Askerî Yargıtayı da bu ilke kapsamı içine almaktadır. Sicil yöntemi yukarıda ayrıntılıyla tartışılmış ve Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olduğundan burada tekrarlanmasının yeri yoktur. (B) işaretli bendin, bu bendin 2 sayılı fıkrasının yukarıda incelenen ve iptali öngörülen (a), (c), (e), (g), (i) ve (1) işaretli altbentleri dışında kalan kurallarının Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptali gerekir.

Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamışlardır.

ccc) 12. maddenin (C) işaretli bendi sicil notunun bulunması ve hesaplanmasına, (D) işaretli bendi ise sicil süresine ilişkindir. Anayasa'ya aykırılığı yukarıda saptanan sicil yönteminin iki konusunu düzenleyen bu kuralların da aynı nedenlerle Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmesi gereklidir.

İhsan Ecemiş, Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamışlardır.

2- 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 14 .maddesi :

357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 14. maddesi, askerî hâkim subayların rütbe yükselmesi, rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemesi konusunu düzenlemektedir. Burada, subay Sicil belgesi işlemlerine ilişkin 12. ve meslekî sicil notlarına ilişkin 13. madde hükümleri saklı kalmak üzere (Askerî Yargıtay yönünden yalnız 12. madde) askerî hâkim subaylar 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu kurallarına bağlı tutulmuşlardır. Ancak general-amiralliğe yükselecek albaylarla general - amiralliğin üst rütbelerine yükselecekler hakkında Yüksek Askerî Şûra Üyelerinin not takdir etmeleri, değerlendirme ve yeterlik notlarının bulunması yöntemlerine doğrudan doğruya bu madde içinde yer verilmiştir. 14. maddenin son dört fıkrası uyarınca Yüksek Askerî Şûra Üyelerinin verdiği notların ortalaması alınarak değerlendirme notu saptanacak; değerlendirme notu ile sicil notu ortalaması toplanarak yeterlik notu bulunacak; yeterlik notuna göre albaylar, general - amiraller sıralandırılacak; en yüksek yeterlik notu alanlardan başlanarak 926

sayılı Kanun gereğince saptanan kadro, kontenjan ve orana göre bir üst rütbeye yükselme yapılacaktır.

Askeri Yargıtay'da üyeler en az albay rütbesinde oldukları için Askerî Yargıtay yönünden rütbe yükselmesinde albayların general - amiralliğe, general - amirallerin ancak - 926 sayılı Kanunun değişik 147. maddesinin f bendi askerî hâkimlerin daha yüksek rütbeye çıkmalarına elverişli olmadığından- tümgeneral - tümamiralliğe yükselmeleri; rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemesinde ise, general - amirallerde rütbe kıdemliliği ve kademe yükselmesi bulamadığından (926 sayılı Kanun : madde 48 ve ek-VI sayılı çizelge) ancak albaylar söz konusu olacaktır. 14. maddenin getirdiği düzenlemenin Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığını saptayabilmek için 14. maddenin birinci fıkrasının göndermede bulunduğu 926 sayılı Kanunun konu ile ilgili belli başlı kurallarının gözden geçirilmesi zorunluğu vardır.

Subayların kademe ilerlemesi koşulları ve üç yılını tamamlayarak kıdemliliği onanan albayların birinci derecenin hangi kademesine ilerlemiş olacakları 926 sayılı Kanunun 14/7/1971 gününde yürürlüğe giren 7/7/1971 günlü, 1424 sayılı Kanunun 15. maddesiyle değiştirilmiş 45. maddesinde düzenlenmiştir. Burada en önemli koşul (a) işaretli fıkranın 3 sayılı bendinde yer almakta ve kademe ilerlemesi yapacak subayın sicil notunun, sicil tam notuna göre % 60 ve daha yukarı olacağı belirtilmektedir. 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 12. maddesinin ilk fıkrasında da askerî hâkim subayların rütbe kıdemliliğinin ve kademe ilerlemesinin yeterliğe ve yeterliğin de sicil yöntemi ile saptanmasına bağlanmış olduğuna yukarıda, 12. maddenin incelenmesinde değinilmiştir. Burada ilerleme için gerekli sicil notunun yüzdesi belirlenmektedir.

Rütbe yükselmesine gelince; albayların general - amiralliğe, tuğgeneral - amirallerin tümgeneral - amiralliğe yükselmesinde önemli kurallar şunlardır:

Albayların binbaşılıktan beri almış oldukları sicil notları ortalamasının sicil tam notunun % 70 ve daha yukarısı olması; rütbeye özgü-bekleme süresinin yarısı oranında yıllık sicilleri bulunması, Yüksek Askerî Şûraca değerlendirmeye tabi tutulmaları; üst rütbe kadrosunda 926 sayılı Kanunun değişik 49. maddesinde yazılı oranlar içinde açık bulunması (926 sayılı Kanun değişik madde 38/b ve değişik madde 43/b, d, f) gerekir.

General - amiral yükselmelerinde ise rütbeye özgü bekleme süresinin yarısı kadar sicili olmak, üst rütbe kadrosunda 49. maddedeki oranlar içinde açık bulunmak, Yüksek Askerî Şûraca seçilmek belli başlı önemli koşullardır. (926 sayılı Kanun - değişik madde 47/b, c, d).

Yüksek Askerî Şûranın değerlendirme işlemi 926 sayılı Kanunun değişik 54. maddesinde yer almakta ise de burada değerlendirme esasları bakımından subay sicil yönetmeliğine gönderme yapılmış olduğundan askerî hâkim subaylar gönderme dışında bırakılmak için değerlendirmenin nasıl yapılacağı dava ve inceleme konusu 14. maddede gösterilmiştir.

Rütbe yükselmesinde yeterlik, Yüksek Askerî Şûranın değerlendirme notu ile sicil notu ortalaması toplanarak bulunacağı için vereceği değerlendirme notunun önemi ve etkisi açık olan Yüksek Askerî Şûranın yasal yapısına bir göz atılmasında yarar görülmektedir.

26/7/1972 gününde yürürlüğe giren 17/7/1972, günlü, 1612 sayılı Yüksek Askerî Şûranın Kuruluş ve görevleri Hakkındaki Kanunun 2 nci maddesine göre Başbakan, Genelkurmay Başkam, Millî Savunma Bakanı, Kuvvet Komutanları, Ordu Komutanları (Deniz ve Hava Kuvvetlerinde eşidi komutanlar), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekteleri, Donanma Komutanı ile Yüksek Askerî Şûra Üyeliğine atanan orgeneral ve oramiraller ve Jandarma Genel Komutanlığı ile ilgili konularda Jandarma Genci Komutanı Şûranın Üyeleridir. Şûra Başkanlığını Başbakan- bulunmadığı zamanlar

Genelkurmay Başkanı yapar. Aynı Kanunun 5 inci maddesine göre de; Şûra tüm üyelerinin katılması ile toplanır. Özü olanlar katılamayacaklarını bildirirler. Kararlar toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile alınır; oylarda eşitlik olursa Başkanın katıldığı yanın oyları geçerli sayılır. Tersine karar alınmadıkça oylama işlemi açık olarak yapılır.

926 sayılı Kanunun öngördüğü kadro düzeni üzerinde bir fikir edinilmesi için de bu Kanunun 1424 sayılı Kanunla değişik 41. ve 49. maddelerine başvurulması gerekecektir.

41. maddeye göre subay kadroları her yılın 31 Ağustosunda rütbe ve sınıf belirtilerek Genelkurmay Başkanlığınca hizmet ihtiyacına göre saptanır ve ilgili Kuvvete ve Jandarma Genel Komutanlığına bildirilir. Bu kadrolar içinde albay miktarı muvazzaf subay mevcudunun % 8 oranını aşamaz.

Değişik 49. maddede ise general - amiral miktarları belirlenmiştir, silâhlı Kuvvetlerde (Jandarma Genel Komutanlığı Kara Kuvvetleri içinde) general ve amiral kadroları hizmet ihtiyacına göre Genelkurmay Başkanlığınca saptanır. Ancak toplam barışta muvazzaf subay mevcudunun % 1 ini geçemez, saptanan miktar her kuvvetin muvazzaf subay mevcudunda % 6 dan fazla artma, eksilme olmadıkça değiştirilemez. Kadrolarda gösterilen sınıf, rütbe ve miktarlar aşılamaz (49/a). Böylece saptanan general - amiral mevcutlarının çeşitli rütbelere dağılışı oranının üç Kuvvet için ne olacağı ise (b) işaretli bentte gösterilmiştir.

Her yıl yükselme sırasına girenlere rütbenin birinci yılına ilişkin kontenjanlar verilerek yükselmeleri sağlanır. Gerekirse birinci yıl kontenjanı artırılabilir. Ancak kontenjanı artırılan grup en geç üçüncü yılın sonunda kendi mevcuduna indirilir. Bu indirme işlemi Yüksek Askerî Şûraca, üç yıl içinde alınan sicil ve değerlendirme notlarına göre yeterlik derecesi en düşük olanların emekliye çıkarılmaları voliyile yapılır. (49/c). Yardımcı sınıf general ve amiral miktarları her üç kuvvet için düzenlenecek kadrolardaki general/amiral toplamının altıda birini geçemez (49/d). Böylece saptanan yardımcı sınıf general ve amiral miktarı, mevcutları elliden aşağı olan yardımcı sınıflar hariç tutularak, hizmetin gerektirdiği ihtiyaca göre kuvvetler ve sınıflar arasında dağıtılır (49/e). Bekleme süreleri sonunda terfi edemeyen general ve amiraller emekliye çıkarılır. (49/f).

926 sayılı Kanunun 21. maddesine göre subay yardımcı sınıfları Kara Kuvvetlerinde; ulaştırma; levazım, harita ordudonanım, personel, tabip, eczacı, dış tabibi, kimyager, veteriner, yüksek mühendis, mühendis, askerî hâkim, maliye, öğretmen, bando, teknisyen, sağlık, sıhhiye teknisyeni, din işleri; Deniz Kuvvetlerinde ayrıca ikmal, hidrografi; Hava Kuvvetlerinde harita dışında Kara Kuvvetlerindeki gibi aynıdır.

926 sayılı Kanunda rütbe yükselmeleri için başkaca rütbeye özgü bekleme süresini tamamlamış olmak (değişik madde 43/a), albaylığa ve daha üst rütbelere yükselmede Harbokulu, fakülte veya yüksek okul mezunu bulunmak (926 sayılı Kanuna 1323 sayılı Kanunla katılan ek madde 1) koşulları vardır. Subayların olağan bekleme süreleri de 926 sayılı Kanunun 30. maddesinde belirtilmiştir. Bunlarda Anayasa ile çelişir bir nitelik bulunmadığı ortadadır. Onun içindir ki 357 sayılı Kanunun iptali dava edilen 14. maddesinin birinci fıkrasındaki rütbe yükselmesi, rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemesi konusunda 926 sayılı Kanun kurallarının uygulanacağı yolundaki gönderme hükmünün, bu koşullar dışında kalan koşullar yönünden ele alınması gerekecektir.

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere gerek 14. maddenin içinde, gerekse bu maddenin birinci fıkrasının göndermede bulunduğu 926 sayılı Kanun kurallarında Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyelerin yükselmelerinde ilke olarak sicil yöntemi, bir de Yüksek Askerî Şûraca değerlendirme yolu benimsenmiştir. Sicil yönteminin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri ile bağdaşmayacağı kararın

(V./B/1/aa) bölümünde gerekçesiyle belirtildiği için bu yönün, yeniden ele alınmasının yeri yoktur. Yükselmeleri ayrıca tam anlamıyla idari bir kuruluş olan Yüksek Askerî Şûranın değerlendirmesi sonucuna bağladığı için Askerî Yargıtay ve onun hâkimleri bir de bu yolla dış etki ve baskılara açık bir duruma sokulmakta; hiç değilse böyle bir olasılığın kuşku ve kaygısı uyandırılmaktadır. Bu da Askerî Yargıtayın bağımsızlığına hâkimlerinin teminatına söz getirecek, üstelik bunların zedelenmesine yol açacak bir yöntemdir.

Askerî Yargıtay'ın sözü geçen mensuplarının, 357 sayılı Kanunun değişik 14. maddesinin birinci fıkrası yoluyla bağlı tutuldukları 926 sayılı Kanun kuralları karşısında, bir de kadro sorunu oluşmaktadır. Bilindiği gibi Askerî Yargıtay'ın kanuna bağlı bir kadrosu yoktur. Gerekli kadroları Genelkurmay Başkanlığı her yıl saptar ve bildirir. Başka deyimle Askerî Yargıtay'ın kadro işi idarenin yıldan yıla dilediği gibi kadroları daraltıp genişletebileceği, yükseltip düşürebileceği değişken bir düzenlemeye bağlanmıştır. Askerî Yargıtay Başkanının, Başsavcısının, ikinci Başkanının, Daire Başkanlarının veya Üyelerinin yükselmeleri, üstelik işbaşında kalabilmeleri bu yoldan gelip idarenin takınacağı tutuma dayanmaktadır. Kadrosuzluk yüzünden yükselmemenin Kanunda yazılı süreden önce emekli edilme sonucunu da verdiği düşünülürse söz konusu düzenlemenin ağır sakıncaları büsbütün belirginleşir. Böylece Askerî Yargıtay hâkimleri ve dolayısıyla Askeri Yargıtay bir yoldan daha idarenin müdahalesine, üstelik baskısına açık duruma getirilmektedir. Bu, Askerî Yargıtay'ın bağımsızlığını, hâkimlerinin anayasal teminatını zedeleyecek bir yöntemdir.

Öte yandan Askerî Yargıtay kadrolarının her yıl Genelkurmay Başkanlığınca saptanması Anayasa'nın değişik 141. maddesinin son fıkrası ile bir yönden daha çelişir niteliktedir. Bu fıkarda "Askerî Yargıtay'ın kuruluşunun, üyelerinin özlük işlerinin kanunla düzenleneceği" buyruğu vardır. Kuruluş ve özlük işleri söz konusu olunca kanunla düzenleneceklerin en başında kadro işi gelir. Çünkü kadro sorununun kuruluştan ve özlük işlerinden ayrı, bunların dışında bir sorun olarak düşünülmesine, ele alınmasına olanak yoktur. Onun içindir ki Anayasa'nın değişik 141. maddesinin son fıkrasında yazılı konulan düzenleyen bir kanunda Askerî Yargıtay'ın kadroları yer almamışsa ve bunların saptanması idareye bırakılmışsa böyle bir tutum ve yöntemin Anayasa buyruğu ile bağdaştırılması düşünülemez. Yayımlandığı 14/6/1930 gününden dört ay sonra yürürlüğe giren (madde 285) 22/5/1930, günlü 1631 sayılı Askerî Muhakeme Usulü Kanununda bile (Birinci kısım -İkinci Kitap - Üçüncü Fasl - C. Askerî Temyiz Mahkemesi kesimi) Askerî Temyiz Mahkemesinde ferik ve daha yukarı rütbeden bir reis ile bir de ikinci reis bulunacağı (madde 40), azaların liva ve daha yukarı rütbelere, aza mülazimlerinin miralaylardan seçileceği (madde 41) yolunda kurallarla bir çeşit kanunî kadro öngörülmüş olduğuna burada değinilmesinde yarar vardır.

Özetlenecek olursa; 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 14. maddesi Anayasa'nın 2., 7., 132., değişik 141. maddelerine aykırıdır; Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmelidir.

Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamıştır.

3- 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 21. maddesinin ikinci fıkrası :

357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 21. maddesinin birinci fıkrası, "Askerî hâkim sınıfı subayların görev yerleri ve sıfatları ne olursa olsun emeklilik yaş hadlerinin öteki subaylar gibi olduğu" kuralını getirmiştir. Subayların yaş hadleri 8/6/1949 günlü 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 40. maddesinin değişik (ç) İşaretili fıkrasının I sayılı bendinde yazılı olduğu gibidir. Burada rütbe esas alınmış ve rütbe yükseldikçe emeklilik yaşı da yükselmekte bulunmuştur. Askeri Yargıtay'ı ilgilendiren iki yaş haddi vardır. Bu yaş hadleri albaylar için 58, tuğ ve tümgeneral-amiraller için 60 tır. 21. maddenin ikinci fıkrasında ise kuralın

istisnası, başka deyimle askerî hâkim subayların rütbelerinin yaş haddine kadar hizmete devam etmelerini engelleyen durumlar belirlenmektedir. Bunlar arasında "kadrosuzluk" durumu da yer almıştır. Dava ikinci fıkradaki "kadrosuzluk" deyimine yöneltilmiş bulunmaktadır.

Anayasa'nın değişik 134. maddesinin ikinci fıkrasına göre hâkimler altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askerî hâkimlerin yaş haddi kanunla belli edilir.

357 sayılı Kanunun 21. maddesi bir yandan hâkim subayların emeklilik yaş hadlerini rütbelerindeki öteki subayların kanunda yazılı yaş hadlerine bağlayarak Anayasa'nın "askerî hâkimlerin yaş haddinin kanunla belli edilmesi" yolundaki buyruğuna uyarken, bir yandan da kadrosuzluk nedeniyle askerî hâkimlerin kanunda yazılı yaş haddinden önce hizmetten uzaklaştırılmaları- daha doğrusu 22. maddenin incelenmesinden anlaşılabileceği üzere - emekli edilmeleri yolunu açmaktadır. Bu düzenleme Anayasa'nın değişik 134. maddesinin ikinci fıkrası kuralına doğrudan doğruya aykırıdır. Onun için burada mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri ve kadro verip vermemenin idarenin takdirine bırakılmış bir konu olmasından çıkan sonuçlar üzerinde ayrıca durulmasına yer görülmemiştir.

Anayasa'ya aykırılığı ortada olan, değişik 21. maddenin ikinci fıkrasındaki "kadrosuzluk" deyiminin ve bu deyim içerdığı kuralı Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmesi gerekir.

Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamıştır.

4- 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 22. maddesi :

Davacı, 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 22. maddesinin ilk fıkrasının; (A) İşaretli bendinin 1 ve 2 sayılı fıkralarının, başka deyimle bu bendin tümünün; (B) işaretli bendinin 1 sayılı fıkrasının (a) işaretli altbendinin, 2 sayılı fıkrasının, 3 sayılı fıkrasının son bölümünde yer alan kuralın Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden Anayasa'ya aykırı düşüğünü ileri sürmüştür.

İlk fıkradan anlaşılabileceği üzere 22. madde kadrosuzluk, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlâkî durumları dolayısıyla askerî hâkim subaylar hakkında emeklilik yaş haddinden önce Silâhlı Kuvvetlerden ayırma işlemi yapılmasını düzenlemektedir. Yalnız kadrosuzluk ve yetersizlikle ilgili düzenlemeler iptal davasının kapsamı içindedir. Kadrosuzluk nedeniyle ayırma (A) işaretli., yetersizlik nedeniyle ayırma (B) işaretli bentlerinde öngörülmüştür. (A) işaretli bendin tümü, (B) işaretli bendin yalnız 1 sayılı fıkrasının (a) işaretli altbendi, 2 sayılı fıkrası ve 3 sayılı fıkrasının son bölümünde yer alan "... hakkında hizmet sürelerine bakılmaksızın T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır." kuralı Askerî Yargıtay'ın söz konusu mensuplarını ilgilendirmektedir.

aa) 22. maddenin (A) işaretli bendi :

Bu bent kurallarına göre; rütbe terfii şartlarını haiz olup da üst rütbe kadrosunda açık bulunmadığı için iki yıl daha denendiği halde yine kadrosuzluktan terfi edemeyen veya sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 60 dan fazlası olmakla birlikte general - amiralliğe yükselebilmek için gerekli sicil notu ortalamasını kazanamamış albaylar yaş haddine kadar hizmete devam ederler. Ancak bunlardan yeteri kadar terfii şartlarını haiz yarbaylara kadro açılması için sicil notu en düşük olanlardan başlanarak emekliye sevk edilir. Bekleme süreleri sonunda yükselemeyen general - amiraller de emekli edilirler.

Kural, Askerî Yargıtay Başkanının, Başsavcısının, İkinci Başkanının Daire Başkanlarının ve üyelerinin kanunda yazılı yaş haddinden önce emekliye çıkarılmaları yolunu açmaktadır. Yapılacak işlemlerde esas sicil yöntemidir. Sicil yönteminin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı

ilkeleriyle bağdaşamayacağı yukarıda (kararın V/B/1/aa bölümü) ayrıntıları ile belirtildiği için konu üzerinde ayrıca durmağa yer yoktur. Kadro verip vermemenin 926 sayılı Yasada idarenin takdirine bırakılmış olması durumu daha da ağırlaştırmaktadır. Bu koşullar altında çalışan hâkimlerin teminatlı olduklarından, hâkimleri böyle bir durumda bulunan bir mahkemenin mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygunluğundan ve bir hukuk Devleti içinde yeri olduğundan söz edilemez.

357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 22 .maddesinin (A) işaretli bendi Anayasanın 2., 7., 132., değişik 141. maddelerine aykırıdır; Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmelidir.

Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamıştır.

bb) 22. maddenin (B) işaretli bendinin 1 sayılı fıkrasının (a) işaretli a'tbendi, 2 sayılı fıkrası, 3 sayılı fıkrasının son bölümünde yer alan kural :

22. maddenin (B) işaretli bendi yetersizlik nedeniyle ayırma konusunu düzenlemektedir. Bu bendin-1 sayılı fıkrasının (a) işaretli altbendine göre bekleme süresi sonunda veya sonraki yıllarda yapılan yeterlik sıralamasında sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 60 ından az olan albaylar; 2 sayılı fıkrasına göre de (A) bendi gereğince yaş haddine kadar hizmete devam edecek albaylardan yıllık sicil notu ortalaması sicil tam notunun % 60 nın aşağısına düşenler hakkında, 3 sayılı fıkrasının son bölümündeki kural uyarınca, hizmet sürelerine bakılmaksızın T. C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır.

Askerî Yargıtay Başkanının, Başsavcısının, İkinci Başkanının, Daire Başkanlarının, Üyelerinin kanunda yazılı yaş haddinden önce emekliye çıkarılmaları yolunu açan ve yapılacak işlemlerde sicil yöntemini esas alan kural, yukarıdan beri tartışılan ve Anayasaya aykırılığı ortaya konan tutumun aynı nitelikte bir başka yönünü oluşturduğu için daha önce söylenenlerin burada tekrarına yer görülmemiştir.

357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 22. maddesinin (B) işaretli bendinin 1 sayılı fıkrasının (a) işaretli altbendi, 2 sayılı fıkrası, 3 sayılı fıkrasının son bölümündeki (..... hakkında hizmet sürelerine bakılmaksızın T. C. Emekli Sandığı hükümleri uygulanır.) Kuralı Anayasanın 2., 7., 132., değişik 141. maddelerine aykırıdır; Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri yönünden iptal edilmesi gerekir.

Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamıştır.

cc) 22. maddenin kadrosuzluk ve yetersizlik nedenleriyle ayırmaya ilişkin düzenlemelerinin iptali öngörüldüğüne göre bu maddenin askerî hâkim subaylar hakkında emeklilik yaş haddinden önce Silâhlı Kuvvetlerden ayırma işleminin yapılması ilkesini koyan ve bu işlemi gerektirecek nedenleri açıklayan birinci fıkrasının kadrosuzluk ve yetersizlik konularına ilişkin kuralının, esasen ilke olarak da Anayasa'ya aykırı bulunması dolayısıyla, Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmesi gerekir.

İhsan Ecemiş ve Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamışlardır.

5- 357 sayılı Kanuna 1611 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklen geçici 1. madde :

Bu madde 926 sayılı Kanunun 41. maddesinde belirtilen kadro oranına-(albaylarda muvazzaf subay mevcudunun % sekizi) indirilinceye kadar bekleme süresi sonunda rütbe terfii şartlarını haiz oldukları halde üst rütbe kadrosunda açık bulunmadığı için terfi edemeyerek beklemiş askerî hâkim albayların emekli edilmelerine ilişkindir. Bu, kadrosuzluk nedeniyle vaktinden önce emekliye sevk işleminin sicil yöntemiyle dahi kayıtlanmaksızın uygulanmasına yetki verir bir

tasfiye kuralıdır. Yukarıdan beri açıklananlar kuralın Anayasaya aykırılığını ortaya koymaya yeterlidir .357 sayılı Kanuna 1611 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen geçici 1. maddenin Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmesi gerekir.

Nihat O. Akçakayalıoğlu bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ :

A- 26/10/1963 günlü, 357 sayılı Kanunun (357 sayılı Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanunu) adı ile bazı maddelerinin değiştirilmesi ve üç ek üç geçici madde eklenmesi hakkında) ki 17/7/1972 günlü, 1611 sayılı Kanunla değişik;

I- 12. maddesinin;

aa) (B) işaretli bendinin 2 sayılı istisna fıkrasının;

1- (a) işaretli alt bendinin Askerî Yargıtay Başkanının sicil vermesine ilişkin kuralının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, Kani Vrana ve Muhittin Gürün'ün tümünün aykırı olduğu ve İhsan Ecemiş, Halit Zarbun, Ziya Önel, Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun tümünün Anayasa'ya aykırı olmadığı yolundaki karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile;

2- (c) işaretli altbendinin; Askerî Yargıtay Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarının sicil vermelerine ilişkin kuralının Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline Kani Vrana ve Muhittin Gürün'ün tümünün aykırı olduğu, İhsan Ecemiş, Halit Zarbun, Ziya Önel ve Abdullah Üner'in yalnız Müsteşar yönünden aykırılık bulunduğu ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun tümünün aykırı olmadığı yolundaki karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile;

3- (e), (g), (i) ve (1) işaretli altbentlerinin tümünün Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline, Abdullah Üner'in bu kuralların yalnız Millî Savunma Bakanı ve Müsteşarının sicil vermeleri bakımından aykırı olduğu ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun tümünün Anayasaya aykırı olmadığı yolundaki karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile,

bb) Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden incelenen;

1- (A) işaretli bendinin yalnız sözü edilenler bakımından Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile,

2- (B) işaretli bendinin yukarıda iptali öngörülenler dışında kalan kurallarının yalnız bu sözü edilenler bakımından Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile;

3- (C), (D) işaretli bentlerinin yalnız bu sözü edilenler bakımından Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline İhsan Ecemiş, Abdullah Üner ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile;

II- Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, ikinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden incelenen ondördüncü maddesinin tümünün, yalnız bu sözü edilenler bakımından Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoyu ve oyçokluğu ile;

III- Askerî Yargıtay Başkam, Başsavcısı, ikinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden incelenen 21. maddesinin İkinci fıkrasında ki (kadrosuzluk...) deyiminin ve bu deyim

Esas Sayısı:1972/49

Karar Sayısı:1974/1

içerdiği kuralın yalnız bu sözü edilenler bakımından Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoyu ile ve oyçokluğu ile;

IV- Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden incelenen 22. maddesinin;

aa) A işaretli bendinin;

bb) B işaretli bendinin;

1- 1 sayılı fıkrasının a işaretli altbendinin,

2- 2 sayılı fıkrasının,

3- 3 sayılı fıkrasının son bölümündeki (... hakkında hizmet sürelerine bakılmaksızın T. C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır.) kuralının yalnız bu sözü edilenler bakımından Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline ve şu duruma göre 22. maddenin birinci fıkrasının kadrosuzluk ve yetersizlik konularına ilişkin kuralının yalnız bu sözü edilenler bakımından Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline birinci fıkra İhsan Ecemiş'in ve tümünde Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile,

B- 161-1 sayılı Kanunun, Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden incelenen geçici 1. maddesinin yalnız bu sözü edilenler bakımından Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoyu ile ve oyçokluğuyla;

10/1/1974 gününde karar verildi.

Başkan
Muhittin Taylan

Başkanvekili
Avni Givda

Üye
Kemal Berkem

Üye
Şahap Arıç

Üye
İhsan Ecemiş

Üye
Ahmet Akar

Üye
Halit Zarbun

Üye
Ziya Önel

Üye
Abdullah Üner

Üye
Kâni Vrana

Üye
Muhittin Gürün

Üye
Lütfi Ömerbaş

Üye
Şevket Müftügil

Üye
Nihat O.
Akçakayalıoğlu

Üye
Ahmet H. Boyacıoğlu

KARŞI OY YAZISI

İlk İncelemede:

Anayasa Mahkemesine başvurunun yetki içinde açılmış bir iptal davası olup olmadığı konusu hakkındaki karşı oyum, Sayın Muhittin Gürün'ün karşı oy yazısının 1 sayılı bendinde yazılı bulunan bu konudaki görüşlerin aynıdır.

Üye
Şahap Arıç

KARŞI OY YAZISI

1- Askerî Yargıtay Başkanının Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcılarına sicil vermesi Anayasa'nın hâkimlik teminatı ile bağdaşmayacağı ileri sürülerek: dava konusu 12/B-2-a altbendinin iptali cihetine gidilmiştir. Anayasa'nın hâkimlik teminatı yargının işleyiş ve denetiminin gereklerine, yargı organının kendi bünyesinden gelen zarurî münasebetlere karşı değil, böyle bir düşünce ve durum ile ilgisi olmayan ve özellikle yargı dışından gelecek müdahalelere karşıdır. Aksi takdirde Anayasa'da yer alan Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin hâkimleri etkileyebileceği dahi ileri sürülebilir. Askerî Yargıtay Başkanı, savcılık teşkilâtı da dahil, Yargıtayın başı ve gereği gibi işleyişinden sorumlu olduğuna göre teşkilâtına dahil olanlara sicil verebilmesi yerindedir. Askerî Yargıtay Başkanının bu yetkisinin hâkimlik teminatım zedeleyeceği düşünülürse aynı düşünce Başsavcı için dahi varittir. Halbuki onun durumu çoğunlukça Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Bu bakımdan Askerî Yargıtay Başkanının savcı yardımcılarına sicil vermesinde de Anayasa'ya bir aykırılık yoktur.

2- Söz konusu maddenin (c) işaretli altbendinin Askerî Yargıtay Başkanının Başsavcı Yardımcısına sicil vereceğine dair bölümünde dahi, aynı sebeplerden dolayı, Anayasa'ya bir aykırılık görülmemektedir.

3- 12. maddenin (C) ve (D) işaretli bentleri sicil notunun hesaplanmasına ve süresine ilişkin hükümlerdir. Başlıbaşına ele alınıp incelendiğinde görüleceği üzere bu hükümlerde Anayasa'ya aykırı düşen bir yön yoktur. Sicil ile ilgili başka hükümlerin. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olması (44 sayılı Kanunun 28. maddesi dışındaki burada bu yola gidilmiş veya böyle bir durum söz konusu edilmiş değildir) aynı konudaki Anayasa'ya aykırı olmayan başka hükümlerin iptalini gerektirmez.

Esas Sayısı:1972/49

Karar Sayısı:1974/1

4- 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 22. maddesinin birinci fıkrasına (kadrosuzluk, yetersizlik disiplinsizlik ve ahlâkî durumları nedeniyle aşağıda belirtilen esas ve şartlar dahilinde askerî hâkim subaylar hakkında emeklilik yaş haddinden önce Silâhlı Kuvvetlerden ayırma işlemi yapılabilir) denilmektedir. Bu hükümde başlıbaşına Anayasa'ya aykırı bir yön yoktur. Çünkü Anayasada hâkimlerin yaş haddine kadar hiç bir sebep ve suretle, görevlerinden uzaklaştırılamıyacakları yolunda bir ilkeye yer verilmiş değildir. Bu durumda önemli olan ve üzerinde durulması ve Anayasa'ya aykırı olup olmadığının araştırılması gereken husus inceleme konusu hükümde işaret edilen (esas ve şartlar) dır. Nitekim bu esas ve şartlar maddenin daha sonraki fıkralarında açıklanmış ve yapılan inceleme sonunda Anayasa'ya aykırı bulunarak, iptal de edilmiştir. Bu bakımdan maddenin birinci fıkrasının iptali için bir sebep ve gerek görülmemektedir.

Üye

İhsan Ecemiş

Yukarıda yazılı sayın İhsan Ecemiş'in karşı oy yazısının 1, 2 ve 3. maddelerinde yazılı görüşlere aynen katılıyorum.

Üye

Halit Zarbun

KARŞI OY YAZISI

Sayın Abdullah Üner'in karşı oy yazılarında belirtilen nedenlerle, 357 sayılı Kanunun 1611 sayılı Kanunla değişik 12. maddesinin, Askerî Yargıtay Başkanının sicil vermesine ilişkin hükmünün Anayasaya aykırı olmadığı, ancak Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarlığının sicil vermesinin Anayasa'ya uygun düşmeyeceği kanısındayım.

Üye

Ziya Önel

KARŞI OY YAZISI

357 sayılı Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanununun iptali dava olunan 1611 sayılı Kanunla değişik 12. maddesinin 2, bendinin a, c, e, g ve i fıkraları ile A, B ,C, ve D bentleri hükümlerine göre :

Askerî Yargıtay Başkanı, ikinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri ile Başsavcı Yardımcılarını rütbe ve kademe terfilerinde esas olmak üzere subay sicil belgesi düzenlenmesi usulü kabul edilmiş ve ;

1- Askerî Yargıtay Başkanının; İkinci Başkan, Daire Başkanları, Üyelerle Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcıları haklarında

2- Askerî Yargıtay İkinci Başkanının; Daire Başkanları ve Üyeler hakkında

3- Askerî Yargıtay Daire Başkanlarının; Askerî Yargıtay Üyeleri haklarında

Subay sicil belgesi düzenleyecekleri öngörülmüştür.

Askerî Yargıtay Başkanı ile İkinci Başkanı ve Daire Başkanlarının bu suretle subay sicil belgesi düzenlemelerinin Anayasa ile öngörülmüş olan Mahkemelerin bağımsızlığı ve Hâkimlik teminatı ilkelerini zedeleyip zedelemeyeceği hususu üzerinde durulması ve Anayasa'nın bu konulara ilişkin ilkeleri ile Türk Hukuk sisteminin bu yolda getirdiği düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekmiştir:

1- Anayasa'da (Madde 132) Hâkimlerin görevlerinde Bağımsız oldukları, hiçbir makam ve merciin yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları belirtilmiş olmakla beraber demokratik hukuk devleti içinde hiçbir devlet kuruluşunun denetleme dışı bırakılmasının söz konusu olmadığı da dikkate alınarak hâkimlerin de yüksek dereceli Hâkimler tarafından kontrol ve murakabe edilmeleri ilkesine yer verilmiştir. Örneğin Anayasa'nın 139/2 ve 144 üncü maddelerine göre Hâkimlerin atanmaları, terfileri, görevlerinin ve görev yerlerinin değiştirilmesi, disiplin cezası verilmesi, meslekten çıkarılmalarına karar verilmesi, Yargıtay Üyelerinin seçimi gibi özlük işleri Yargıtay Gene! Kurulunca seçilen Yüksek Hâkimler Kuruluna verilmiştir.

2- Hâkimler Kanununa göre :

a - Hâkimlerle Cumhuriyet Savcılarının, refaketlerindeki muavinler hakkında

b - Ağır Ceza Başkanlarının, üye yardımcıları ile muavinlik sınıfında bulunan Sorgu Hâkimleri hakkında

Ahlâki gidişleri, meslekî bilgileri, kendilerine ne kadar iş verilip ne kadarını çıkardıktan, kabiliyetleri ve çalışkanlıkları hakkında belge düzenlemekte

c - Yargıtay daireleri, inceledikleri dosyalarda hüküm veren hâkimlerden herbiri için hükmün esasında sağlanan ve iltizam olunan kanaat ve içtihadın gerekli sebeplerinin tahlil ve izahında gösterdikleri kudret ve başarı, davanın kanunî sebepler dışında uzatılıp uzatılmadığı gözönünde bulundurularak not vermekte ve bu davalarda savcılık yapanlara da aynı suretle not takdir etmektedirler.

ç - Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanununa göre, Askerî Yargıtay Daireleri de Askerî mahkemelerden verilen kararlar dolayısıyla askeri hâkimler ve askeri savcılara aynı suretle not takdir etmektedirler.

Görülüyor ki; gerek Anayasa'nın işaret olunan kurallarında ve gerek Hâkimler Kanunu ile Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanunlarında Hâkimlerin özlük işlerinin yürütülmesi ve meslek içinde yine hâkimlerden oluşan kurallar tarafından denetlenmeleri kuralı kabul edilmiştir.

3- Anayasa'da (141) Askerî Yargılayın kuruluşu, işleyişi, Üyeler hakkındaki disiplin ve özlük işlerinin yürütülmesi, Hâkimlik teminatı ile birlikte "Askeri Hizmetlerin gerekleri" de gözönünde tutularak düzenleneceği belirtilmiştir. Bundan başka Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve Daire Başkanlarının seçim ve atanmalarının da rütbe ve kıdem sırasına göre yapılması öngörülmüştür. O halde Askerî Yargıtay Başkanı; ikinci Başkanla Daire Başkanlarından ve İkinci Başkan; Daire Başkanlarından ve Daire Başkanları da Üyelerden rütbe ve kıdem bakımlarından daha üst durumda bulunmaktadırlar.

Askerlikte hiyerarşi usulü cari olduğuna ve Askerî Yargıtayda "Askerlik hizmetlerin gerekleri" de dikkate alınacağına göre daha üst rütbe ve kademedede bulunan Askerî Yargıtay Başkanının; İkinci Başkan ile Daire Başkanları ve Üyeleri hakkında ve yine daha üst rütbe ve kademedede bulunan İkinci Başkanın; Daire Başkanları ile üyeler hakkında ve keza yine üst rütbe ve kademedede bulunan Daire Başkanlarının da üyeler hakkında subay sicil belgesi düzenlemelerinde Anayasa'daki bu kurallara aykırı bir cihet bulunmamaktadır.

Askerî Yargıtay Başkanı, İkinci Başkanı ve Daire Başkanları mesleklerinin çeşitli rütbe ve kademelerinde uzun yıllar hâkimlik ve savcılık yapmış ve hâkimliğin belli niteliklerini haiz kimselerdir." Bunların birlikte çalışmakta oldukları hâkim arkadaşları hakkında düzenleyecekleri subay sicil belgelerinde bazı duygu ve etkilerin rol oynayabileceği ve haklarında sicil belgesi düzenlenenlerin de hâkimlik görevlerini yapmalarında sicil amirlerinin kanaat ve arzularının tesiri altında kalabilecekleri ve böylece bu sicil düzenleme metodunun askerî yargıtayı iç baskıya açık bir duruma getirebileceği gibi bir ihtimal ve düşünceye yer verilmemek icabeder.

Bu nedenlerle, Askeri Yargıtay Başkanı, ikinci Başkanı ve Daire Başkanlarının subay sicil belgesi düzenlemelerine ilişkin yukarıda yazılı Kanun hükümleri Anayasa'ya aykırı bulunmadığından bu hususa ilişkin davanın reddi gerektiği düşüncesindeyim.

Üye

Abdullah Üner

KARŞI OY YAZISI

26/10/1963 günlü, 357 sayılı Askerî Hâkimler ve Askerî Savcılar Kanununun 17/7/1972 günlü, 1611 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin B bendinin ikinci fıkrasının a ve c alt bentlerinde- Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcılarının; Askeri Yargıtay Başsavcı Başyardımcısı, Askerî Yargıtay Başsavcısı ve Askerî Yargıtay Başkanının ve Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısının da; Askerî Yargıtay Başsavcısı, Askerî Yargıtay Başkanı ve Millî Savunma Bakanı Müsteşarının, subay sicil belgesi düzenlemekle görevli sıralı sicil üstleri oldukları gösterilmiş bulunmaktadır.

Diğer yönlerine tümü ile katıldığımız kararın yukarıda işaret edilen a ve c albenileri için Anayasa'ya aykırılıkları yönünden karar yerinde gösterilmiş bulunan gerekçede belirtilen bir bölüm

sakınca yerinde olduğundan başka, 27/6/1972 günlü, 1600 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca, T. C. Anayasa'sı ve diğer kanunlarla görevlendirilmiş bağımsız bir yüksek mahkeme olan Askerî Yargıtay'da Başsavcı ile birlikte görev yapmakla beraber haklarında meslekî sicil belgesi dahi düzenlenmesine Kanunla yer görülmeyen ve birinci sınıf Askerî hâkimler arasından atanmakta olan Başsavcı Başyardımcısı ile yine haklarında meslekî sicil belgesi düzenlenmesine Kanunla gerek görülmeyen Başsavcı yardımcılarının, Başsavcıya Kanunun ve yetkisine binaen kendisinin yetkisi ölçüsünde düzenleyeceği biçimde yardımda bulunarak görev yapmaları ve çalışmaları esas ise de, bu görevlerini yaparken, çalıştıkları kuruluşun bağımsız yüksek bir mahkeme niteliğinde bulunması gözönüne alınarak, yargısal kanı ve yargısal işlemlerinde bağımsız olacakları olağan bulunması itibariyle, kendileri hakkında ayrıca subay sicil belgesi düzenlenmesinde, ileri sürdükleri yargısal kanı ve yaptıkları işlemler yönünden. Askerî Yargıtay Başkanı ile Millî Savunma Bakanı Müsteşarının sıralı sicil üstü olarak yer almaları bakımından varit olduğu gibi Başsavcının bulunması bakımından da varit olabilir.

Bu nedenle, yukarıda sözü geçen maddenin a ve c alt bentlerinde yer alan kuraların birer bölümünün değil, tümünün iptalleri gerektiği düşüncesi ile kararın anılan bölümüne karşıyım.

Üye

Kâni Vrana

KARŞI OY YAZISI

1- Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki 22/4/1962 günlü ve 44 sayılı Kanunun'25, maddesi, Anayasa'nın 149. maddesi gereğince Askerî Yargıtay'ın varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlardaki iptal davasının, açılmasına ilişkin şekil ve şartları göstermiştir. Bu madde hükümlerine göre Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alacağı karar üzerine Askerî Yargıtay Başkanı iptal davası açabilir.

27/6/1972 günlü ve 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanununun 7 maddesinde ;

(Askerî Yargıtay Genel Kurulu; Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan, Daire Başkanları ve üyelerin tamamından kurulur.

Genel Kurul, üye tam sayısının beşte dördü ile toplanır) ve 28. maddesinde de :

(Askerî Yargıtay daireleri ile diğer kurulları; oylamaya katılacakların hepsinin hazır bulunması veya kanunla belli edilen çoğunluğun meydana gelmesi ile toplanırlar.)

denilmektedir.

Genel olarak, Kurulların toplanma ve karar yeter sayılarına ilişkin olmak üzere kanunlarda geçen (tam sayı) teriminin ,Kuruldaki fiilî durumu değil, kadro sayısını kapsadığı bilinen bir gerçektir.

Öte yandan 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanununun 2., 3., 4. ve 5. maddelerinde, Askerî Yargıtay'da bir Başkan, bir ikinci başkan, bir Başsavcı, dört daire ve her dairede bir başkan ve yedi üye bulunduğu, dairelerin bir başkan ve dört üyenin katılması ile toplanarak karar ve hüküm

vereceği yazılıdır. Bu maddelerin hiç bir yorumu yer bırakmayacak derecede açık olan hükümlerine göre Askerî Yargıtay'da, kadro olarak dört Daire Başkanı ile yirmisekiz üye bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan şu sonuca varılması zorunludur:

Askerî Yargıtay'da, kadro olarak, 1 Başkan, 1 Başsavcı, 1 İkinci Başkan, 4 Daire Başkanı ve 28 üye bulunduğu ve Genel Kurul bunların (tamamından) kurulu olduğuna göre Genel Kurulun üye tam sayısı 35 dir ve Genel Kurul bu (tam sayının) beşte dördü ile, yani 28 üye ile toplanabilir. Bunun altındaki sayı ile yapılan toplantılar, gerekli toplanma yeter sayısı mevcut olmadığı için, (Genel Kurul) toplantısı ve alınan kararlarda (Genel Kurul kararı) sayılamaz.

Halbuki bu dosyaya konu olan iptal davasının açılmasına karar veren kurulun, 19 Ekim 1972 gününde, 1 Başkan, 1 Başsavcı, 1 İkinci Başkan, 3 Daire Başkanı, 14 üye ile, yani 20 kişi ile toplandığı görülmektedir.

Buna göre kanunda belli edilen toplanma yeter sayısının (ki 28 dir) çok akındaki sayıda toplanmış olan kurulu, Askerî Yargıtay Genel Kurulu olarak kabul etmek ve kararına Genel Kurul Kararı niteliği tanımak caiz olmadığından böyle bir karara dayanarak yapılmış bulunan başvurmayı yetki içinde açılmış bir iptal davası saymak ta mümkün değildir.

Mahkememiz kararının çoğunluk düşüncesine dayanak yapılan, kanunun 23. maddesinin 1. fıkrasındaki hükmün, 7. madde ile açık - seçik bir biçimde belirlenmiş bulunan Genel Kurul toplanma yeter sayısı ile herhangi bir ilgisi yoktur. Öteyandan çoğunluk düşüncesinde yer alan, Genel Kurulun, boş üyeliklere yapılacak seçimleri, Genel Kurul toplanma ve karar yeter sayılarını düşürme sonucunu doğuracak derecelerde bir ayarlama yetkisine sahip olduğu varsayımı da kanuna uygun değildir.

Bu nedenlerle esasın incelenmesine geçilmeden önce başvurmanın reddine karar verilmesi gerektiğinden kararın buna aykırı olan bölümüne karşıyım.

2- 1611 sayılı Kanunun iptali istenen 12. maddesinin 2 sayılı istisna fıkrasının;

a işaretli altbendinde,

Askerî Yargıtay Başsavcı Yardımcılarına, Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısı ile Askerî Yargıtay Başsavcısı ve Askerî Yargıtay Başkanının,

c işaretli altbendinde ise,

Askerî Yargıtay Başsavcı Başyardımcısına, Askerî Yargıtay Baş-savcısı ile Askerî Yargıtay Başkanı ve Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarının.

Subay sicili verecekleri hükmü bulunmaktadır.

Yukarıki kararın çoğunluk düşüncesinde, Askerî Yargıtay Başsavcısının, Başsavcı Yardımcıları ile Başsavcı Başyardımcısına; Başsavcı Başyardımcısının da Başsavcı yardımcılarında subay sicili vermeleri Anayasa'ya uygun bulunmakta, buna karşı Askerî Yargıtay Başkanı ile Millî Savunma Bakanlığı Müsteşarının sözü geçenlere Subay sicili vermelerinin Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Kararda da açıklandığı gibi Askerî savcılar, aslında Askerî hâkim sınıfından olup savcılıkla görevlendirilmişlerdir. Bu bakımdan, (askerlik hizmetlerinin gerekleri) kavramı hakkında yukarıki kararın V-(esasın incelenmesi) bölümünün A fıkrasında açıklanan düşüncelerin asken savcılar için

de aynen geçerli olduğunu kabul etmek zorunludur. Zira Anayasanın değişik 138. maddesinin son fıkrasında yer alan ve kanunla düzenlenecek konularda gözönünde tutulması gereken (mahkemelerin bağımsızlığı, Hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine) ilişkin kurallar, askerî hâkimlerle bunlardan savcılıkla görevlendirilmiş bulunanlar hakkında müşterek ve bir tek metin halindedir. Bu bakımdan kararda öne sürüldüğü gibi, Anayasa'nın bu hükmünde, askeri savcılık görevi yapan askeri hâkimlerle öteki askeri hâkimler arasında (biraz daha değişik bir durumun öngörülmüş bulunduğu) görüşünü, Anayasa'nın pek açık olan hükmü ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Başsavcı Yardımcıları ile Başsavcı Başyardımcısının, Başsavcı adına görev yapmış olmaları da, bunların bağımsızlığına ve hâkimlik teminatına kısıtlama getirilmesini ve gölge düşürülmesini haklı gösteremez.

Bu nedenlerle 1611 sayılı Kanunun 12. maddesinin B bendinin 2 sayılı fıkrasının (a) ve (c) altbentlerinin, Başsavcı Yardımcıları ile Başsavcı Başyardımcısına subay sicili verilmesini öngören hükümleri de Anayasa'ya aykırı olduğundan söz konusu altbentlerin tüm hükümlerinin iptallerine karar verilmelidir.

Kararın konuya ilişkin bölümlerine bu gerekçelerle karşıyım.

Üye

Muhittin Gürün

KARŞI OY YAZISI

Ordu disiplinin sağlanmasında temel unsur olduğu kadar Türk milletinin de şuurunda özel ve mutena bir yeri bulunduğu kuşku caiz olmayan asker kişilere özgü yüksek sıfat ve rütbelerin kazanılması ve korunmasında belli bir sınıf mensupları için kolaylıklar ve bu nitelikte sayılacak ayrıcalıklar getirilmesi, Anayasa'nın temel ilkelerinden olan eşitlik esasına ve 141. maddesinde yer alıp 134. maddenin 1488 sayılı Kanunla değiştirilmesi gerekçesinde askerî hâkimler yönünden de gözden ırak tutulmaması önerilen, askerlik hizmetlerinin gereklerine ters düşer.

Üye

Nihat O.
Akçakayalıoğlu