

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Karar Günü : 14.12.1995

R.G. Tarih-Sayı :29.07.1997-23064

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet (Anavatan) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu Adına Grup Başkanı A. Mesut YILMAZ.

İPTAL DAVASININ KONUSU : 9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasındaki "...Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz..." sözcüklerinin; 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkrasının; 3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün, 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8., 9., 10. ve 11. maddelerinin ve 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve 3. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11., 138. ve 153. maddelerine aykırı olduğu savı ile iptali ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı Yasa ile değiştirilen ve geçici maddeler eklenen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın iptali istenilen sözcüklerini içeren kimi maddeleri ile 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve 3. maddeleri şöyledir :

1- "MADDE 32.- ...

b) Hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak,

Meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (Master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için sekiz yıllık meslek kıdemi, birinci sınıfa ayrılmada yeterli sayılır."

2- "MADDE 39.- ...

b) Mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli olarak çalışan, mesleğe kabulde aranan şartlara sahip olup yeterlik sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibariyle kırk yaşını bitirmemiş olan avukatlardan; Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacak mülakatta başarı gösteren avukatlar arasından avukatlıkta geçen süresinin tamamı fiilen meslekte geçmiş gibi sayılarak ve görevin gerektirdiği yasal koşulları göz önünde bulundurularak girebilecekleri sınıf ve derecedeki adli ve idari yargı hakimlik ve savcılık mesleğine kabullerine,

Karar verilebilir.

Avukatlık mesleğinden atanacaklar için yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esasları yönetmelikle gösterilir.

Bu Kanunun 9 ve 40 ıncı maddelerinin ikinci fıkralarına ve bu maddeye göre avukatlıkta geçen sürenin tamamı ile bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ve 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre doçentlik veya profesörlükle geçirilen sürelerin tamamı birinci sınıfa ayrılma ve her türlü yükselmeye nazara alınır. Ancak bu madde ile 40. maddenin ikinci fıkrasına göre avukatlıktan mesleğe atananlar, atandıkları tarihte 32 nci maddede yazılı koşulları haiz olsalar bile, bunların birinci sınıfa ayrılabilimleri için atandıkları tarihten itibaren bir terfi dönemi fiilen meslekte çalışmaları zorunludur."

3- "MADDE 9.- ...

Yukarıdaki maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına, daha önce başka görevlerde kadro, maaş ve derece yönünden iktisap etmiş oldukları haklar nazara alınmak suretiyle lisans, master ve doktora öğrenim durumlarına göre Devlet memuriyetine giriş derece ve kademesiyle veya bu derecelerden aşağı olmamak şartıyla müktesep olarak almış oldukları derece ve kademeye adaylığa atanırlar. Bu atamada, daha önce serbest avukatlık yapmış olanların avukatlıkta geçen sürelerinin tamamı değerlendirilir. Bu sıraya göre ihtiyaç sayısınca atananların dışında kalanlar bir hak iddia edemezler..."

4- "GEÇİCİ MADDE 8- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 9, 39 ve 40 ıncı maddelerine göre hâkimlik ve savcılık mesleğine girmiş bulunanlar hakkında da 39 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır.

Bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hâkim ve savcıların birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 39 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre düzeltilir."

5- "GEÇİCİ MADDE 9- Halen görevde bulunan hakim ve savcılar hakkında da 32 nci maddenin değişik birinci ve ikinci fıkrası hükümleri uygulanır.

Bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hâkim ve savcılar ile meslekte fiilen on yılını dolduran ve birinci sınıf incelemesine tabi tutulacak hâkim ve savcıların bu tarihten geçerli olmak üzere birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 32 nci maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmüne göre düzeltilir."

6- "GEÇİCİ MADDE 10- Kendi Kanunlarında değişiklik yapıncaya kadar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce mesleğe girmiş ve halen görevde bulunan askerî hâkimler, 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanununun 15 inci maddesinde belirtilen diğer koşulları taşımak kaydıyla askerî hâkimlik mesleğinde 10 hizmet yılını doldurdukları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askerî hakimliğe geçirilirler. Daha önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri; birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilir.

24 Mayıs 1989 tarihinden önce mesleğe girmiş ve halen görevde olan askerî hâkimler, 357 sayılı Kanunun 15 inci maddesindeki süre kaydına bakılmaksızın bu Kanundaki diğer koşulları taşımak kaydıyla, binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askerî hakimliğe geçirilirler. Daha önceki tarihler itibariyle bu şartları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri, birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilir."

7- "GEÇİCİ MADDE 11- Geçici 8, 9 ve 10 uncu maddelere göre birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenler ile birinci sınıfa ayrılma tarihleri düzeltilenler, geçmişe yönelik olarak malî hak isteminde bulunamazlar."

8- "GEÇİCİ MADDE 1- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde başvurma kaydıyla, başvuru tarihinde ellibeş yaşını bitirmemiş olan avukatlar arasından 2802 sayılı Kanunun 39. maddesindeki esas ve usule göre atama yapılabilir."

9- "GEÇİCİ MADDE 3- Bu Kanunda öngörülen yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkartılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal gerekçesinde dayanılan Anayasa kuralları şunlardır :

1- Başlangıç'ın ilgili paragrafları :

"Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmağa yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;"

"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;"

2- "MADDE 10.- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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 etmek zorundadırlar."

3- "MADDE 11.- Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."

4- "MADDE 138.- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

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

Görölmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde 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 hiçbir suretle değıştirmek ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

5- "MADDE 153.- Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceğı tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiğı durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."

C- İlgili Anayasa Kuralları

İlgili Anayasa kuralları şunlardır :

1- "MADDE 139.- Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğcr özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğı kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır."

2- "MADDE 140.- Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütölür.

Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hakimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimler ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar."

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü uyarınca Yekta Güngör ÖZDEN, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Haşım KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Ali HÜNER ve Lütfi F. TUNCEL'in katılmalarıyla 30.5.1995 günü yapılan toplantıda, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğün durdurulması konusunda ek rapor hazırlamak üzere raportöre süre verilmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI

Yasa'nın uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için esas hakkında verilecek kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar 4087 sayılı Yasa'yla değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının, 9. maddesinin ikinci ve 40. maddesinin ikinci fıkralarında yapılan değişikliğin, geçici 8. maddenin, geçici 10. maddenin ikinci fıkrasının, 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin yürürlüğünün durdurulmasına 7.6.1995 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, iptali istenilen yasa kurallarıyla dayanan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri, öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

A- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Davacı, dava konusu 4087 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının, 2. maddesiyle değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkralarının, 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün, beşinci maddesiyle eklenen geçici 8., 9., 10. ve 11. maddeleri ile geçici 1. ve 3. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11., 138. ve 153. maddelerine aykırı olduğu savında bulunmuştur.

1- Dava Konusu Kuralların Anayasa'nın 153. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Davacı, eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir çok iptal kararı bulunduğundan söz ederek dava konusu kuralların Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta Yasama Organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama etkinliklerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasakoyucu, kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükleri farklı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur.

Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kuralla "aynı" ya da "benzer nitelikte" olması gerekir. Bunların saptanabilmesi için öncelikle, aralarında "özdeşlik" yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığı incelenmelidir.

4087 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nda değişiklik yapan kurallarla "aynı" veya teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik gösteren herhangi bir yasa kuralı için Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir iptal kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık savı yerinde görülmemiştir.

2- 4087 sayılı Yasa'nın 1. Maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 32. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

a- Anlam ve Kapsam

4087 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın "Birinci Sınıfa Ayrılma Koşulları" başlıklı 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası değiştirilerek birinci sınıfa ayrılabilmek için hakimlik ve savcılık mesleğinde fiilen geçirilmesi gereken süre kısaltılmıştır. Bu değişikliğe göre, birinci sınıfa ayrılabilmek için hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak yeterli görülmüş, ancak, bu süre meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için de sekiz yıl olarak belirlenmiştir.

Başka bir anlatımla 32. maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki süre (12) yıldan (10) yıla indirildiğinden aynı maddenin ikinci fıkrasıyla da buna koşut düzenleme yapılmıştır.

b- Anayasa'nın 10 Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, hakim ve savcı olarak görev yapanların birinci sınıfa ayrılabilirmeleri için bu süre içinde iyi sicil almaları gerektiği halde master ve doktora yapanlarda bu koşulun aranmadığı, TODAİE'nin uyguladığı kamu yönetimi uzmanlık programının hakimlik ve savcılık mesleği ile ilgisi bulunmadığı, ikinci gruba girenlerin diğerlerine göre daha kısa sürede birinci sınıfa ayrılmalarının ayrıcalık oluşturduğu, bu durumun da Anayasa'nın 10. maddesine aykırı düşüğü ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın iptali istenilen 4087 sayılı Yasa ile değişik 32. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin Anayasa'ya aykırılık durumunu irdelemeden önce master, doktora ve TODAİE'de yapılan öğrenimin niteliğine kısaca değinmek gerekir.

Adli yargı hakim ve savcısı olabilmek için Türkiye'deki hukuk fakültelerinin birinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirdikten sonra Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden sınava katılarak başarı belgesi almak zorunludur.

İdari yargı hakim ve savcısı olabilmek için de hukuk ve hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye dallarında en az 4 yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği Milli Eğitim Bakanlığı'nca kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak gereklidir. Bu durumda, adli ve idarî hakim ve savcısı olabilmek için yasada öngörülen yüksek öğrenim dallarından "lisans eğitimi" yapmış olmak yeterlidir.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasası'nın 3. maddesinin (t/1) nolu bendinde tanımlandığı gibi, "master", lisans öğretimine dayalı, eğitim-öğretim ve araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir. Maddenin (t/2) bendinde de doktora, "lisansa dayalı en az altı veya yüksek lisansa veya eczacılık veya fen fakültesi mezunlarınca Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre bir laboratuvar dalında kazanılan uzmanlığa dayalı en az dört yarı yıllık programı kapsayan ve orijinal bir araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir" biçiminde tanımlanmıştır.

7163 sayılı Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Teşkilat Yasası'nın 1. maddesine göre de, Enstitü, kamu yönetiminin çağdaş anlayışa göre gelişmesine yararlı çalışmalar yapmak suretiyle yönetim sanatında eleman yetiştirmek ve memurların yönetsel alanda olgunlaşmasını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Enstitüde öğrenim görebilmek için en az dört yıllık lisans öğrenimi veren bir yüksek öğretim kurumunu veya bunlara denkliği ilgili makamca onanmış yabancı ülkelerdeki benzerini bitirmek, yükseköğrenimden sonra en az beş yıl kamu kesiminde eylemli olarak çalışmış olmak, son üç yıl olumlu sicil almak ve bu süre içinde uyurma ve kınama cezalarından daha ağır bir disiplin cezasıyla cezalandırılmamış olmak, programa başlandığı tarihte 45 yaşını geçmemiş bulunmak ve Enstitü'nün açtığı yeterlik ve yarışma sınavında başarılı olmak gerekir. Yasa'nın 15. maddesinde ise, Enstitü'yü bitirenlerin öğrenimde geçirdikleri sürenin memuriyet kıdemlerine sayılması ve bu sürenin bir katının ayrıca (bir seneden az olmamak üzere) kıdemlerine eklenmesi öngörülmektedir.

Hakim ve Savcılar ile hakim adayı iken master ve doktora öğrenimi yapacaklar veya TODAİE'de öğrenim görmek isteyenler 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 31. maddesi uyarınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun iznini almak zorundadırlar.

Doktora ve master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenlerin, bilgilerinin ve uzmanlaşmış araştırmacı niteliklerinin artacağı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı gibi, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Eşitliği bozduğu ileri sürülen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

TODAİE'yi bitiren hakim ve savcılarının diğer koşulları taşımaları halinde 9 yılda birinci sınıfa ayrılmasına olanak tanınmasında Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı bir yön yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.

3- 4087 sayılı Yasa'nın 2. Maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 39. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile" Sözcükleri Dışındaki Kısmı ile Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

a- Anlam ve Kapsam

39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin dava konusu kısmında, mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli biçimde çalışan ve mesleğe kabul için aranan koşulları taşıyıp yeterlik sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibariyle 40 yaşını bitirmemiş olan avukatlardan; yapılacak yeterlik sınavı ve mülakatta başarı sağlayanların görevin gerektirdiği yasal koşullar gözönünde bulundurularak adli ve idari yargı hakimliği ve savcılığına kabul edilebilecekleri öngörülmüştür. Üçüncü fıkrasında da, Yasa'nın 9. maddesi uyarınca adaylığa atananlarla 40. maddenin ikinci fıkrasına göre hakimlik ve savcılık mesleğinden kendi istekleri ile ayrılanlardan, ayrıldıktan sonra avukatlık yaparak yeniden mesleğe dönenlerin fiilen avukatlıkta geçirdikleri, bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ve 40. maddenin ikinci fıkrasına göre alınanların da doçentlik veya profesörlükte geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada gözönünde tutulacağı ancak bu madde ile 40. maddenin ikinci fıkrasına göre avukatlıktan mesleğe atananlar, atandıkları tarihte 32. maddede yazılı koşulları taşıyabilirler, atandıkları tarihten itibaren bir terfi dönemini, (2 yıl) fiilen meslekte geçirilmeden birinci sınıfa ayrılamayacakları belirtilmiştir.

Yasa tasarısının genel gerekçesinde, hakim ve savcı kadrolarındaki açığın staj yoluyla alınacaklarla karşılanmasının uzun zaman alacağı, belirtilerek bu açığın giderilmesinde öğretim üyeleri ile avukatlık mesleğinde yetişmiş hukukçulardan da yararlanılması amacıyla bu tasarının hazırlandığı, avukatlık mesleğinden geçecekler için öngörülen beş yıllık sürenin üç

yıla indirildiği belirtilmiş, Yasa'daki avukatlıkta geçen sürenin üçte ikisinin hakimlik veya savcılık mesleğinde geçmiş sayılacağına ilişkin hüküm, "tamamı" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, avukatlıkta geçen sürelerin tamamının her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada esas alınacağı ve koşullar elverse de bir terfi dönemi fiilen meslekte çalışmak gerektiği yolundaki kural da Komisyonunda eklenmiştir.

Yasa'da yapılan değişiklikten önce, mesleklerinde en az beş yıldan beri fiilen çalışmakta olup bilimsel güç ve ahlakî metanetleri ile tanınmış bulunan avukatlar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 18.4.1983 gün ve 7 sayılı ilke kararı uyarınca 35 yaşını doldurmamış olmak koşulu ile Kurul tarafından yapılan mülakat sonucu hakimlik ve savcılık mesleğine kabul edilerek avukatlıkta geçirdikleri sürelerin üçte ikisi meslekte geçmiş gibi sayılarak girebilecekleri sınıf ve derecelerdeki adlî veya idarî yargı hakim ve savcılıklarına atanabiliyorlar ve bunların birinci sınıfa ayrılabilmesi içinde Yasa'nın 32. maddesinde öngörülen diğer koşulların yanında (b) bendinde belirtilen süre kadar hakimlik ve savcılık mesleğinde çalışmaları gerekiyordu.

4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik sonucu, avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine geçiş için beş yıllık avukatlık yapma koşulu üç yıla indirilmiş, mesleğe kabul için aranan "bilimsel güç ve metanetleri ile tanınmış bulunmak" kriteri maddeden çıkarılmış, Yasa'da yer almamış olmasına karşın ilke kararı ile getirilen (35) yaş sınırı (40) olarak belirlenmiş, değişiklikten önce mevcut olmayan "yazılı yeterlik sınavı ve mülakatta başarılı olma" koşulları getirilmiş ve mesleğe kabulden sonra da avukatlıkta geçen sürenin "tamamı" her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilmiştir.

b- Anayasa'nın 10. ve 11. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkraları için özetle,

- Adaylıktan hakim ve savcılığa atananların, Atama ve Nakil Yönetmeliği hükümlerine göre her bölgede belli bir süre görev yapmaları zorunlu iken, avukatlıktan hakimlik ve savcılığa geçenlerin alt bölgelerde hizmet görmeden üst bölgelerde görev alabilecekleri;

- Hakim ve savcı adayları ile avukatlıktan mesleğe geçmek isteyenler için farklı sınav sistemleri getirildiği;

- Adaylığa kabul edilenlerde 35 yaş sınırı aranırken avukatlıktan geçenler için yaş sınırının 40 olarak belirlendiği;

- Avukatlıktan mesleğe alınanlar için 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin diğer bentlerinin nasıl uygulanacağı hususunda açıklık bulunmadığı;

- Bu düzenlemelerin avukatlıktan mesleğe geçenleri, mesleğe kabulde ve birinci sınıfa ayrılmada adaylıktan mesleğe alınanlara göre daha ayrıcalıklı duruma getirdiği;

İleri sürülerek anılan yasa kurallarının Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ve iptali istenilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesiyle aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı, farklı hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının ayrıcalık oluşturmayacağı kabul edilmiştir.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine geçişte kimi özel kurallar getirilmiştir. 2802 sayılı Yasa'ya göre hakim ve savcı adayı olabilmek için, yapılacak yazılı sınav ile mülakatta başarı göstermek ve mesleğe alınabilmek için de iki yıl staj yaparak başarı sağlamak zorunludur. Oysa, avukat stajyeri olabilmek için sınav koşulu öngörülmemiştir.

İki yıllık stajı başarı ile tamamlayan hakim ve savcı adayları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararı ile mesleğe kabul edildikten sonra atama ve nakil yönetmelikleri uyarınca alt bölgelerden başlayarak üst bölgelerde görev alabilmektedirler. Hakim ve savcılarının kademe ve derece yükselmesi yapabilmeleri ve birinci sınıfa ayrılabilimleri kimi özel koşullara bağlıdır. Şöyleki, hakim ve savcılar yükselmeye engel yargı kararı veya disiplin cezası almamak koşuluyla ahlaki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerde birikime neden olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst mercilerce ve müfettişlerce haklarında düzenlenen tezkiye fişleri ve hal kağıtları, Yargıtay veya Danıştay'ca verilen notları, örnek karar ve mütalaaları, mesleki eser ve yazıları gözönünde tutularak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca derece yükselmesine tabi kılınmakta ve yükselmeye ilişkin Kurul kararları da Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır. Yükselmeye layık olmadıklarına karar verilen hakim ve savcılar ise, iki yıl sonra yeniden yükselme incelemesine bağlı kılınmaktadır. Bir derecede iki veya bir sınıfta üç kez yükselmeye layık görülmeyenler hakkında meslekte kalmalarının uygun olup olmayacağına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verilmektedir. "Yer değiştirme cezası" almış olanlar, cezanın kesinleşmesini izleyen derece yükselmesi tarihinden itibaren iki yıl süre ile kademe ve derece ilerlemesi yapamamaktadırlar.

2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesi ile 33. maddesi uyarınca hazırlanarak Resmî Gazete'de yayımlanan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke kararına göre, hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılabilimleri için yukarıda belirtilen koşullarla terfi ederek birinci derece maaşını fiilen almış olmalarının yanı sıra meslek yaşamları boyunca aldıkları her yükselmeden geri (TG) iki adi terfie (2A), her mümtazen yükselme (C) iki tercihlî yükselme (2B) kabul edilerek yapılan değerlendirme sonucu yükselmelerin yarıdan fazlasının tercihlî (B) olması ve son yükselmenin de adiyen (A) olmaması gerekmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 2. maddesinde, "avukatlığın amacı, hukukî münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organları ve hakemlerle resmî ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir. Avukat bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." denilmektedir. Avukat olabilmek için gerekli koşullar da Yasa'nın 3. maddesinde belirtilmiştir.

Yukarıda açıklandığı gibi, hakim ve savcılarının mesleğe alınıp biçimleri, meslekte ilerlemeleri ve bağlı oldukları mesleki kurallar avukatlardan farklıdır. Farklı kuralları olan bu iki ayrı grubun mesleklerinde geçen süreleri eşdeğerde kabul ederek, avukatlıkta geçen sürenin tamamının hakimlik ve savcılıkta geçmiş gibi sayılması avukatlıktan mesleğe geçenleri diğerlerine göre ayrıcalıklı konuma getirmektedir. Bu nedenle birinci fıkranın (b) bendinin

"Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ile" sözcükleri dışında kalan kısmı Anayasa'ya aykırıdır. İptali gerekir.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki gerekçeye Yekta Güngör ÖZDEN "...Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ...dışındaki bölümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı", Lütfi F. TUNCEL ise "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı görüşüyle katılmamışlardır.

2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrasında, Yasa'nın 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkraları ile 39. maddenin birinci fıkrasına göre atananların kendi mesleklerinde geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayrılma nazara alınacağına öngörülmesi nedeniyle, Yasa'da sayılan kademe ilerlemesi, derece yükselmesi ve birinci sınıfa ayrılmaya ilişkin öteki koşullar avukatlıktan hakimlik ve savcılığa alınanlar için aranmayacaktır. Hakimlik ve savcılıktan ayrılarak avukatlık, doçentlik ve profesörlük yaptıktan sonra yeniden mesleğe alınanların da bu görevlerdeki süreleri aynı şekilde değerlendirilmektedir. Bunlardan avukatlık hizmeti yapanların birinci sınıfa ayrılabilmesi için sadece bir terfi dönemi (2 yıl) hakimlik ve savcılık yapımları yeterli sayılmıştır.

2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde birinci sınıfa ayrılmanın koşul ve yöntemleri gösterilmiştir. Maddeye göre birinci sınıfa ayrılabilmek için, birinci dereceye yükselmek, bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında temayüz etmiş olmak, yer değiştirme cezası almamak, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmak, mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemek gerekmektedir.

Adaylık yoluyla hakim ve savcılığa girenler için 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde sayılan öteki koşulların yanında "hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak" koşulunun da aranmasına karşın, 39. maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, avukatlıktan hakimlik ve savcılığa geçenlerde bu bekleme süresinin iki yıla indirilmesi, doçentlik ve profesörlükten gelenlerde ise birinci sınıfa ayrılabilmek için hiçbir süre öngörülmemesi bunlar için ayrıcalık teşkil etmekte olup böyle bir ayrıcalık getirmeyi haklı kılacak bir neden de bulunmamaktadır.

4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrası Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN "...birinci sınıfa ayrılma ...dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Lütfi F. TUNCEL de "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" görüşleriyle bu gerekçeye katılmamışlardır.

c- Anayasa'nın Başlangıç'ı İle 138. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın Başlangıç'ının üçüncü paragrafında, egemenliği millet adına kullanan hiçbir kişi ve kuruluşun Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı, altıncı paragrafında da, her Türk vatandaşının

Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereğince yararlanarak maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde de, "mahkemelerin bağımsızlığı", "hakim teminatı" ve "yargı kararlarının bağlayıcılığı" ilkelerine ilişkin ilkelere yer verilmiştir.

Dava konusu 39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin incelenen kısmı ile üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ve 138. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

4- 4087 sayılı Yasa'nın 2. Maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 39. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "Bakanlıkça Yapılacak Yazılı Yeterlik Sınavı ile" Sözcüklerinin Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

39. maddenin (b) bendinin incelenen kısmında, maddede sayılan koşulları taşıyan avukatların hakimlik ve savcılık mesleğine kabulleri için gerekli yeterlik sınavının "Bakanlıkça" yapılacağı belirtilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. İstemle bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçelerle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 138., 139. ve 140. ve 159. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Hakimlerin görevlerini yapabilmeleri için bağımsızlığa ve güvenceye sahip olmaları gerekir. Bu bağlamda Anayasa'nın 9. maddesinde "Yargı yetkisi" Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" denilmektedir. Hakimlerin bağımsızlığı, kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle, demokratik ülkelerin tümünde hakim bağımsızlığı kabul edilmiş ve güçler ayrımı ilkesinin doğal bir sonucu olarak bu bağımsızlık öncelikle yasama ve yürütme organlarına karşı güvenceye bağlanmıştır.

Hakimlerin bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan maddî ve manevî baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile mümkündür. Hakimlerin yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayabilmek için Anayasa'da çeşitli önlemler getirilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde "mahkemelerin bağımsızlığı", 139. maddesinde "hakimlik ve savcılık teminatı", 140. maddesinde de "hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinde, "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" denilmek suretiyle hakimlerin bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiş ve böylece yasakoyucu, hakimlerin bağımsızlığına aykırı yasa koymaktan yasaklanarak (Anayasa Md. 11) hakimlerin bağımsızlığı yasakoyucuya karşı da korunmuştur.

Anayasa'da bununla da yetinilmeyerek hakimlerin bağımsızlığını korumak için 139. maddede "hakim teminatı" kabul edilmiştir. Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerinde, hakim ve savcıların özlük haklarına ilişkin yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bu ilkelere aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Bu hükümlerle hakimlerin, maddî ve manevî kuşkulardan ve her türlü etkilerden uzak tutularak, Anayasa'ya,

yasalara ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre karar vermeleri sağlanmak istenilmiştir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Öte yandan, Anayasa'nın 159. maddesinde belirtildiği gibi, "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatı" esaslarına göre görev yapmak üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kurularak; adli ve idarî yargı hakim ve savcılarının mesleğe kabulü, atanması, geçici yetki verilmesi, yükselme ve birinci sınıfa ayrılması, kadro dağıtılması, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verilmesi, disiplin cezası verilmesi ve görevden uzaklaştırma işlemleri hakkında karar verilmesi bu Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre hakim veya savcılığa alınacak avukatların yeterlik sınavı, Bakanlıkça oluşturulan komisyon tarafından yapılacak; bu sınavda başarılı olanların mülakatları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılarak mesleğe kabullerine karar verilecektir.

Nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, hakim ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabuldən önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenecektir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinde belirtilen "hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları" ile 159. maddesindeki "adli ve idarî yargı hakim ve savcılarının mesleğe kabulü ve atanması"nın "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatı" esaslarına göre yürütüleceği yolundaki kuralın adaylığa kabul dönemini de kapsadığının kabulü gerekir. Anayasa, hakimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Bu da hakimlik ve savcılık mesleğine girmek isteyenlerin (ister adaylıktan, isterse avukatlıktan geçiş yoluyla olsun) yeterlik sınavlarının yürütmenin etkili olamayacağı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenecek bir sınav kurulu tarafından objektif ölçme ve değerlendirme esaslarına göre yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Yasa'da belirlenen biçimde Bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgelemektedir. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek zorunda olan bir bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü maddî ve manevî etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilirler bile kamu vicdanında daima tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Dava konusu "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı" sözcüklerinin iptali gerekir.

5- 2802 sayılı Yasa'nın 39. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Yasa'nın 39. maddesinin ikinci fıkrasında avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine atanacaklar için yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esaslarının yönetmelikte gösterileceği belirtilmiştir. Usul ve esasları Bakanlıkça hazırlanarak Bakanlık teşkilatınca

yapılacak yazılı yeterlik sınavında başarılı olanlar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yapılacak mülakata katılma hakkını kazanacaklardır.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile" sözcükleri için açıklanan iptal gerekçeleri maddenin ikinci fıkrası için de aynen geçerli olduğundan, bu fıkranın da Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerekir.

6- 4087 sayılı Yasa'nın 3. Maddesiyle Değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. Maddesinin İkinci Fıkrasındaki "tamamı" Sözcüğünün İncelenmesi

2802 sayılı Yasa'nın 26.3.1983 tarihinde yürürlüğe giren 9. maddenin değişikliktan önceki ikinci fıkrasına göre, adaylığa atanmadan önce başka görevlerde bulunanların, önceki kadro maaş ve derecelerine bakılmaksızın öğrenimlerine göre devlet memurluğuna ilk girişteki derece ve kademeleri ile, 276 sayılı KHK'nin 4. maddesi ile fıkra da yapılan değişiklik sonucu da, adaylığa atanmadan önce başka görevlerde bulunanların, kazandıkları derece ve kademeleriyle, avukatlıktan gelenlerin ise avukatlıkta geçen sürelerinin üçte ikisi intibakta değerlendirilerek adaylığa atanırken 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle, bu fıkra da yer alan "üçte ikisi" ibaresi "tamamı" olarak değiştirilerek avukatlıktan adaylığa atananların avukatlıkta geçirdikleri sürenin tamamı hakimlik ve savcılık kıdeminden sayılmıştır.

657 sayılı Yasa'nın 36/c-3 maddesinde özel sektörden veya serbest meslekten memuriyete geçenlerin geçmiş hizmet sürelerinin dörtte üçünün memuriyette geçmiş sayılacağı öngörülmüşken, 2802 sayılı Yasa'da yapılan değişiklik sonucu, serbest avukatlıkta geçen sürelerin tamamının intibakta değerlendirilmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Lisans ve lisansüstü (master) eğitimi yapmış olanların hakim ve savcı adayı olabilmeleri için giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibarıyla otuz, doktora eğitimi tamamlamış olanların da otuzbeş yaşını bitirmemiş olmalarının yanında 2802 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde yazılı diğer koşulları da taşımaları gereklidir. Adaylığa atandıktan sonra da, iki yıl süre ile staj yapmak zorunludur. Staj sırasında adaylar hakkında, görevi yapmada gösterilen kabiliyet, başarı ve göreve bağlılık ile ahlakî gidişlerine ilişkin bilgiyi içeren belgeler çalıştıkları daire amirleri tarafından düzenlenerek adayın bağlı olduğu adalet komisyonuna verilmektedir. Danıştay ve Yargıtay'da staj yapan adaylar için de staj sonunda çalışılan daire başkanlarınca rapor düzenlenerek Adalet Bakanlığı'na gönderilmektedir. 2802 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin (c) bendine göre de, adaylık süresi içindeki davranışlarında hakimlikle bağdaşmayacak tutumlarda bulunanlar ile göreve devamsızlığı olanlar ve bilgi ve iş yapma yeteneği bakımından yeterli olmadığı saptanan adayların adaylığına son verilmektedir.

Oysa serbest avukatlık yapabilmek için bir yıl staj yeterli olup, staj sonu sınavı da yoktur. Ayrıca, baro levhasına yazıldıktan sonra da mesleğin ifası sırasında herhangi bir merciiden tezkiye fişi, not ya da başkaca bilgi veya belge de alınmamaktadır.

Yapılan düzenleme sonucu avukatlık yapmakta iken hakim ve savcı adaylığına atananların avukatlıkta geçirdikleri sürenin tamamı değerlendirilerek girecekleri derece ve kadroları bulunacaktır. Bu derece ve kadroları ile adaylığa başlayanlar adaylığı tamamladıktan sonra da bir derece ve kademe almak suretiyle fiilen hakimlik ve savcılığa atanacaklardır. Bu nedenle de avukatlıkta geçirilen sürenin tamamının her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilmesi sonucu bu durumdakiler avukatlık yapmadan doğrudan adaylığa

başlayanlardan daha önce yükselme yapacaklar ve birinci sınıfa ayrılacaklardır. Başka bir anlatımla, hakim adaylığı ve hakimlikten gerek giriş ve gerekse çalışma koşulları bakımından tamamen farklı statüdeki avukatlıktan geçen sürenin tamamı değerlendirilerek avukatlıktan adaylığa girenler lehine imtiyazlı bir durum yaratılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa kuralı Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olup, iptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN bu görüşe katılmamıştır.

7- 4087 sayılı Yasa'nın 5. Maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya Eklenen Geçici 8. Maddenin İncelenmesi

a- Anlam ve Kapsam

4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'na geçici 8., 9., 10. ve 11. maddeler eklenmiştir. Geçici 8. maddenin birinci fıkrasına göre, Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesi uyarınca aday olup staj yaparak mesleğe giren avukatlara, 39. maddeye göre doğrudan mesleğe giren avukat, doçent ve profesörlere veya 40. madde uyarınca hakimlik ve savcılık mesleğinden istekleriyle çekilenler ile emekli olduktan sonra avukatlık, doçentlik veya profesörlük yapıp da tekrar mesleğe alınanlara aynı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanacağı öngörülmektedir.

Geçici 8. maddenin ikinci fıkrasında da, bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce birinci fıkrada belirtilen şekilde mesleğe giren hakim ve savcılardan birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenlerin birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin değişik 39. maddenin üçüncü fıkrasına göre düzeltileceği belirtilmiştir.

Başka bir anlatımla, geçici 8. maddenin ilk fıkrasına göre, hakimliğe adaylık yoluyla veya doğrudan ya da hakimlikten ayrıldıktan sonra yeniden girenlerin avukatlık, doçentlik veya profesörlükte geçirdikleri sürelerin tamamı her türlü yükselmede ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilecek, ikinci fıkrasına göre de, 4087 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce bu türlü görevlerde bulunup da birinci sınıfa ayrılmış olanların bu görevdeki sürelerinin tamamı değerlendirilerek birinci sınıfa ayrılmaları gereken tarih yeniden belirlenecektir. Böylece bu tarih geriye doğru çekilerek düzeltme yapılacaktır.

b- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, başka mesleklerden hakimlik veya savcılığa girenleri doğrudan adaylık yoluyla mesleğe alınanlara göre daha üstün konuma getiren geçici 8. maddenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Geçici 8. maddede, 2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrasında getirilen kuralların aynısı bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce hakimlik ve savcılık mesleğine girenler için de getirildiğinden, 39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik için açıklanan Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri bu madde için de geçerlidir. Geçici 8. madde Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN "birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin düzeltilmesi dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Lütü F. TUNCEL "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" görüşleriyle bu gerekçeye katılmamışlardır.

8- Geçici 9. Maddenin İncelenmesi

Maddenin birinci fıkrasında, "Halen görevde bulunan hakim ve savcılar hakkında da 32. maddenin değişik birinci ve ikinci fıkrası hükümleri uygulanır" denilmektedir. Buna göre, halen görevde bulunan hakim ve savcılardan master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenler 9, doktora yapanlar 8 yıllık meslek kıdemi ile 32. maddede sayılan öteki koşullara da sahip olmaları halinde birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacaklardır.

Yasa'nın geçici 9. maddesinde, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen kuralların, halen görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı öngörüldükten sonra, önceden birinci sınıfa ayrılmış olan hakim ve savcılarının ise birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilileceği; meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında birinci sınıf incelemesi yapılacağı, fiilen on yılını doldurmamış olanların da bu süre tamamlandığında birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacağı belirtilmiştir.

Birinci sınıfa ayrılabilmek için fiilen meslekte geçirilmesi gereken süre 2556 sayılı Hâkimler Yasası'nın yürürlüğe girdiği 14.7.1934 tarihinde oniki yıl olarak saptanmışken, 2556 sayılı Yasa'nın 47. maddesinde 6.4.1955 günlü, 190 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile yapılan değişiklikle bu süre on yıla indirilmiştir. Daha sonra 2556 sayılı Yasa'yı 26.2.1983 günü yürürlükten kaldıran 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası'nın 32. maddesinin (b) bendi ile, birinci sınıfa ayrılabilmek için meslekte oniki yılı doldurmak koşulu yeniden getirilmiş, 4087 sayılı Yasa ile 32/b maddesinde yapılan ve 21.3.1995 günlü değişiklikle de bu süre yeniden on yıla indirilmiştir. Görüldüğü gibi hâkim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılmaları için meslekte geçirmeleri gereken en az süre kimi dönemlerde oniki, kimi dönemlerde de on yıl olarak belirlenmiştir.

Yasa'nın geçici 9. maddesinde, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen kuralların görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı öngörülmüş, önceden birinci sınıfa ayrılmış olan hakim ve savcılarının ise birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilileceği; meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında birinci sınıf incelemesi yapılacağı, fiilen on yılını doldurmamış olanların da bu süre tamamlandığında birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacağı belirtilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında "bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hakim ve savcılar ile meslekte fiilen on yılını dolduran ve birinci sınıf incelemesine tabi tutulacak hakim ve savcılarının bu tarihten geçerli olmak üzere birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 32 nci maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmüne göre düzeltilir" denilmektedir. Buna göre halen görevde bulunan hakim ve savcılardan master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenler 9, doktora yapanlar 8 yıllık meslek kıdemi ile 32. maddede sayılan diğer koşullara da sahip olmaları halinde birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacaklardır.

Dava konusu Yasa hükmü ile, birinci sınıfa ayrılabilmek için 32. maddede öngörülen oniki yıllık bekleme süresinin on yıla indirilmesi sonucu ortaya çıkacak haksızlıkların giderilmesi amaçlanmıştır. Yani, oniki yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılanların on yılı aşan

süreleri değerlendirilerek on yıl esasına göre ayrılanlarla eşit konuma getirilmek istenilmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesinin gerçekleştirilmesi için getirilen bu yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez. İptal isteminin reddi gerekir.

Haşım KILIÇ, Sacit ADALI ve Ali HÜNER bu görüşe katılmamıştır.

9- Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

a- Birinci Fıkrasının İncelenmesi

aa- Anlam ve Kapsamı

Geçici 10. maddede, kendi yasalarında değişiklik yapılmaya kadar askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma esasları yeniden düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrası ile askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmalarında aranılan rütbe ve hizmet yılında değişiklik yapılarak halen görevde bulunanlar için meslekte on yılını doldurdukları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf hakimliğe geçiş olanağı getirilmiştir. Değişiklikten önce askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılabilimleri için kıdemli binbaşı rütbesine gelebilmeleri ve askeri hakimlikte oniki yılını doldurmaları gerekirken bu fıkra ile yapılan değişiklikle rütbe binbaşılığa, süre de on yıla indirilmiştir. Fıkranın son cümlesinde de, birinci sınıfa ayrılan askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin bu değişiklik uyarınca düzeltilmesi öngörülmüştür.

bb- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava konusu Yasa hükmü ile, askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmaları için gereken oniki yıllık sürenin on yıla, rütbenin de binbaşılığa indirilmesi nedeniyle önceki tarihler itibarıyla bu koşulları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemlerinin birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri bu tarihe göre düzeltileceği öngörülmüştür.

Birinci sınıfa ayrılabilmek için meslekte doldurulması gereken sürenin takdiri yasakoyucuya ait olup, bu sürenin on yıla indirilmesi sonucu ortaya çıkacak haksızlıkların giderilmesi amacıyla dava konusu yasa kuralı getirilmiştir. Başka bir anlatımla, oniki yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılan askeri hakimlerin on yılı aşan süreleri değerlendirilerek 10 yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılacakla eşit konuma getirilmek istenilmiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesinin gerçekleştirilmesi için getirilen bu yasa hükmünün Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı söz konusu değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Haşım KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI ve Ali HÜNER bu görüşe katılmamışlardır.

b- İkinci Fıkrasının İncelenmesi

aa- Anlam ve Kapsam

İkinci fıkra ile 357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 15. maddesinde öngörülen birinci sınıfa ayrılma koşullarında değişiklik yapılarak 24.5.1989 tarihinden önce mesleğe üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinde giren askeri hakimlerin 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesindeki süre kaydına bakılmaksızın diğer koşulları taşımak kaydıyla, binbaşı rütbesine nasbedildikleri

tarihte birinci sınıf askeri hakimliğe geçirilecekleri öngörülmüştür. Bu koşulu daha önceki tarih itibariyle taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri de birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilenektir.

bb- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 2. maddesine göre askeri hakim ve savcı ihtiyacı :

- Muvazzaf subay olan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerine giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

- Askeri liseleri bitirerek harp okullarına kabul olunan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerinin giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

- Kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesini bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar,

- Üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında bulunan Harp Okulu mezunu subaylardan kendi hesabına hukuk fakültesini bitirenler,

- Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadınlardan istemde bulunanlar,

- Liseleri bitirerek hukuk fakültelerine devam hakkını kazanmış olanlar ile hukuk fakültelerinde okudukları sınıfları başarı ile bitirenlerden lüzum ve ihtiyaç duyulduğunda askeri öğrenciliğe kabul edilip, öğrenimlerini tamamlayanlardan karşılanmaktadır.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'nın 30. maddesine göre, rütbelerde bekleme süresi teğmenlikte (3), üsteğmenlikte ve yüzbaşılıkta (6) yıldır.

Bu duruma göre, teğmen rütbesiyle askeri hakimliğe başlayanlar, onbeş yılda binbaşılığa yükselebileceklerinden birinci sınıfa ayrılabilmek için 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde öngörülen "askeri hakimlik hizmetinde en az (12) yılını doldurmuş olmak" koşulunun bunlar için önemi bulunmamaktadır. Bu sürenin, 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasalarında değişiklik yapılmıncaya kadar on yıla indirilmiş olması bunlara bir yarar da sağlamamaktadır. Oysa, yüzbaşı rütbesinin üçüncü yılında hukuk fakültelerini bitirerek askeri hakimliğe başlayanlar üç yıl sonra binbaşı rütbesine gelebileceklerinden 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen "askeri hakimlik mesleğinde on hizmet yılını" doldurma koşulu bunlar yönünden gerçekleşmediği halde ikinci fıkra ile getirilen ayırık kural nedeniyle 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde öngörülen bekleme süresine bağlı olmaksızın birinci sınıfa ayrılabilirlerdir. Daha önceki tarihler itibariyle bu koşulları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri de birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilenektir.

Yukarıda açıklandığı gibi 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin ikinci fıkrası iki ayrıcalık getirmektedir. İlki askeri hakimliğe farklı rütbelerde başlayanlardan yüksek rütbede başlayanlar lehine olanıdır. İkincisi de 24 Mayıs 1989 tarihinden önce mesleğe girmiş olanlarla bu tarihten sonra alınanlar arasında haklı bir neden olmadan yaratılan eşitsizliktir.

Bu nedenle geçici 10. maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

10- Geçici 11. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Yasa'nın 11. maddesinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istenilmektedir.

Geçici 11. maddede, "Geçici 8., 9. ve 10. maddelere göre birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenler ile birinci sınıfa ayrılma tarihleri düzeltilenler, geçmişe yönelik olarak malî hak isteminde bulunamazlar" denilmektedir. Bu kural ile geçici 8., 9. ve 10. maddelerin uygulanması sonucu ortaya çıkan durum nedeniyle geriye yönelik hak isteminde bulunulamayacağı öngörülmektedir.

Yasalarda yer alan intibak hükümleri, kamu görevlilerinin maaş ve ücretlerinin belirlenen yeni esaslara göre düzenlenmesini ve görevlilerin belirli tarih itibariyle yeni düzenlemeye intikallerini sağlayan hükümler olup, kural olarak Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği tarihte hukuki sonuç doğururlar. İntibak hükümlerinin geriye yürür biçimde malî haklar sağlayabilmesi için yasalarda bu hususta bir kural bulunması gerekir. Bu hususta geçici bir hükme yer verip vermeme bütçe olanakları ile sınırlıdır ve bunun takdiri de Yasama Organına aittir.

Maddenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Öte yandan, geçici 11. maddenin Anayasa'nın Başlangıç'ı, 11. ve 138. maddeleri ile de ilgisi görülememiştir.

11- 4087 sayılı Yasa'nın Geçici 1. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, uzun süre serbest avukatlık yapanlardan ellibeş yaşını doldurmaya bir veya birkaç ayı kalanların Sosyal Sigortalar Kurumu yerine TC. Emekli Sandığından emekli olmasını sağlamak amacıyla bu kuralın getirildiği, bunun da Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Geçici 1. madde ile, avukatlıktan hakimlik veya savcılık mesleğine geçmek isteyenlerin Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde başvurmaları halinde, başvuru tarihinde ellibeş yaşını bitirmemiş olmaları koşuluyla Yasa'nın 39. maddesine göre atanabilmelerine olanak tanınmıştır.

39. maddede, avukatlıktan hakimlik veya savcılığa atanacakların yeterlik sınavının yapılacağı yılın Ocak ayının son günü itibariyle kırk yaşını bitirmemiş olmaları koşulu aranırken, geçici 1. madde ile de Yasa'nın yürürlüğünden itibaren bir yıl içinde başvuranlarda yaş sınırı ellibeş olarak kabul edilmiştir.

2820 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin iptaline ilişkin bölümünde etraflıca açıklandığı gibi, hakim ve savcıların mesleğe alınıp biçimleri, meslekte ilerlemeleri ve bağlı oldukları mesleki kurallar avukatlardan farklıdır. Farklı kuralları olan avukatların mesleklerinde geçirdikleri sürenin tamamının hakimlik ve savcılıkta geçmiş gibi sayılarak ellibeş yaşını bitirinceye kadar hakimlik veya savcılığa alınmaları bunlar için getirilen

bir ayrıcalık teşkil eder. Bu durum ise, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturduğundan geçici 1. maddenin iptali gerekir.

12- 4087 Sayılı Yasa'nın Geçici 3. Maddesinin İncelenmesi

2802 sayılı Yasa'nın 4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, avukatlıktan hakimlik veya savcılığa geçmek isteyenlerin Bakanlık'ça yapılacak yeterlik sınavı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılacak mülakatta başarı göstermeleri gerektiği; ikinci fıkrasında da yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esaslarının yönetmelikte düzenlenmesi öngörülmüştür. Dava konusu geçici 3. maddeye göre de, söz konusu yönetmelik 4087 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkarılacaktır.

2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Bakanlık'ça yapılacak yeterlik sınavı ile" sözcüklerinin iptaline ilişkin bölümde açıklandığı gibi, nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, hakim ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabulden önceki adaylığa atanma ve adaylık sırasında belirlenecektir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. ve 159. maddelerinin adaylığa kabul dönemini de kapsadığının kabulü gerekir. Anayasa, hakimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir.

Yasa'da belirlenen biçimde Bakanlık'ça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgeler. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek durumunda olan bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların, kendilerini her türlü etkiden uzak ve özgür hissetmeleri de zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilirler bile kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum da, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Geçici 3. maddenin iptali gerekir.

B- İptal Sonucunda Yasa'nın Diğer Hükümlerinin Uygulama Olanaklarını Yitirip Yitirmediği Sorunu

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak, başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" kuralına yer verilmiştir.

Avukatlık ile doçentlik ve profesörlükten hâkimlik ve savcılık mesleğine geçenlerin, önceki görevlerinde geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada gözönünde bulundurulmasını öngören 2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrası ile Yasa'nın değişik 40. maddesinin ikinci fıkrası ve 2802 sayılı Yasa'nın değişik

9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "tamamı" sözcüklerinin iptalleri nedeniyle bu fıkraların kalan bölümlerinin uygulanma olanağı kalmamaktadır.

Bu nedenlerle, 2802 sayılı Yasa'nın belirtilen kurallarının 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iptalleri gerekir.

VI- SONUÇ

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un:

A) 1. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B) 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin,

1- Birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "...Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı...dışındaki bölümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı", Lütfi F. TUNCCEL'in ise "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "...birinci sınıfa ayrılma ... dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşım KILIÇ, Sacit ADALI ile Lütfi F. TUNCCEL'in "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C) 3. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "üçte ikisi de" ibaresinin "tamamı" olarak değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D) 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen;

1- Geçici 8. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin düzeltilmesi dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşım KILIÇ, Sacit ADALI ile Lütfi F. TUNCCEL'in "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Geçici 9. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşım KILIÇ, Sacit ADALI ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Geçici 10. maddenin;

a- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşım KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- Geçici 11. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E) Geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F) 1- 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali nedeniyle, aynı Yasa'nın 40. maddesinin 3. maddeyle değiştirilen ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün,

2- 3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "tamamı" sözcüklerinin iptalleri nedeniyle bu fıkraların kalan bölümlerinin,

uygulanma olanakları kalmadığından 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesi gereğince İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE,

14.12.1995 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Yekta Güngör ÖZDEN	Güven DİNÇER	Selçuk TÜZÜN
Üye	Üye	Üye
Ahmet N. SEZER	Samia AKBULUT	Haşim KILIÇ
Üye	Üye	Üye
Yalçın ACARGÜN	Mustafa BUMİN	Sacit ADALI
Üye	Üye	
Ali HÜNER	Lütfi F. TUNCEL	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Kimi bölümlerinde iptal sonucunda birlikteliğe karşın kararın katılmadığım bölümlerine ilişkin karşıoyumun, gerekçelerini aşağıda, madde sırasıyla, açıklıyorum :

1. Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilen 4087 sayılı Yasa, Yargıç ve Savcı açığını kapatmak, hiç değilse azaltmak amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Yasa'nın değiştirilen ilgili maddelerinde birbirine uygun içerikte yinelenen "avukatlar", genelde yanlış değerlendirilmiştir. Kararın biçimsel yaklaşımı, görev giysisi ve yan değişikliğinden başka temelde hiçbir ayırım bulunmayan Yargıç, Savcı ve Avukatları ayrı meslek adamları gibi almasından bellidir. Avukatlar, yargı erkini oluşturan sav-savunma-karar üçlüsünün yadsınıp dışlanması, gözardı edilip vazgeçilmesi olanaksız bir ögesidir. Yargıç ve Savcılarla eşit durumları, Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Yasası'nda 8.5.1984 günlü, 3003 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklere ilişkin 13.1.1985 günlü, Esas 1984/12, Karar 1985/6 sayılı kararında yinelenip vurgulanmıştır (Resmî Gazete, 17.5.1985, Sayı 18757). Bu karardaki karşıoyumu ve ek gerekçemi, avukatlık mesleğinin yapısı, anlamı, amacı ve ereği yönünden şimdiki kararın ilgili bölümleri için de gerekçem kapsamına alıyorum. Kaynağı, eğitim-öğretimi, uğraş alanı ve amacı aynı olan Yargıçlık, Savcılık ve Avukatlık mesleğinin, özdeki birliği gözetilmeden sav ve karar bölümlerinden ayrı düşünülmesi, yargının doğasına aykırıdır. Avukatlar stajdan sonra, yargının her alanında ve her katında çalışmakta, uygulama deneyimleriyle yargının en devingen ögesi sayılmaktadırlar. Belli alanda çalışan bir yargıç ve savcıdan daha çok edinimleri bulunan avukatların ayrı bir meslek olduğu ve meslek konusunda eğitime bağlı tutulması gerektiği görüşü asla gerçekçi değildir. Adaletçiler içinde bir görevli olan avukatın Yargıç ve Savcı'dan ayrı olan yanları, görevi gereği devlete bağlı özlük haklarıdır. Avukatlığın serbestliği dışında başka bir ayrılık yoktur. Kaldık avukatlar, konumları gereği daha bağımsız, daha geniş ve değişik alanlarda, yargı yerleri dışında da yargısal çalışmalar yapan bir hukukçudur. Çalışmaları yargısal değilmiş, yargı yerlerinde bulunmuyormuş, adaleti gerçekleştirmede katkısı geçmiyormuş gibi algılayıp değerlendirmek yargının yapısına ters düşmektedir.

Avukatların çalışması başka bir konuda değildir. Sosyal güvenlik bağının aynı kuruluşlarla olması, haklarında aynı uygulamayı gerektirmez. Mesleğin özündeki eşitlik, sıfat (san) değişikliğinde de korunmalıdır. İster kamuda çalışsın, ister serbest çalışsın, avukat, avukatlar ve bir yargıçla savcıdan ayrı tutulmasını gerektiren hiçbir neden yoktur. Yargıç ve Savcılar nasıl avukat oluyorsa, avukatlar da yargıç ve savcı olabilirler. Kimi yabancı ülkelerdeki uygulamalar, ancak belli hizmet yılı olan avukatlardan yargıç atandığını, avukatlık yapmayanların yargıç olamadığını göstermektedir. Kimi ülkelerde yargıç, savcı ve avukatlar aynı meslek kuruluşunda toplanmaktadır. Özetlenen bu nedenlerle avukatlıkta geçen sürenin tamamının, eylemli olarak yargıçlık ve savcılık mesleğinde geçmiş sayılması yerindedir, doğrudur, gerçekçidir ve Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur. Tersine yorum, Anayasa'nın 2., 10. maddeleriyle ve hak arama özgürlüğü anlayışıyla bağdaşmaz. Avukatlık süresinin tümünü meslekte geçmiş sayıp buna göre sınıf ve derecede mesleğe kabûl amaca uygun bir düzenlemedir. Adalet-yargı bağlamında meslek-görev astlığı üstlüğü yoktur. Seçimle ya da atamayla geline sürelili ve geçici çalışma yerleri yönetsel gereklere dayanmaktadır. Kimi olanaklarını bırakıp gelen avukatlar, başka, ilgisiz yerlerden gelen, kamuda bilgisi-becerisi olmayan, eğitilecek kimseler sayılamaz. Devlet görev verecekse hakkını da verecektir. 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle avukatlıkta geçen sürenin tamamını meslekte geçmiş saymak ve meslek yılı bölümü Anayasa'ya aykırı değildir. Öbür bölümlerin aykırılığına katılıyorum.

39. maddenin üçüncü fıkrasıyla 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8. maddenin iptal kararı için de oyum böyledir. 39. maddenin üçüncü fıkrasının son tümcesi bir yükselme dönemi bekleme gereğiyle dengeyi sağlamaya yeterlidir. Birinci sınıfa ayrılma durumu dışında, meslek süresini aykırı bulan görüşe katılmıyorum.

2. İncelenen 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 9. ve 40. maddelerindeki "üçte ikisi" sözcüklerinin "tamamı"na dönüştürülmesini iptal eden karara da aynı gerekçelerle katılmıyorum. İçinde iptali gerektiren bölüm görmediğim ve iptalde birleştiğim yön ve yan olmadığı için burada karşıoy kullanıyorum.

Başkan

Yekta Güngör ÖZDEN

MUHALEFET GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

1- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 39. maddesinde yapılan değişiklikle, eylemli olarak en az üç yıl avukatlık yapanların, Hakimlik ve Savcılık mesleğine geçişlerinde yazılı yeterlik sınavının Bakanlıkça, mülakat sınavının ise Hakimler ve Savcılık Yüksek Kurulu tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Kararda, yazılı yeterlik sınavının Bakanlıkça yapılmasının Anayasa'nın özellikle 159. maddesine aykırı görülmesi ve sınavın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması gerektiği görüşlerine ben de katıldım. Ancak, Yasa'da belirtilen şartları taşıyan avukatların Hakimlik ve Savcılık mesleğine doğrudan kabulleri sözkonusu olmasına rağmen, gerekçe, iki yıllık adaylık süresini geçirerek hakim ve savcılığa kabul edilenleri de kapsar biçimde genişletilerek yazılmıştır. Oysa, avukatlık yaparak hakimlik ve savcılık mesleğine geçmek isteyenler herhangi bir "adaylık" süresi geçirmeden doğrudan mesleğe kabul edildiklerinden, buna ilişkin yazılı ve sözlü sınavın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yapılması Anayasa'nın 159. maddesinin kapsamında düşünülür. Ancak, Bakanlıkça yazılı ve sözlü sınav yapılarak adaylığa kabul edilenlerden iki yıllık staj döneminden sonra başarılı olanların mesleğe kabullerine Kurul karar vermektedir. İki yıl süren bu adaylık döneminin hukuksal yapısı farklıdır. Önümüzde bu adaylık dönemini tartışacak ya da Anayasa'ya uygunluk denetimini gerektirecek bir yasal düzenleme sözkonusu olmadığına göre dışarıdan "doğrudan" hakimlik ve savcılık mesleğine kabul koşullarını düzenleyen 39. madde içinde ve Anayasa'nın 159. maddesine aykırılığı "adaylık" dönemini de kapsar biçimde genişletilerek gerekçeli kararın yazılması düşüncesine katılmadım. Bakanlıkça yapılan yazılı-sözlü sınavdan ve iki yıllık adaylık dönemi geçirdikten sonra mesleğe kabullerine karar verilenlerin durumu ancak, 2802 sayılı Yasa'da buna ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiği anda görüşülmesi gereken bir konudur.

2- 4087 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinde yapılan değişiklikle, belirtilen fakültelerde görev yapan doçent ve profesörlerle dışardan belli süre eylemli olarak avukatlık yapanların Yasa'da gösterilen esas ve usuller çerçevesinde hakimlik ve savcılık mesleğine kabul olanağı sağlanmıştır. Yasa'nın Geçici 8. maddesinde de avukatlık, doçent ve profesörlük yaparak bu Yasa'dan önce hakimlik ve savcılık mesleğine kabul edilmiş olanlara Yasa'yla getirilen olanaklardan faydalanabilmeleri için intibak kuralları düzenlenmiştir.

Serbest avukatlardan hakimlik ve savcılık mesleğine geçenlere ilişkin Anayasa'ya aykırılık düşüncelerine katılıyorum. Ancak, kamu kurumlarında avukatlık yapanlarla Yasa'da belirtilen fakültelerde doçentlik ve profesörlük yapanlar yönünden Anayasa'ya aykırılık düşüncelerine katılmadım.

Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, birikim, deneyim ve yetiştirme koşulları paralellik arzeden mesleklerden geçiş yapılması imkanı getirilerek hakim ve savcı açığının kapatılması amaçlanmıştır. Serbest avukatlık mesleği ile hakim ve savcılığın çok farklı kurallara bağlı olması yetiştirme ve terfi koşullarının serbest avukatlık mesleğine hiç benzememesi, bu nedenle avukatlar için getirilen düzenlemelerin bir ayrıcalık taşıdığı gerekçesi yerindedir. Ancak 39. maddenin (a) bendindeki fakültelerde doçent ve profesörlük yapan öğretim üyeleriyle kamu kurum ve kuruluşlarında avukatlık yapanlar yönünden aynı gerekçeleri söylemek mümkün değildir. Hakim ve Savcılarının çeşitli bölgelerde görev yaptığı, terfiilerinin ve birinci sınıfa ayrılmalarının kimi özel koşullara tâbi olması, doçent ve profesörlerle kamuda çalışan avukatların yetiştirme ve çalışmalarının hiçbir koşula bağlı olmadığı sonucunu doğurmaz. Doçent ve profesörlük görevleri de bir kariyer meslek olup terfiileri çok özel kurallara tâbi tutulmuştur. Hakimlerin çeşitli bölgelerde görev yapmasını ve yükselmelerini düzenleyen kurallarla doçent, profesör ve kamuda çalışan avukatların aynı konuları düzenleyen kuralları aynı ağırlıkta olabileceği gibi farklı ağırlıkta da olabilir. Serbest avukatlarda olduğu gibi, yetiştirme ve terfii koşulları hiç yok değildir. Paralel koşulların olduğu bu görevlerde öncelikle liyâkat, yetiştirme ve amaç gözönünde tutulmalıdır. Hakim ve savcı açığını kapatma amacı haklı bir nedendir. Hakimlik ve savcılık mesleği koşullarıyla doçentlik, profesörlük ve kamu avukatlarının koşulları arasında büyük ölçüde benzerlikler bulunması ve gerekçede belirtilen "haklı neden" kimi ayrıcalıkların gözardı edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 8. maddenin iptal kararına doçentler, profesörler ve Kamu'da çalışan avukatlar yönünden katılmıyorum.

3- Geçici 9. madde, hâlen görevde bulunan hakimlerle daha önce birinci sınıfa ayrılmış veya meslekte fiilen 10 yılını doldurup ta birinci sınıf incelemesine tâbi tutulacak hakim ve savcılarının 32. maddede yapılan değişiklik gereğince birinci sınıfa ayrılma işlemlerinin düzeltilmesini öngörmektedir. Yasa'nın değişik 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılabilmek için daha önce 12 yıl olan süre 10 yıla indirilmiş, master yapan ve Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünü bitirenler için bu süre 9, doktora yapanlar için de 8 yıla düşürülmüştür.

Hakim ve Savcılarının birinci sınıfa ayrılabilmesi için diğer şartlar yanında meslekte 10 yılını doldurmak ve birinci dereceye yükselmiş olmak koşullarını taşımaları gerekir. Ancak hakimlik mesleğine başka kurumlardan geçenlerle başka kurumda çalışmaksızın ilk defa başlayanlar arasında farklılık doğmaktadır. Çünkü, 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesine göre, daha önce başka görevlerde bulunup ta hakim adaylığı görevine atananlar kadro, maaş ve derece yönünden iktisap ettiği hakları koruyarak mesleğe başlamaktadırlar. Başka bir kurumdan gelerek müktesebi 5. dereceden hakimliğe başlayan bir kişi birinci dereceyi sekizinci yılının sonunda elde ederken, başka kurumda hizmeti olmadan ilk defa hakimliğe başlayan diğer kişi

ise 8. dereceden başlayarak 14. yılın sonunda 1. dereceye gelebilmektedir. Buna göre, mesleğe aynı anda başlayan, ancak başka kurumdan naklen gelen, örnekte olduğu gibi 1. dereceyi daha önce almakta ve 10. yılını doldurduğu anda birinci sınıfa ayrılırken ilk defa hakimliğe başlayan, 14 yıl sonra birinci sınıfa ayrılma hakkını kazanmaktadır. Birinci sınıfa ayrılmak için gereken 10 yıllık hizmet şartı ilk defa hakimliğe başlayan yönünden 14 yıla çıkmaktadır. Buna göre, hâlen görevde bulunanların birinci sınıfa ayrılma işleminin 12 yıl yerine 10 yıla göre düzeltilmesinin gerektiği öngörülen Geçici 9. maddede memuriyete ilk defa hakim olarak başlayanlar aleyhine düzenleme yapılması Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğundan çoğunluk görüşüne katılmadım.

4- Geçici 10. maddede de askerî hakimlerin birinci sınıfa ayrılma koşulları değiştirilmekte, yeni koşullara göre gerekli düzeltmelerin yapılacağı öngörülmektedir. 24 Mayıs 1989'dan önce mesleğe girmiş olanlar ise, maddenin birinci fıkrada belirtilen 10 yıllık süre şartına bakılmaksızın binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askerî hakimliğe geçirileceklerdir. Önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların durumları da düzeltilecektir.

Askerî hakimler iki kaynaktan gelmektedir. Birincisi hukuk fakültelerini bitirerek askerî hakimliğe başlayanlar, ikincisi de Harp Okulu sonrası muvazzaf subay olduktan sonra hukuk fakültesini bitirerek hakimlik sınıfına geçenlerdir. Muvazzaf subayın askerî hakimliğe geçebilmesi için üsteğmen rütbesinde veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında Hukuk Fakültesini bitirmiş olması gerekmektedir.

Geçici 10. maddenin birinci fıkrası ile yapılan düzenlemeden sonra askerî hakimlerin birinci sınıfa ayrılabilme şartları: kıdemli binbaşılık rütbesi binbaşılık rütbesine, 12 yıl olan askerî hakimlik süresi de 10 yıla indirilmiştir.

Bu durumda, teğmen rütbesi ile askerî hakimliğe başlayanların birinci sınıfa ayrılabilmeleri binbaşı rütbesine terfi etmekle yani 15 yılın sonunda mümkün olur hâle gelmektedir.

Muvazzaf subaylıktan askerî hakimliğe geçenler yönünden ise; üsteğmen rütbesinin birinci yılında Hukuk Fakültesini bitiren askerî hakim 11 yılda binbaşı rütbesine terfi edecek, bunun yanında 10 yıllık askeri hakimlik yapma şartı da gerçekleşeceği için 11 yılda birinci sınıf askeri hakimliğe ayrılacaktır. Eğer yüzbaşı rütbesinin 3. yılında Hukuk Fakültesini bitirmiş ise 3 yıl hakimlik yaptıktan sonra binbaşı rütbesine gelecek, ancak 10 yılı doldurmak için 7 yıl daha hakimlik yapması gerekecektir. Ne varki, beş yıl sonra yarbay rütbesine terfi edecek için toplam 8 yıl hakimlik yapmak suretiyle birinci sınıfa ayrılacaktır.

Geçici 10 uncu maddenin ikinci fıkrasında 24 Mayıs 1989 tarihinden önce askeri hakimlik mesleğine girenlerin birinci sınıfa ayrılma durumları ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, 24 Mayıs 1989 tarihinden önce askerî hakimlik mesleğine girenlerin 10 yıllık süre şartı aranmaksızın binbaşı rütbesine terfi etmeleri, birinci sınıfa ayrılmak için yeterli olacaktır.

Böylece, teğmen rütbesi ile askerî hakimliğe başlayanlarla, muvazzaf subaylıktan askerî hakimliğe geçenlerin durumuna baktığımızda; teğmen rütbesi ile askeri hakimliğe geçenlerin 15 yılda birinci sınıfa ayrılmaları mümkün iken, muvazzaf subaylıktan geçen askerî hakimlerin en erken 3 yılda, en geç 11 yılda birinci sınıfa ayrılmaları olanaklı hâle gelmiştir.

Esas Sayısı : 1995/19
Karar Sayısı : 1995/64

Görüldüğü gibi, muvazzaf subaylıktan askerî hakimliğe geçenler yönünden ayrıcalıklı kurallar getirilmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olan Geçici 10. maddenin iptali gerekir. Çoğunluk görüşüne bu düşünceyle katılmadım.

Üye

Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Geçici 10. maddenin birinci fıkrası ile yapılan düzenlemeye göre askerî hakimlerin 1. sınıfa ayrılabilmesi için diğer koşulların gerçekleşmesiyle beraber meslekte en az 10 yılı geçirmeleri ve binbaşı rütbesi almaları gerekir.

Bu durumda teğmen rütbesi ile askeri hakimlik mesleğine başlayanlar ancak 15 yıl sonra binbaşı olabilirler -diğer koşullarda gerçekleştiği takdirde- 1. sınıfa ayrılabilirler. Muvazzaf subayken Hukuk Fakültesini bitirerek askeri hakim nasbedilenler ise mesleğe girdikleri tarihteki rütbelerine göre 11 ile 9 yıllık bir bekleme süresinden sonra 1. sınıfa ayrılabilirler. Bu şekildeki düzenleme fakülteyi kendi hesabına veya Milli Savunma Bakanlığı hesabına bitirdikten sonra askeri hakim nasbedilenler ile muvazzaf subayken hukuk fakültesini bitirdikten sonra askeri hakim nasbedilenler arasında Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı ayrılıklar yer almaktadır. Bu nedenle maddenin birinci fıkrasının iptali gerekirken, iptal isteminin reddine karar verilmesine karşıyım.

Üye

Yalçın ACARGÜN

MUHALEFET GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'yla ilgili olarak, üye Haşim KILIÇ tarafından yazılan muhalefet gerekçesi'ndeki 1. madde hâriç, 2., 3. ve 4. maddelerdeki görüşlere katılarak muhalif kaldığımı beyân ediyorum.

Üye

Sacit ADALI

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un kimi maddelerinin iptali istemiyle açılan dava sonunda verilen kararın; 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. maddenin ve Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk görüşüne aşağıda belirtilen nedenlerle katılmıyorum.

1- 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle, 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. maddede, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen hükümlerinin, halen görevde bulunan hâkim ve savcılara da uygulanacağı belirtildikten sonra, önceden birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hâkim ve savcılarının, birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilileceği, meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında da birinci sınıf incelemesi yapılacağı belirtilmektedir.

2802 sayılı Yasa'nın 4087 sayılı Yasa ile değişik 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılabilmek için daha önce 12 yıl olan süre 10 yıla, meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nü başarıyla bitirenler için bu süre 9, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için de 8 yıla indirilmiştir.

Hâkim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılma koşulları 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre diğer koşulların yanında:

- a) Birinci dereceye yükselmek,
- b) Yeni değişiklikle hâkimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmuş olmak

koşulları bulunacaktır.

Ancak, hâkim ve savcılar bakımından bu iki koşulun her zaman aynı anda gerçekleşmesi olanaklı değildir. Daha önce başka kurum veya kuruluşlarda çalışıp da sonradan hâkimliğe geçenlerle, başka kurumlarda çalışmaksızın doğrudan doğruya hâkimliğe başlayanlar arasında derece yönünden farklılıklar olmaktadır.

Daha önce başka görevlerde bulunup da sonradan hâkim adaylığına atananlara kadro, maaş ve derece yönünden iktisap ettiği hakları verildiğinden bu şekilde hâkim ve savcılık mesleğine girenler "birinci dereceye yükselme" koşulunu daha önce elde etmelerine karşın evvelce başka kurum ve kuruluşlarda hiç çalışmadan, bir görevde bulunmadan doğrudan hâkim adaylığına atananlar 8. derecenin birinci kademesinden göreve başlayacaklarından "birinci dereceye yükselme" koşulunu çok sonraları elde edebileceklerdir. Başka görevlerde çalışıp sonradan hâkimlik mesleğine girenler, 10 yıllık süreyi doldurmaları ile birlikte 1. derece koşulu evvelce gerçekleşmiş olacağından hemen birinci sınıfa ayrılmaları olanaklı iken, başka bir görevde bulunmadan hâkimlik mesleğine girenler ise ancak 14. yıl sonunda "birinci dereceye yükselme" koşulunu ihraz edebileceği cihetle, bu müddet sonunda "birinci sınıfa ayrılma" işlemine tabi tutulacağından bunlar arasında eşitsizlik yaratılmış olmaktadır ki, bu da Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenle Geçici 9. maddenin iptaline karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verildiğinden çoğunluk görüşüne katılmadım.

2- 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 10. maddede, askerî hâkimlerin birinci sınıfa ayrılma koşulları yeniden düzenlenerek, bu yeni koşullara göre gerekli düzeltmelerin yapılacağı öngörülmektedir. Maddenin birinci fıkrası ile askerî hâkimlerin birinci sınıfa ayrılmalarında aranılan rütbe ve hizmet yılında değişiklik yapılarak halen görevde bulunanlar için hâkimlik mesleğinde 10 hizmet yılını doldurdıkları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte "birinci sınıf askerî hâkimliğe" geçirilecekleri kuralı getirilmiştir.

Askerî hâkimlerin "birinci sınıfa ayrılma" esasları ve koşulları 357 sayılı Askerî Hâkimler Yasası'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. 4087 sayılı Yasa'nın Geçici 10. maddesinde yapılan değişiklikten önce askerî hâkimlerin birinci sınıfa ayrılmaları diğer koşulların yanısıra;

a) Kıdemli binbaşı rütbesinde bulunmak,

b) Askerî hâkimlik hizmetinde en az oniki yılını doldurmuş olmak,

koşullarının birlikte gerçekleşmesiyle olanaklı iken yapılan değişiklikle, kıdemli binbaşı rütbesi, binbaşı rütbesine, oniki yıllık askerî hâkimlik süresi de on yıla indirilmiş bulunmaktadır.

Askerî hâkim ve savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan karşılanacağı 357 sayılı Askerî Hâkimler Yasası'nın 2. maddesinde sayılmıştır. Madde metninde sayılan altı kaynağı başlıca iki gruba ayırabiliriz.

Birinci grup: Hiçbir askerî hizmeti olmadan hukuk fakültelerini bitirerek teğmen rütbesi ile askerî hâkimlik mesleğine kabul edilenler,

İkinci grup: Evvelce muvazzaf subay iken hukuk fakültelerini bitirenlerden askerî hâkimlik mesleğine geçirilenler. Bu grupta olanların üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında hukuk fakültesini bitirmiş olmaları koşulu aranacaktır.

Subayların normal rütbe bekleme süreleri 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'nın 30. maddesinde gösterilmiştir.

4087 sayılı Yasa ile yapılan yeni düzenlemeye göre, askerî hâkimlikte diğer koşulların yanısıra binbaşı rütbesinde olmak ve meslekte on hizmet yılını doldurmak koşulları gerçekleştiğinde "birinci sınıfa ayrılma" olanağı getirilmekle, yukarıda belirtilen birinci grup askerî hâkimler, yani hukuk fakültesini bitirerek teğmen rütbesi ile askerî hâkimliğe başlayanlar binbaşı rütbesine ancak 15 yıl sonra gelebileceklerinden asgarî 15 yıl askerî hâkimlik görevini yaptıktan sonra birinci sınıfa geçirilebilecekler, buna karşın muvazzaf subay iken hukuk fakültesini bitirip askerî hâkimlik sınıfına geçirilenlerden üsteğmen rütbesinin birinci yılında geçenler 11 yıl, yüzbaşı rütbesinin üçüncü yılında geçenler de 3 yıl sonra binbaşı rütbesinde olacaklarından, üsteğmen rütbesinde askerî hâkimliğe geçen 10 hizmet yılını doldurmuş olduğundan hemen, yüzbaşı rütbesinde askerî hâkimliğe geçen de 7 yıl daha askerî hâkimlik yaptıktan sonra birinci sınıfa ayrılabilirlerdir. Diğer taraftan 353 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde yarbay rütbesindeki askerî hâkimler için on yıl hizmet koşulu aranmayacağı kuralı olduğundan yüzbaşı rütbesinde askerî hâkim olanlar 7 hizmet yılını da beklemeden binbaşı bekleme süresi olan 5 yılı doldurduğunda birinci sınıfa ayrılabilirlerdir.

Böylece teğmen rütbesi ile askerî hâkimliğe başlayanlar ile muvazzaf subay iken hukuk fakültesini bitirerek askerî hâkim olanlar arasında birinci sınıfa ayrılmaları bakımından eşitsizlik yaratılmış olduğundan, yapılan bu düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenlerle Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının iptaline karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verildiğinden çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Ali HÜNER

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1995 günlü ve E.1995/19, K.1995/64 sayılı kararıyla, 9.3.1995 günlü ve 4807 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un kimi maddeleri

Esas Sayısı : 1995/19
Karar Sayısı : 1995/64

oybirliği, kimi maddeleri de oyçokluğuyla iptal edilmiştir. Oyçokluğuyla iptal edilen maddelerinden;

4807 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki karara "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden", üçüncü fıkrası ile 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki kararlara da "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla, üniversite doçent ve profesörleri yönünden" katılmıyorum.

Gerek kamu avukatlarının gerekse Üniversite doçent ve profesörlerinin mesleğe kabulünde, intibak sürelerinin hesabında ve birinci sınıfa ayrılmalarında kamuda hiç görev almamış avukatlarla birlikte düşünölmelerinin yerinde olmayacağı açıktır. Zira, belirtilen görevliler kamu hizmetine girişte belirli koşullara tabi olmuş, bulundukları derece ve kademelere terfilerinde de ilgili yasalarında öngörölen süreleri geçirmişlerdir. Bu nedenle bu görevliler yönünden yapılan yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Bu görüşler ve bu konuya ilişkin sayın üyeler Haşım KILIÇ ve Sacit Adalı'nın karşıoy gerekçelerine de katılarak çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Lütfi F. TUNCEL

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/12-1 (Yürürlüğu Durdurma)

Karar Günü : 7.6.1995

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN : TBMM Anamuhalefet Partisi (Anavatan Partisi) Grubu Adına Grup Başkanı A. Mesut YILMAZ.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU : 21 Mart 1995 tarih ve 22234 Sayılı Resmî Gazete ile yayımlanan 9.3.1995 tarih ve 4087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

4087 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptal istemini içeren 27.4.1995 günlü dava dilekçesinin "İptal Davasının Konusu" başlıklı bölümünde "yürütmenin durdurulması" ve "sonuç ve istem" başlıklı bölümünde ise "Dava sonuna kadar uygulamasının (yürütmenin) durdurulması istenilmiştir.

II- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince yapılan yürürlüğü durdurma istemini inceleme toplantısında; isteme ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, iptali ve yürürlüğü durdurulması istenilen yasa kurallarıyla dayanan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Dava konusu 4087 sayılı Yasa kurallarından anlaşılabileceği üzere, Yasa'ya ilişkin olası bir iptal kararının verilmesi ve bu kararın yürürlüğe girmesine kadar Yasa kurallarının uygulanması durumunda daha sonra giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecek ilerde verilebilecek bir iptal kararı belki de sonuçsuz kalacaktır.

Bu nedenle, istem doğrultusunda 4087 sayılı Yasa'nın kimi kurallarının yürürlüğünün durdurulmasına karar vermek gerekmiştir.

III- SONUÇ

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı, "Hâkimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un:

A) 2. maddesiyle değiştirilen 24.2.1983 günlü, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun;

39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının,

B) 3. maddesiyle aynı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasında ve 40. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin,

C) 5. maddesiyle aynı Yasa'ya eklenen;

a- Geçici 8. maddenin,

b- Geçici 10. maddenin ikinci fıkrasının,

D) Geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin,

uygulanmalarından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptal isteminin reddi durumunda karar gününe, kabulü durumunda ise iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, OYBİRLİĞİYLE,

E) a- 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının,

b- 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin ikinci fıkrasının,

c- 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 11. maddesinin, yürürlüğünün durdurulmasının gerekmediğine OYBİRLİğİYLE,

d- 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. madde ile Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının yürürlüğünün durdurulması isteminin REDDİNE, Ahmet N. SEZER, Yalçın ACARGÜN ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYçOKLUğUYLA,

7.6.1995 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	ye
Yekta Güngör ÖZDEN	Yılmaz ALİEFENDİOğLU	İhsan PEKEL
ye	ye	ye
Selçuk TÜZÜN	Ahmet N. SEZER	Haşım KILIÇ
ye	ye	ye
Yalçın ACARGÜN	Mustafa BUMİN	Sacit ADALI
ye	ye	
Ali HÜNER	Lütfi F. TUNCEL	