

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas Sayısı : 1992/40**  
**Karar Sayısı : 1992/55**  
**Karar Günü : 31.12.1992**  
**R.G. Tarih-Sayı :24.04.1993-21561**

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi

TİRAZIN KONUSU : 11.7.1975 günlü, 15292 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 926 sayılı TSK. Personel Kanunu'nun, 29.5.1988 gün ve 3475 sayılı Kanunla değişik 3.maddesinin t, u, ü ve v bentleri, 38.maddesinin 2. fıkrasının a bendi ile aynı bendin 1 numaralı alt bendi ve 39. maddesinin ve 44. maddenin c bendi ile son fıkrasının Anayasa'nın 2, 5, 10, 128/2. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istemidir.

I- OLAY :

P.Kd.Binb. G. E. tarafından 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 38. maddesinin rütbe terfii şartlarına 3475 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının (a/l= bendiyle getirilen "Baraj" uygulanması ve 39. maddesini yeniden düzenleyen 4. maddesiyle konulan "Terfide baraj" sistemi nedeniyle, üçüncü kez bir üst rütbeye terfi ettirilmemesi işleminin iptali istemiyle davanın görülmesi sırasında, Anayasa'ya aykırılık iddiası mahkemece ciddi bulunarak konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine karar verilmiştir.

III- YASA METİNLERİ :

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları :

27.7.1967 günlü ve 926 sayılı TSK. Personel Yasası'nın bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bu Yasa'ya ek geçici maddeler eklenmesine dair 3475 sayılı Yasa'nın Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen maddeleri şöyledir :

1- "Madde 1.- 926 sayılı Kanunun değişik 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (p) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve bu fıkraya (ş), (t), (u), (ü) ve (v) bentleri eklenmiştir.

"III. Tarifler:

Madde 3- Bu kanunda yer alan bazı kavramların anlamları aşağıda gösterilmiştir:

.....

t) Terfide baraj sistemi : Terfi şartlarını haiz yüzbaşı, binbaşı ve yarbaylar ile kıdemli üstçavuşlardan, sınıflarındaki yeterlik derecelerine ve bu kanundaki esaslara gör her yıl belirlenecek oranda barajı aşanların bir üst rütbeye yükselmelerini düzenleyen bir sistemdir.

u) Baraj yüzde oranı : Terfide baraj sisteminin uygulanacağı subay ve astsubay rütbelerinde, bir üst rütbeye yükseltilmeyecek olan subay ve astsubay miktarını belirlemek üzere her yıl ve her rütbe için Yüksek Askeri Şura'ca tesbit edilecek orandır.

ü) Baraj : Rütbe ve sınıflara göre, yetersizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulacak subay ve astsubay sayısı çıkarıldıktan sonra, geriye kalan personel sayısının, baraj yüzdesi oranıyla çarpımından elde edilen miktardır.

v) Baraj uygulanmayacak sicil notu ortalaması :

1. Mevcudu bir kişi olan sınıflardaki bir subay veya astsubayın,

2. Barajın : (1)'den küçük bir rakam çıkması ve Yüksek Askeri Şura'ca (1) olarak uygulanmasına karar verilmesi halinde baraj içinde kalacak subay veya astsubayın,

Terfi etmesine yeterli olacak nottur."

2- "Madde 3.- 926 sayılı Kanunun 38 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

1- Rütbe terfi şartları ve esasları :

Madde 38.- Rütbe terfi şartları aşağıda gösterilmiştir.

.....

Birinci fıkrada belirtilen şartları haiz olan subayların terfileri aşağıdaki esaslara göre yapılır.

a) Yükselme sırasına girmiş bulunan teğmen-yarbayların, o rütbedeki sicil notu ortalamaları tespit edilir ve sınıfları içerisinde (kurmay subaylar kendi sınıflarında) yeterlik derecesine göre sıralanırlar. Bilahare bu sıralama esas alınmak suretiyle;

1. Baraj uygulanan rütbelerde teğmen-binbaşılar için sicil notu ortalaması, sicil tam notunun % 60 ve daha yukarısı, yarbaylar için % 70 ve daha yukarısı olanlardan; sınıfının yeterlik derecesi sıralamasına göre barajın dışında kalanlar ile durumları 3 üncü maddenin birinci fıkrasının (v) bendi hükmüne uyanlardan baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasına eşit ve daha yukarı not almış bulunanlar."

3- "Madde 4.- 926 sayılı Kanunun 7.7.1971 tarihli ve 1424 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış olan 39 uncu maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

II- Terfide baraj :

Madde 39- Subayların binbaşı, yarbay ve albay rütbelerine terfiinde kadro durumu, personel mevcudu ve birikim dikkate alınarak aşağıdaki esaslar dahilinde baraj sistemi uygulanır.

a) Yüksek Askeri Şura her yıl; rütbelere baraj yüzde oranlarını, baraj olarak uygulanacak rakam kesirli çıktığı takdirde, bunun bir alt tam rakama indirilmesini veya bir üst rakama çıkarılmasını ve baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasını kararlaştırır.

b) Her yıl, 3 üncü maddenin birinci fıkrasının (ü) bendinde belirtilen esaslar dahilinde baraj tespit edilir.

c) Kurmay subaylar kendi sınıfları içerisinde değerlendirilirler.

d) Her rütbe ve sınıfta, baraj içinde kalacak subayların belirlenmesi için 50 nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendi hükmüne göre esasen yetersizlik nedeniyle ayırma işlemine tabi olacaklar sınıflarının yeterlik derecesi sıra lamasından çıkarılırlar. Baraj bu işlemten sonra sıralamada yeterlik derecesi en düşük olan subaydan itibaren uygulanır."

4- "Madde 5.- 926 sayılı Kanunun değişik 44 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 44.- Rütbe terfi edemeyen subaylardan:

.....

c) Baraj uygulanan rütbelerde baraj nedeniyle terfi edemeyenler.

.....

(Son fıkrası) aynı rütbede toplam 4 defa değerlendirmeden sonra da baraj uygulaması sebebiyle terfi edemeyenler bir daha terfi işlemine tabi tutulmazlar. Bunlar buldukları rütbenin yaş haddine kadar aynı rütbede hizmete devam ettirililer."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları :

1. "MADDE 2.- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

2. "MADDE 5.- Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

3. "MADDE 10.- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmelidirler."

4. "MADDE 128/2.- Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir."

**IV- İLK İNCELEME :**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Yekta Güngör ÖZDEN, Güven DİNÇER, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Servet TÜZÜN, Oğuz AKDOĞANLI, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Samia AKBULUT, Haşim KILIÇ ve Yalçın ACARGÜN'ün katılmalarıyla 8.9.1992 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında "dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine" sınırlama sorununun esas inceleme evresinde ele alınmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

**V- ESASIN İNCELENMESİ :**

İşin esasına ilişkin rapor, Mahkemenin başvuru kararı, karşıoy yazısı ve öteki kağıtlar, iptali istenilen yasa hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları okunduktan sonra, gereği görüşülüp düşünüldü:

**VI- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu :**

**1. Anayasa'nın 128. Maddesi Yönünden İnceleme :**

Mahkeme, itiraz başvurusunda bu konuda aynen:

"Anayasa'nın bu maddesi, değindiği hususlarda memurlar ile kamu görevlileri yönünden kanunilik ilkesini benimsemiştir.

Bir subayın üst rütbeye terfi olayı hak kavramı dışında tutulamaz. Anayasa kuralı memurlar ile kamu görevlilerinin ...hakları...nın kanunla düzenleneceği ilkesini öngörmüştür. Madde memurların ajanı durumunda buldukları idare karşısında (en azından sayılan hususlarda) korunmalarını ve onlara güvence sağlamayı hedeflemiştir.

3475 sayılı Kanunda baraj uygulanacak rütbeler yönünden bir alt sınır getirmeksizin, baraj yüzde oranı ile baraj uygulanmayacak sicil notunu saptama yetkisini, doğrudan idari makam durumunda olan Yüksek Askeri Şura'nın takdirine bırakması, Anayasa'nın buyurucu nitelikli 128/2. maddesi ile bağdaştırılamaz. Oysa Anayasa'nın hükmü gereği getirilecek terfi koşullarının kanunda bizatihi düzenlenmesi gerekmektedir. İdari otoritenin belirleyeceği koşulların önceden bilinir olması, ilgililerin terfi gibi önemli olan bir konuda idari bir makamın belirleyeceği koşullara tabi kılınması, sınıf mevcutlarına göre statü hukukunda yer almayan tesadüfî unsurlara yer verilmiş bulunması objektif, genel belirgin ölçütler getirecek kanunun güvencesinden yoksun bırakması, sözü edilen Anayasa maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine aykırı düştüğü kanısına varılmıştır." demektedir.

Subay sicil yönetmeliğinin 4. maddesinde;

"Sicil üstleri emri altındakiler hakkında sicil düzenlerken; üstlük ve komutanlığın en önemli olan özel yetkilerinden birini kullanırlar, sicil üstleri bu görevin önemini gözönünde tutarak, emri altındakiler hakkında sicil düzenlerken sicil belgesindeki niteliklere tam bir tarafsızlık, adalet ve vicdani kanaatle not takdir etmelidir. Aksi hal ehliyetli ve liyakatli olmayanların, layık olmadıkları rütbe ve makamlara yükselmelerine, dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinin yetenekten yoksun kişilerin elinde görevini yapamaz duruma düşmesine neden olabilir.

Sicil üstleri, hakkında sicil düzenleyecekleri subay ve astsubayları iyi tanımak zorundadırlar. Bu nedenle, haklarında sicil düzenleneceklerin, günlük eğitim ve çalışmalarını, tavır ve hareketlerini, disiplin ve itaatini, sicil belgesinde yazılı öteki hususları aralıksız izleyerek; yapacakları haberli ve habersiz denetlemeler, yazılı ve sözlü sınavlar, verecekleri özel görevler ile çeşitli tatbikat ve manevralardaki tutum ve durumu ile de yeterlik ve yetenekleri hakkında tam bir kanaat edinmeye çalışırlar. Maiyetini çok kısa zamanda gerçek durumu ile tanıyabilme ve onun yeteneklerini ölçebilme imkanına sahip olan komutan veya amirin, iyi bir lider olduğu şüphe götürmez bir gerçektir. Sicil üstleri düzenledikleri sicillerdeki isabet derecesine göre kendileri hakkında da hüküm verileceğini gözden uzak tutmamalıdırlar." düzenlemesi yer almış bulunmaktadır.

Bu düzenlemeye göre sicil üstleri, emri altındakiler için, belirtilen hususlara uymak koşuluyla tam bir tarafsızlık ve adalet içinde ve vicdani kanaatle sicil notu vermek durumundadırlar.

Sicil belgeleri (Sicil defterleri dahil) personelin yeteneklerini görevdeki başarı derecelerini saptamaya ve yüksek seviyedeki görevleri yapacak yetenekte olanları meydana çıkarmaya ve bu suretle Silahlı Kuvvetlerin Komuta zincirini düzenlemeye yarar. Bu durumda verilen sicillerin doğru ve gerçeğin bir karinesi sayılması gerekir.

29.9.1988 günlü ve 3475 sayılı Yasayla yapılan düzenlemeye uygun olarak 1989 yılında personel terfi sisteminde yeni bir uygulama yürürlüğe konulmuştur. Rütbe terfiinde baraj olarak isimlendirilen bu sistemin amacı; personeli daha fazla çalışmaya ve daha başarılı olmaya teşvik edebilmek ve her rütbede sağlıklı bir birikim sağlayabilmektir.

926 sayılı T.S.K. Personel Kanunu'nun 3475 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle yeniden düzenlenen 39. maddesinde; subayların, binbaşı yarbay, albay rütbelerine, 86. maddesinde, astsubayların başçavuşluk rütbesine yükselmelerindeki kadro, personel mevcudu ve birikimi dikkate alınarak baraj sisteminin uygulanacağı belirtilmektedir.

Sistemin işleyebilmesi için mevcut yasa hükümlerine göre, Yüksek Askeri Şura her yıl;

- Rütbelere göre uygulanacak baraj yüzde oranlarını,
- Baraj olarak uygulanacak rakamın küsuratlı çıkması halinde küsuratın alt tama veya üst tama iblağını,
- Baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasını,

Saptayacaktır.

Yasa'ya göre; terfide baraj sistemi, terfi koşullarını taşıyan yüzbaşı, binbaşı ve yarbaylar ile kıdemli üst çavuşlardan, sınıflarındaki yeterlik derecelerine ve Personel Kanunundaki esaslara göre her yıl belirlenecek oranda barajı aşanların bir üst rütbeye yükselmelerine olanak sağlayan bir düzenlemedir.

Barajda yüzde oranı, terfide baraj sisteminin uygulanacağı subay ve astsubay rütbelerinde, bir üst rütbeye yükselecek olan subay ve astsubay miktarını belirlemek üzere her yıl ve her rütbe için Yüksek Askeri Şura'ca saptanacak orandır.

Mevcudu bir kişi olan sınıflardaki bir subay veya astsubay ile barajın; (1)'den küçük bir rakam çıkması ve Yüksek Askeri Şura'ca (1) olarak uygulanmasına karar verilmesi durumlarında terfiler baraj uygulanmayarak sicil notu ortalamasına göre yapılır.

İptali istenen kuralların yer aldığı Yasanın genel gerekçesinde "...hali hazırda subay ve astsubay mevcudu kadro ihtiyacının çok altında olup hemen hemen tüm rütbelerde kadro açığı bulunmaktadır. Diğer yandan sicil üstlerince verilen sicil notlarının sicil müessesesinin tabiatı icabı subjektif ölçüler içinde tayin edilmesi genellikle subay ve astsubayların sicil notu ortalamalarının terfi için öngörülen limitlerin altına düşmemesine yol açmaktadır. Hal bu olunca bir subay ve astsubayın terfiine etkili olabilecek bu iki önemli etkenin fonksiyonu kalmamakta ve rütbe bekleme süresini dolduran personel bir anlamda otomatik olarak bir üst rütbeye terfi etmektedir. Sözü edilen bu durumun nasıl olsa terfi edeceğim düşüncesinin yerleşmesine yol açması ve dolayısıyla çok az sayıda bile olsa bazı personeli yenilikleri takip etme, bilgilerini artırma ve kendilerini yetiştirme konusunda gerekli duyarlılık ve gayreti göstermekten kaçınmaya sevk etmesi muhtemeldir. Bu nedenle yukarıda temas olunan mahzuru gidermek ve bu doğrultuda personeli çalışmaya teşvik ederek bilgili ve yetenekli subay ve astsubaylar yetiştirmek amacıyla rütbe terfi senelerinde sicil belgelerinde yer alan bazı niteliklerin sınav yapılmak suretiyle değerlendirilmesi ve ayrıca yeterlilik derecesi itibarıyla yapılacak sıralamada alt basamaklarda kalan subay ve astsubayların Yüksek Askeri Şura'ca belirlenecek oranlar dahilinde bir üst rütbeye terfilerini önleyecek bir sistem getirmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir." denilmektedir.

Gerekçede de belirtildiği gibi eski sistemin eleştirilebilecek kimi yönleri vardır. Değişik sicil amirlerinin kimi zaman subjektif kanaatlerine dayanan sicil notlarının, tek elden çıkmış notlar gibi eşit ağırlıklı ve her zaman gerçeği yansıtan notlar olarak kabulüne olanak yoktur. Bu sistemde, sicil notlarına göre yapılacak bir sıralamada orta nitelikli bir kimsenin iyinin önüne veya iyi nitelikli bir kimsenin de pek iyinin önüne geçmesi ihtimal dışı değildir.

Bu gerekçe, iptali istenen yasa kuralından önce görülen sicil sisteminin objektif ölçülere dayanmasının, personelin olumsuz yönlerini saptamaya, dolayısıyla geleceğin potansiyel riskini önleyme elverişli olmadığını, bu nedenle yeni düzenlemelerle ek tedbirlerin alınması yoluna gidilmesinin zorunlu olduğunu göstermektedir.

Subay ve astsubay, hukuksal durumları bakımından "Devletin asli ve sürekli" görevlerini genel idare esaslarına göre yürüten kamu görevlileridirler. Anayasanın Kamu hizmetine girerken, hizmete devam ederken ve yükselirken, hukuken gerekli ve geçerli bir tek ölçütü vardır. Bu da Anayasa'nın 70. maddesine göre görevin gerektirdiği özel koşulların ve niteliklerinin taşınmasıdır. Başka bir anlatımla, genelde rütbenin, özelde görevin yerine getirilmesi için gereken, genel ve özel yetenek ve yeterliğe, (liyakata) sahip bulunulmasıdır. Bunların neler olacağı, her görevin özelliğine, göre farklılıklar gösterebilir.

Kamu personelinin yükselmelerinde amirlerin subjektif takdirlerinin olabildiğince azaltılması ve objektif ölçütlere bağlanması, gereklidir. Ancak, yükselmede, amirin değerlendirmesinden tamamen vazgeçilmesi olanağı da yoktur. Amirin takdiri, özellik- le askerlikte astının üzerinde nüfuzunu temin eden çok önemli etkenlerden biridir.

Mesleki bilgi üst rütbeye yükselmede tek başına yeterli değildir. Genel ve özel bilgisi yeterli olan bir kimse, her zaman iyi karakter sahibi olmayabilir. Bu nedenle, personelin bilgisini, karakterini, yeteneğini, zekasını, karar kudretini ve bunlara benzer daha birçok özelliklerini yükselmelerinde gözönünde bulundurmak gerekir. Bütün bu özellikleri en iyi

bilecek kimseler personel ile beraber görev ilişkisi içinde bulunan üst ve amirler olduğuna göre, yükselme işlemlerinde de üst ve amirlerin etkisi herhalde gerekli ve hatta kaçınılmazdır.

Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeterki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri gözönünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin.

3475 sayılı Yasa'nın 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 39. maddesini yeniden düzenleyen 4. maddesine göre, Yüksek Askeri Şura, yüzde oranının tesbitinde "subayların binbaşı, yarbay ve albay rütbelere terfiinde kadroyu, personel mevcudunu ve birikimi" dikkate alacaktır.

3475 sayılı Yasa terfide baraj "rütbe ve sınıflara göre personel sayısının baraj yüzdesi oranıyla çarpımından elde edilen miktar" biçiminde tanımlanmıştır. Buna göre baraj uygulanacak rütbelere, teğmenden binbaşıya kadar sicil not ortalaması, sicil tam notunun % 60 ve daha yukarısı, yarbaylar için % 70 ve daha yukarısı olanlardan sınıfının yeterlik derecesi ve sıralamasına göre Yüksek Askeri Şura her yıl; rütbelere göre takdir edeceği baraj yüzdesini belirleyebilecektir. Böylece Yasa'da, baraj uygulanacak rütbelere için rakamsal olarak herhangi bir alt sınır öngörülmemiştir. Bu düzenlemeye göre, bir varsayım da olsa, o yıl baraj uygulanacak rütbelere, terfi edeceklerin tümü, sicil tam notunun % 95 ve daha yukarısını almış, üstün başarılı kimseler olsa bile, yine de bir kısmı baraj nedeniyle terfi olanağı bulamayacak demektir.

Bir Hukuk devletinde, hak ve özgürlüklerin kullanılması, amirlerin ve yöneticilerin takdirlerine bırakılmaz. Hak ve özgürlüklerin kurumsal güvencelere bağlanması zorunludur. Aksi halde kendisinin kaderine egemen durumundaki güç sahiplerine karşı hukuki güvenlikten yoksun kimse, görevinin gereğini değil, bunun tam tersini yapması mümkündür. Bu durumu dikkate alan Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." diyen hükmüyle personel statüsünün temel ilkelerinin tüzük, yönetmelik, idari karar ve işlemlerle düzenlenemeyeceğini, statünün yasal bir yapı olduğunu, personelin, idareye karşı yasal koruma altında bulunduğunu belirlemiştir.

Oysa, Yasa'da her yıl rütbelere göre terfide baraj yüzde oranlarını saptama yetkisi Yüksek Askeri Şuraya verilmiştir.

Yasa'ya göre Yüksek Askeri Şura, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yükselmelerle ilgili esasları belirleyen ve değerlendirmeleri yapan en yetkili kuruldur. Yüksek Askeri Şura'ca, ancak Yasa'nın öngördüğü sınırlar içinde baraj sisteminin uygulanmasıyla ilgili objektif ölçülerin her yıl belirlenmesi mümkündür. Ancak, bu konudaki belirlemelere ve uygulamalara temel olacak ilkelerin Anayasa'nın 128. maddesine göre yasayla düzenlenmesi gereklidir. Bu konuda Yasa'nın temel ilkelerinin belirlenmeyerek bunların düzenlenmesinin tümünün Yüksek Askeri Şura'ya bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

## 2- Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden İnceleme :

Mahkeme itiraz gerekçesinde; 3475 sayılı Yasa'yla getirilen ve bünyesinde "terfide baraj uygulanmasının sonuçlarına ilişkin örnekler" başlığı altında verilen olgulara neden olan terfide

baraj sistemi ile ilgili kuralların adil olduğunu söylemenin ve bunu Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "adalet anlayışı" ile bağdaştırmanın mümkün olamayacağını ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallıdır. Anayasa'nın Başlangıcındaki ilkelere ve 2. maddesindeki kurallara göre "Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk Devleti"dir. Hukuk Devleti, Devletin bütün organlarının, özellikle yasama ve yürütme organlarının işlemlerinde hukuka bağlı kalma ilkesinin benimsendiği bir devlettir. Hukuk devleti ilkesi ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü, aynı zamanda demokrasinin ve uygarlığın da temel ölçüleridir. Bu ölçütlerin, ister yasamaya ilişkin bulunsun ister yönetsel olsun, tüm işlemlerde gözönünde tutulması, demokratik rejimin özünden kaynaklanan bir yükümlülüktür.

2. maddeye göre "...adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı" olunması da Cumhuriyet'in niteliklerindedir. Adalet, hak ve hukuku gözeterek insancıl duyguları rahatlatan soyut ve evrensel bir kavramdır.

Yasa koyucunun; önemli bir toplumsal işlevi yerine getirecek kimselerde bazı koşullar araması, bu arada, en önemli kamusal hizmetlerden biri olan askeri hizmetlerin kusursuz ve güvenilir bir düzen içinde yürütülebilmesini gerçekleştirmek için değişik yolların seçimini kendi tercihiyle belirlemesi görevi gereğidir. Ancak 3475 sayılı Yasa'yla getirilen terfiye baraj sisteminde sicil notu ortalamasında en azından alt limitinin yasayla düzenlenmesi gerekirken yönetsel takdire bırakılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamakta ve bu nedenle düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşmektedir.

### 3- Anayasa'nın 5. Maddesi Yönünden İnceleme :

Mahkeme; 3475 sayılı Yasa hükümlerini Anayasa'nın 5. maddesinde öngörülen devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış bulunan ... " insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak ilkesine" de aykırı, bularak dava konusu kuralların bu yönden de iptalini istemiştir.

Anayasa'nın 5. maddesinin konuyla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira, maddede yer alan ilkeler, Devletin güdeceği temel amaç ve görevlerini saptayan geniş anlamda kavramlardır. Ülkenin bölünmezliğini, Milletin bağımsızlığını, Cumhuriyetin ve demokrasinin korunmasını, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesini sağlayacak ortamı hazırlamayı esas almıştır.

### 4- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme :

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, itiraz kararında aynen:

"3475 sayılı Yasayla getirilen terfiye baraj sistemine ilişkin hükümler Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Yasa önünde eşitlik demek, benzer durumda olan kişilerin aynı hukuk kurallarına tabi tutulmaları demektir. Bir kısım subayların (örneğin yükselme sırasında bulunan binbaşılardan) 85-90 sicil notuna karşın terfi edememeleri, ancak aynı sınıfta olup bir önceki ya da sonraki yılda, hatta aynı yılda sınıf mevcudu farklılığından kaynaklanan bir nedenle, çok daha



düşük bir sicil notu ortalamasıyla terfi etmelerine olanak sağlayan bir yasal düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun düştüğü söylenemez.

Bir kuvvete mensup piyade sınıfı binbaşılardan yüksek sicil notu ortalaması ile baraj içinde kalması yüzünden terfi edemeyenler mevcutken sicil belgelerinde aynı niteliklerle değerlendirilen aynı kuvvet ve aynı sınıfta bir subayın daha düşük bir sicil ortalamasıyla (makam, sorumluluk ve yetkileri yönünden üst rütbeye terfide yeterliliğinin daha da üst düzeyde gerçekleşmesi gerekirken) terfiine olanak sağlayan sistemin Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırı düştüğü değerlendirilmektedir.

Bu durum aynı sınıf ve rütbedeki değişik kuvvetlere mensup personel içinde söz konusudur." görüşlerine yer vermiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin herkesin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında birinci fıkradaki hükmü de açıklığa kavuşturacak biçimde, hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınamayacağı kuralı getirilmiştir.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturur. Yasa önünde eşitlik bu temelde vazgeçilmesi olanağı bulunmayan bir ilkedir. Böyle bir ilke her türlü ayrıcalığı reddeder. Eşitlik ilkesi, demokratik rejimde en önemli ilkelerden biridir. Çünkü gerçek demokrasilerde ikinci sınıf vatandaş olamaz.

Yasa önünde eşitlik ilkesi Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararlarında belirtildiği gibi, tüm yurttaşların mutlaka her yönden her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu getirmez. Aynı hukuksal durumda bulunanların aynı kurallara bağlı tutulması eşitlik ilkesinin gereğidir. Herhangi bir kamu yararına ya da haklı bir nedene dayanılması durumunda, bu gibilere uygulanacak kurallar arasındaki ayırım, eşitlik ilkesine aykırı düşmez. Ancak, itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında da belirtildiği üzere, bir kuvvete mensup görevi ve rütbesi aynı olan subaylardan, daha yüksek sicil notu ortalaması ile baraj içinde kalması nedeniyle terfi edemeyenler olabildiği halde, sicil belgelerinde aynı niteliklere göre değerlendirilen diğer kuvvete mensup subayların daha düşük sicil notu ortalamasıyla terfi mümkün olabilmektedir. Hiçbir haklı nedene dayanmayan bu düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı düşmekte ve dolayısıyla bu yönden de iptali gerekmektedir.

Mustafa ŞAHİN, Ahmet N. SEZER ve Mustafa BUMİN bu görüşe katılmamışlardır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu 3475 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 926 sayılı Yasa'nın 3. maddesine eklenen (t) ve (u) bentlerinin 3. maddesiyle getirilen ve 38. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 1 numaralı alt bendinde yer alan "baraj uygulanan rütbelerde ... baraj dışında kalanlar ..." ibaresinin, 39. maddesini yeniden düzenleyen 4. maddesinin (a) bendinde yer alan "... ve baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasını kararlaştırır ..." ibaresi dışında kalan tüm hükümlerinin, 44. maddesinde değişiklik yapan 5. maddesinin (c) bendinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptaline, bu iptal karşısında uygulanma olanağı kalmayan ilgili diğer hükümlerinin de 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iptaline karar verilmelidir.

VII- SONUÇ :

**Esas Sayısı : 1992/40**  
**Karar Sayısı : 1992/55**

27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 29.9.1988 günlü, 3475 sayılı Yasa ile değişik;

A- 3. maddesinin;

a. (t) ve (u) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b. (ü) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal iste minin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

c. (v) bendinin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural olmadığından başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle iptal iste minin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 38. maddesinin;

a. İkinci fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b. 38. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 1 numaralı alt bendinde yer alan "Baraj uygulanan rütbelerde teğmen-binbaşlıklar için sicil notu ortalaması, sicil tam notunun % 60 ve daha yukarısı, yarbaylar için % 70 ve daha yukarısı olanlardan; sınıfının yeterlik derecesi sıralamasına göre barajın dışında kalanlar ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 39. maddesinin, maddenin (a) bendinde yer alan "... ve baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasını kararlaştırır." ibaresi dışındaki hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 44. maddesinin;

a. (c) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b. Son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- a) 3. maddesinin (ü) ve (v) bentlerinin,

b) 38. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 1 numaralı alt bendinde yer alan "... ile durumları 3 üncü maddenin birinci fıkrasının (v) bendi hükmüne uyanlardan baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasına eşit ve daha yukarı not almış bulunanlar," ibaresinin,

c) 38. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 2 numaralı alt bendinin sonunda yer alan "Baraj sisteminin uygulanması 39 uncu maddede tesbit edilen esaslara göre yapılır." tümcesinin,

d) 39. maddesinin (a) bendindeki "... ve baraj uygulanmayacak sicil notu ortalamasını kararlaştırır." ibaresinin,

e) 44. maddesinin son fıkrasının,

**Esas Sayısı : 1992/40**  
**Karar Sayısı : 1992/55**

f) 45. maddesinin (g) bendinde yer alan "... ve terfide baraj ..." ibaresinin,

g) 85. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 1 numaralı alt bendinin,

h) 85. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 2 numaralı alt bendinde yer alan "Baraj sisteminin uygulanması 86 ncı maddede tespit edilen esaslara göre yapılır." tümcesinin,

ı) 86. maddesinin,

k) 92. maddesinin (c) bendinde yer alan "Baraj uygulanan rütbelerde baraj sebebiyle terfi edemeyenler," ibaresi ile maddenin son fıkrasının,

l) 93. maddesinin (f) bendinde yer alan "... ve terfide baraj ..." ibaresinin,

İptal edilen kurallar nedeniyle uygulanmalarına olanak kalmadığından 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesi gereğince İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE;

31.12.1992 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Yekta Güngör ÖZDEN	Güven DİNÇER	Yılmaz ALİEFENDİOĞLU
Üye	Üye	Üye
Servet TÜZÜN	Mustafa ŞAHİN	İhsan PEKEL
Üye	Üye	Üye
Selçuk TÜZÜN	Ahmet N. SEZER	Haşim KILIÇ
Üye		Üye
Yalçın ACARGÜN		Mustafa BUMİN

## KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1992/40

Karar Sayısı: 1992/55

Aslında eşit olmayan şeylerin, eşitsizlikleri nisbetinde farklı işleme tabi tutulmaları eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Açık bir şekilde keyfi olmamak ve yetki sınırını aşmamak kayıt ve şartıyla, yasama organının farklı şeyleri, farkları oranında kurallara bağlamaya yetkisi vardır. Bu nedenle, yasama organının çözüm biçimi herhangi bir şekilde eşitlik ilkesiyle bağdaşabiliyorsa, Mahkeme, başka bir çözüm şeklinin daha doğru, daha makul olacağı veya eşitlik ilkesiyle daha iyi bağdaşabileceği içtihadında bulunma yetkisine sahip değildir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, dil, ırk, din, cinsiyet siyasi düşünce felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı üzerine kurulu bir hukuk sistemi yaratılmasına engeldir. Belirli bir düzenlemede haklı nedenlere dayalı çeşitli hükümler konulmasına engel değildir. Başka bir anlatımla, bir yasanın Anayasa'nın 10. maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayrımlar yapması ve hükümlerinde bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 10. maddede sayılan özelliklerin herhangi birisine dayanılarak yapılmış bir ayırım olmadıkça eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Aksine, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülenler dışında kalan ayrı şartların ve niteliklerin ayrı kuralları gerektirmesi doğaldır.

Türk Silahlı Kuvvetlerinde, hatta, kara, deniz, hava kuvvetlerinden her birinin basamak ve düzeni içinde kendine özgü teknik, sosyal ve yönetsel yapısı, geleneksel dayanakları vardır. Onun için konuların, bu kurumların yapısal özelliklerinden kaynaklanan güçlükler ve sorunlarla birlikte ele alınması ve ona göre düzenleme yapılması kaçınılmazdır.

Kuvvetlerin yapı ve personel sayısından ileri gelen kimi farklılıkların haklı nedeni açıktır. Bu sebeple sistemin özde eşitlik ilkesine aykırı düşen bir yönü yoktur.

Açıklanan nedenlerle iptali istenilen yasayı, Anayasa'nın 10. maddesine de aykırı bulan çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Mustafa ŞAHİN

Üye

Mustafa BUMİN