

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/34
Karar Sayısı : 2014/79
Karar Günü : 9.4.2014
R.G. Tarih-Sayı : 09.09.2014-29114

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 5. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendinin Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Ankara İl Jandarma Komutanlığında uzman sivil memur olarak görev yapan davacının, 2011 yılı askerî hâkim alım sınavına katılmak amacıyla yaptığı başvurunun "*askerliğini kısa dönem er olarak yaptığı*" gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 2. maddesi şöyledir:

"Kaynaklar:

Madde 2- *Askerî hâkim ve askerî savcı ihtiyacı aşağıda belirtilen kaynaklardan sağlanır:*

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

B) Askerî liseleri bitirerek harb okullarına kabul olunan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerinin giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

C) Kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar.

D) (Ek: 19/1/1981 - 2372/1 md.; Değişik: 1/6/2005 - 5359/1 md.) Harp okulu mezunu ya da en az dört yıllık fakülte veya yüksekokulu Türk Silâhlı Kuvvetleri nam ve hesabına okuyarak muvazzaf subay nasbedilenlerden veya 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel

Kanunu hükümlerine göre dış kaynaktan muvazzaf subay nasbedilenlerden hukuk fakültesi mezunu üsteğmen rütbesinde veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında bulunanlar. Bu subayların taşımaları gereken diğer özel şartlar yönetmelikle belirlenir.

E) (Ek: 22/9/1983 - 2894/1 md.; Değişik: 1/6/2005 - 5359/1 md.) Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar.

F) (Ek: 24/5/1989 - 3562/1 md.) Liseleri bitirerek hukuk fakültelerine devam hakkını kazanmış olanlar ile hukuk fakültelerinde okudukları sınıfı başarı ile geçenlerden lüzum ve ihtiyaç duyulduğunda askerî öğrenciliğe kabul edilip, öğrenimlerini tamamlayanlar.

(Değişik: 19/1/1981 - 2372/1 md.) Bu kaynaklardan faydalanmaya ilişkin şekil ve esaslar, Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine, Milli Savunma Bakanlığınca tespit olunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 18.2.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

Mahkemede bakılmakta olan davanın konusunu, davacının 2011 yılı askerî hâkim alım sınavına katılmak amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem oluşturmaktadır. Mahkemece gönderilen bilgi ve belgelerden, idari işlemin, davacının askerliğini tamamladıktan sonra hâkimlik sınavına başvurmuş olması nedeniyle talebin reddi yolunda tesis edildiği anlaşılmaktadır. Askerliğini yapanların askerî hâkim olamaması, itiraz konusu kuralda yer alan *"ve henüz askerliğini yapmamış."* ibaresinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, anılan ibare davada uygulanacak kural olup itiraz konusu kuralın kalan bölümünün bakılmakta olan davadaki uyuşmazlığın çözümüne bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 357 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendine ilişkin incelemenin *"ve henüz askerliğini yapmamış."* ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, askerlik hizmetini kısa dönem olarak yapanların askerî hâkim olmasının engellendiği, askerlik hizmetinin zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken anayasal bir ödev olduğu gözetildiğinde, askerî hâkim olabilmenin *"kısa dönem askerlik yapmamış olmak"* şartına bağlanmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ve askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği bir şart olmadığı, ayrıca hukuk fakültesi mezunu erkek vatandaşlardan henüz askerliğini yapmamış olanların askerî hâkim olabilmesi mümkün iken askerliğini kısa dönem olarak yapanların askerî hâkim olamamalarının eşitlik ilkesini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 2. maddesinde, askerî hâkim ve askerî savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan sağlanacağı düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasının itiraz konusu (E) bendinde, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadınlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanların askerî hâkim ve askerî savcı olabilmelerine imkân sağlanmaktadır. Sözü edilen bentle, diğer bentlerde sayılanların yanında, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadın ve erkek Türk vatandaşlarının da askerî hâkim olabilmelerine olanak tanınmakta, ancak itiraz konusu ibareyle, erkek vatandaşlar yönünden bu hak, *"askerliğini yapmamış olmak"* şartına bağlanmaktadır. Buna göre, askerliğini uzun dönem veya kısa dönem er ya da erbaş olarak yapanlar ile yedek subay olarak yapanların, hukuk fakültesini tamamlamış olsalar bile askerlik görevleri bittikten sonra askerî hâkim ve askerî savcı olabilmeleri mümkün değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin birinci fıkrasında, *"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir."* denilmiş; ikinci fıkrasında ise *"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."* hükmüne yer verilmiştir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hükmü getirilmekle, bir yandan kamu hizmetine alımda aranacak koşulların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmakta, diğer yandan da öngörülecek koşulların görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması gereği vurgulanarak kanun koyucunun bu takdiri sınırlandırılmaktadır.

Askerî hâkimlik mesleği, başta hukuk formasyonu olmak üzere sivil hâkimlerde aranan kimi niteliklerin yanında, askeri hizmetin özelliklerine vâkıf olmayı da gerektirebilmektedir. Bu nedenle, askerî hâkimlik görevinde bulunacaklarda, sivil hâkimlerden farklı olarak askeri

hizmetin gerektirdiği farklı bir takım şartların aranması kanun koyucunun takdirindedir. Ancak öngörülen şartların, askerî hâkimlik ve askerî savcılık mesleklerinin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması ve ayrıca hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçüsünü zedelememesi gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralla, askerî hâkim olabilmek için askerlik hizmetinin yapılmamış olması şartı getirilmiştir. Önceden zorunlu askerlik hizmetini yapmış olmanın, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği hangi niteliklerle uyumlu olamayacağı hususu, gerek Kanun'un 2. maddesine gerekse bu maddede sonradan yapılan değişikliklere ilişkin yasama süreçlerinden anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan, askerliğini yapmış olmanın, askerî hâkimlik görevinin nitelikleriyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmayı haklı kılacak objektif bir neden de tespit edilememektedir. Esasen, askerî hâkimlik mesleğinin gerektirdiği özellikler, adaylık döneminde verilecek eğitimlerle kazandırılabilen ve bu dönemde, adayın askerî hâkimlik hizmetinin gerektirdiği donanım ve niteliklere sahip olması temin edilebilmektedir. Kişinin önceden zorunlu askerlik hizmetini yapmış olması, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği tarafsızlık ve diğer niteliklere sahip olamayacağının karinesi olarak da görülemez. Kaldı ki, kişinin askerî hâkimlik mesleğine elverişli olmadığı sonradan anlaşılması durumunda gerek bir yıllık adaylık döneminde gerekse üç yıllık yardımcılık döneminde Türk Silahlı Kuvvetleriyle ilişkisinin kesilmesi mümkündür. Bu itibarla, askerî hâkimlik mesleğine alınmada aranan, "*askerliğini yapmamış olmak*" şartının, Anayasa'nın 70. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında görevin gerektirdiği bir nitelik olduğu söylenemez.

Öte yandan, Anayasa'nın 72. maddesinde, vatan hizmeti olarak nitelenen askerliğin, her Türkün hakkı ve ödevi olduğu belirtildikten sonra, bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceğinin veya getirilmiş sayılacağına kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu yetkiye dayanılarak çıkarılan 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 1. maddesiyle, askerlik hizmeti, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkeğe mecburi kılınmıştır. Her erkek Türk vatandaşının Anayasa ve kanunlar çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü olduğu bir vatani görev olan zorunlu askerlik hizmetinin ifasının, askerî hâkimlik ve askerî savcılık mesleğine alınmama nedeni olarak kurallaştırılması ve bu suretle askerlik hizmetine olumsuz bir sonuç bağlanması, hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

A- (E) bendine ilişkin esas incelemenin "*ve henüz askerliğini yapmamış.*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

B- (E) bendinde yer alan "*ve henüz askerliğini yapmamış.*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Esas Sayısı : 2014/34
Karar Sayısı : 2014/79

9.4.2014 gününde karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.10.1963 tarih ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 2. maddesi, askeri hâkim ve askeri savcı ihtiyacının, sayılan altı ayrı kaynaktan sağlanacağını hüküm altına almaktadır. Anılan maddenin iptal istemine konu (E) bendinde, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren **"ve henüz askerliğini yapmamış"** erkek vatandaşlardan istemde bulunanların da askeri hâkim olarak başvuruda bulunacakları hüküm altına alınmış; Anayasa Mahkemesince "...ve henüz askerliğini yapmamış..." ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Hangi kaynaklardan askeri hâkim istihdam edileceği hususu yasa koyucunun takdir hakkı içerisinde olup, askerlik hizmetinin özelliği ve gerekleri dikkate alınarak bu yetki yasa koyucu tarafından kullanılmış ve iptal istemine konu (E) bendinde kendi hesabına hukuk fakültelerini bitiren erkek vatandaşlardan yalnız "askerliğini yapmamış olanların" başvuruda bulunabilecekleri esası öngörülmüştür. Esasen 2. maddenin (c) bendinde, kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar bakımından da bir imkân öngörülmüştür. Kaldı ki potansiyel askeri hâkim kaynakları sadece 2. maddede sayılanlarla da sınırlı değildir. Örneğin, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapmakta olan astsubaylar ve devlet memurlarından bir hukuk fakültesini bitirenler de, maddede sayılmadıkları için askeri hâkimliğe kabul edilemeyecektir. Çoğunluk gerekçesi dikkate alındığında, bu statüdekiler yönünden de bir "olumsuz düzenleme"nin, dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığın ileri sürülmesi kaçınılmazdır. Oysa askerlik hizmetinin özelliği ve gerekleri yasa koyucu tarafından dikkate alınarak, sadece altı bent halinde sayılan kaynaklardan istifade yoluna gidilmiştir.

Söz konusu ibarenin iptali (E) bendindeki kuralın genişletilmesi sonucunu doğurduğu gibi, kanaatimizce, mevcut kuralın Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'ya uygun olduğunu değerlendirdiğimizden; iptale yönelik çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Nuri NECİPOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

357 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının "Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar" şeklindeki (E) bendinin Anayasaya aykırılığı itirazında bulunulması üzerine, bu bentte geçen ". ve henüz askerliğini yapmamış." ibaresinin Anayasanın 2. ve 70. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

1- 357 sayılı Kanunun 2. maddesinde askerî hâkim ve savcı ihtiyacının karşılanacağı kaynaklar sayılmakta; iptaline hükmedilen ibarenin de bulunduğu (E) bendinde ise hukuk fakültesini bitiren erkek vatandaşların askerî hâkim ve savcı olabilmesi, askerliğini yapmamış olma şartına bağlanmaktadır.

Anılan maddede altı bentte sayılan kaynaklar incelendiğinde, askerlik hizmetini yedeksubay veya uzun ya da kısa dönem er yahut erbaş olarak tamamlamış olanların bunlar arasında bulunmadığı görülmektedir. Böylece, kanun koyucunun henüz askerliğin yapılmamış olmasını görevin gerektirdiği nitelikler arasında değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Anayasanın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin ikinci fıkrasında, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Kararda, anılan hükme göre, hizmete alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu, ancak bu takdirin sınırlı olduğu ifade edilerek itiraz konusu kurala ilişkin takdir yetkisinin de askerî hâkimlik ve savcılık mesleklerinin gerektirdiği niteliklerle sınırlı olduğu; askerliği yapmamış olmanın görevin gerektirdiği bir nitelik olmadığı; askerlik hizmetinin anayasal bir görev olması karşısında bu görevin ifa edilmiş olmasının askerî hâkimliğe alınmama sebebi olarak öngörülmesinin, hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı belirtilmektedir.

Kararda da belirtildiği üzere, askerî hâkimlik mesleği, diğer hâkim ve savcılarda aranan niteliklerin yanında, askerî hizmetin özelliklerine vâkıf olmayı da gerektirdiğinden, bazı ilâve şartların aranması kanun koyucunun takdirindedir. Anayasanın ilgili hükmünde açıkça öngörülme ve kanuna bırakılan niteliklerin belirlenmesi konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bu itibarla, kanun koyucunun, askerî hâkimlik görevine alınacaklarda aranacak şartları belirlemede takdir yetkisini kullanırken aradığı "askerliğini yapmamış olma" şartının, görevin gerektirdiği niteliklerden olup olmadığının belirlenmesi anayasallık denetiminin dışındadır. Maddenin (A), (B), (C), (D) ve (F) bentlerinde öngörülen şartlar gibi (E) bendinde öngörülenler de yasama organının, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği nitelikler olarak değerlendirip aradığı şartlardır. Anayasa gereğince söz konusu nitelikleri belirleme yetkisi yasama organına aittir. Yasama organının takdir yetkisini kullanırken belirlediği mezkûr niteliklerin görevin gerektirdiği niteliklerden olmadığının belirtilmesi yerindelik denetimine girer.

2- Maddenin altı bendinde sayılan niteliklerin birbiriyle uyumlu olduğu ve aynı hukukî durumda bulunanlar arasında farklı düzenlemeler öngörmediği de anlaşılmaktadır. Bu sebeple kanun koyucunun anılan şartları belirlerken "askerliğini yapmamış olma" şartını öngörmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı yönündeki tespiti katılmak da mümkün değildir.

3- Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu kuraldaki ".ve henüz askerliğini yapmamış." ibaresinin iptali, anılan kural ile getirilen imkânın, yasama organının öngördüğü şartları taşımayanlara da tanınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, düzenlemenin kapsamı kanun koyucunun öngörmediği ölçüde ve yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

Bu sebeplerle, iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümünden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

M. Emin KUZ