

## HUKUK DEVLETİ VE RE'SEN EMEKLİLİK

Doç. Dr. Burhan KUZU(\*)

### I. İDARİ İŞLEMLERİN DENETİMİ VE HUKUK DEVLETİ

Bu hususta 1961 Anayasasının 114. maddesi karşılığı olarak 1982 Anayasasının 125. maddesi yer almaktadır. Bu hüküm doğrudan doğruya "hukuk devleti" kavramı ile ilgilidir. Nitekim bu maddenin gerekçesinde şöyle denilmektedir: "İdarenin denetim yolları arasında hukuka uygunluğu sağlamada en etkin olanı yargısal denetimdir. Dolayısıyla, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesi getirilmek suretiyle Hukuk Devleti anlayışının zorunlu unsuru vurgulanmaktadır."<sup>(1)</sup>

Anayasanın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Bu kavram en kısa tanımıyla, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini "İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan devlet" şeklinde tanımlamıştır<sup>(2)</sup>.

Hukuk dilinde "hukuk devleti" deyişi, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı "Polis Devleti" kavramının karşıtı olarak kullanılmaktadır. Hukuk devletinin çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biri olduğunda şüphe yoktur. Gerçekten, vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür<sup>(3)</sup>.

Devletin bütün işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olması, Hukuk Devletinin başlıca varlık şartlarından birini oluşturmaktadır. Hukuk kurallarına uymayı sağlayacak mekanizma olarak, devletin eylem ve işlemlerinin

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) KUZU B., Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1994, s. 144.

(2) Bkz. E. 1976/1, K. 1976/28, Kt. 25.5.1976, AMKD, S. 14, s. 189.

(3) ÖZBUDUN E., Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1990, s. 95.

yargı denetimi altında bulunması akla gelmektedir. Yürütmenin yargısal denetimi bütün demokratik ülkelerde yerleşmiş bir kuraldır.

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda iki sistem vardır. Bunlardan birincisi, bu denetimi genel yargı organlarına bırakan ve özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan "adlî idare" veya "yargı birliği" sistemidir. Bu sistemde tek bir yargı organı vardır ve devletle fert arasındaki hukuki uyuşmazlıklar tıpkı fertler arasındaki hukuki uyuşmazlıklar gibi bu yargı organlarınca yani genel mahkemelerce çözülür. İkinci sistemde ise, yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukukî uyuşmazlıkların çözümü, genel mahkemelere değil, özel bir takım yargı kuruluşlarına, yani idare mahkemelerine bırakılır. "İdarî yargı" adı verilen bu sistem, Fransa'da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupası ülkelerine yayılmıştır. Ülkemizde yüz yılı aşkın bir süredir bu sistem uygulanmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, gerek adlî yargı, gerekse idarî yargı sistemleriyle bağdaşabilir. Hukuk devleti bakımından önemli olan nokta, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenebilmesidir. Bu denetim sağlandıktan sonra, denetimi yapan mahkemenin genel mahkeme veya idare mahkemesi oluşu hukuk devleti açısından önem taşımaz<sup>(4)</sup>.

Hukuk devleti denilince ilk olarak yürütmenin hukuka bağlılığı ve yürütme işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması akla gelmektedir. Bunu daha çok tarihî sebeplerle açıklamak mümkündür. Hukuk devleti ilkesi mücadelesinin yapıldığı geçen yüzyıllarda yürütme organı genellikle kral ve onun bakanlarından oluştuğu için, bu dönemlerde kişi haklarına karşı saldırıların ancak yürütme organından gelebileceği, dolayısıyla vatandaşların hukukî güvenliğinin sağlanabilmesi için yürütme organını hukukla bağlamanın gerekli ve yeterli olduğu düşünülmüştür. Kişi haklarının millî iradeden doğan yasama organına karşı da korunmasının gerekebileceği, tarihî bakımdan daha sonraları ortaya çıkan ve benimsenen bir düşüncedir. Nitekim yasama organının yargısal denetimi bazı demokratik ülkelerde (Ör. İngiltere gibi) henüz kabul edilmemiştir. Halbuki idarenin işlemlerinin yargısal denetimi hemen hemen bütün demokratik ülkelerde kabul edilmiştir<sup>(5)</sup>.

Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasasında Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri belirtilirken, adalet anlayışı içinde insan haklarına dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu nitelikler arasında geçen "hukuk devleti" ifadesini Anayasa Mahkemesi yukarıda da zikrettiğimiz gibi şöyle açıklamaktadır: "Hukuk devleti demek, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında

(4) İbid, s. 96-97.

(5) İbid, s. 95-96.

hukuk ve Anayasaya uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan bir devlet demektir."<sup>(6)</sup>

Danıştay da vermiş olduğu bir kararında "İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması hukuk devletinin en karakteristik vasfı icabıdır" diyor<sup>(7)</sup>.

## II. 1982 ÖNCESİ UYGULAMA

Bu kısa açıklamalardan, Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın muhtelif kararlarından anlaşıldığı üzere, hukuk devletinin en önemli niteliklerinden biri, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olmasıdır. Bu ilkenin dışına çıkarak idarenin bazı işlemleri yargı denetiminin dışında tutuluyorsa, hukuk devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu açıktır. Yönetim ile yönetilenler arasında çıkan anlaşmazlıkların giderilmesinde en etkili yol yönetimin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi tutulmasıdır<sup>(8)</sup>. 1924 Anayasası döneminde Danıştay, bir kısım yürütme işlemlerini siyasî mahiyette görerek, bunlardan doğan uyuşmazlıklara bakmayı reddediyordu. "Hükümet Tasarrufu" adı verilen bu işlem kategorisi "hikmetinden sual olunmaz" türünden bir düşünceyle ve "yerindelik" denetimine dönüşür endişesiyle denetim dışı bırakılmıştı ve bugün artık böyle bir anlayış bütün demokratik ülkelerde kaybolmuştur<sup>(9)</sup>.

Öte yandan, özellikle 1950-60 döneminde çıkarılan bazı kanunlarla da bir takım işlemler yargı dışı tutulmuştur. 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin (b) fıkrasının son bendi, 6422 sayılı ve 1954 tarihli kanunla değiştirilmiş ve "bu fıkra hükümlerine göre re'sen emekliye sevk edilenler hakkında kararlar kat'idir. Bu karar aleyhine hiç bir surette kaza merciilerine başvurulamaz" şeklini almıştır. Bu değişikliğe dayanarak Yargıtay üyelerinden 16'sı bir günde emekliye sevk edilmiştir<sup>(10)</sup>. Keza, aynı kanuna dayanarak bazı Büyükelçiler de emekli edilmiştir.

Seul Büyükelçisi Doktor Kamil İdil, 26.10.1959 günü Dışişleri Bakanlığınca re'sen emekliye sevk edilmesi üzerine Danıştay'da dava açmıştır. Adı geçen Bakanlık tasarrufu, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 8.4.1960 günlü ve 1960/80 sayılı kararı ile şekil noksanlığı ve yetkisizlik yönlerinden iptal edilmiştir.

(6) Bkz. E. 1966/11, K. 1966/44, Kt. 29.11.1966, AMKD, Sy. 5, s. 13; E. 1963/124, K. 1963/243, Kt. 11.10.1963, AMKD, S. 1, s. 348.

(7) E. 320, K. 50/128, Kt. 30.3.1950, DDK, S. 50 - 53, s. 112.

(8) GÖZÜBÜYÜK A.Ş., Yönetim Hukuku, Ankara, 1988, s. 235.

(9) Bkz. GİRİTLİ İ., Hükümet Tasarrufları, İstanbul, 1958.

(10) ALDIKAÇTI O., Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. Bası, İstanbul, 1982, s. 345.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, bu incelemeyi yaparken davalının emekliye ayrılmasının dayanağını oluşturan 5434 sayılı Kanunun değişik 39. maddesinin (b) bendini Anayasanın 8, 31, ve 114. maddelerine aykırı bularak, durumu 23.11.1962 gün ve 52377 sayılı yazısı ile Anayasa Mahkemesine sevk etmiştir.

Görülüyor ki, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu bu kanunun ilgili hükmünün Anayasaya aykırılığını, Anayasada temel ilke olarak yer alan, "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı", "hak arama hürriyeti" ve "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu" belirten kurallara dayandırmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunun genel gerekçe kısmının "iktidarın yapısı başlığını taşıyan yargı bölümünde yer alan "hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Anayasa, bütün devlet faaliyetlerinin kaideler hiyerarşisi içinde kazaî murakabeye tâbi tutmuş bulunmaktadır" şeklindeki ifadelerle yer verdikten sonra şöyle demektedir: "İdarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiç bir halde yargı merciilerinin denetimi dışında bırakılamaz şeklindeki Anayasanın 114. maddesi, kazaî denetimi bütün idarî eylem ve işlemlere teşmil etmek suretiyle devlet faaliyetlerinin kazaî denetim sistemini tamamlamış bulunmaktadır. Anılan 114. madde hükmü, bu konuda hiç bir tereddüt ve şüpheyeye yer vermeyecek kadar kesin ve açıktır. Nitekim bu maddenin gerekçesinde, bir çok kanunlarda, o kanunlara ilişkin idarî kararlar karşı kazaî müracaat yollarının kapatılmış bulunduğu bir vakıa olduğu ve bu hükümlerin hukuk devleti anlayışına aykırılığı açık olmakla beraber, bundan böyle, geçmiş tatbikatta olduğu gibi, herhangi bir tereddüde yer ve imkân vermemek maksadıyla yeni Anayasada bu maddeyi terke zaruret görüldüğü belirtilmiştir. Bahis konusu 39. maddenin (b) fıkrasına dayanılarak verilen (re'sen emekliye ayırma) kararından ötürü hak ve menfaatleri ihlâl edilenlerin, yetkili yargı merciilerine başvurma hakları, Anayasanın 31 ve 114. maddeleri ile sağlanmış olduğundan bu yolu kapatan ve Anayasanın sözüne ve özüne aykırı olan 5434 sayılı kanunun 39. maddesinin 6422 sayılı kanunla değişik (b) fıkrasının itiraz konusu son bendinin iptali gerekmektedir". Yüksek Mahkeme bu gerekçe ile adı geçen hükmü Anayasaya aykırı bularak oy birliği ile iptal etmiştir<sup>(11)</sup>.

### III. 1982 ANAYASASINDA DURUM

Yukarıda yaptığımız kısa açıklamalardan anlaşıldığı üzere "hukuk devleti"nin en önemli vasfı, özellikle idarî işlem ve eylemlerin yargı dışı kal-

(11) Bkz. E. 1962/262, K. 1963/21, Kt. 30.1.1963, AMKD, Sy. 1, s. 86.

mamasıdır. Bu durum bu gün Batı Demokrasilerinde tamamen yerleşmiş ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bir ilke halini almıştır.

Durum bu kadar açık ve yargı organlarının eğilimi de bu yönde olduğu halde, 1982 Anayasası, temel ilke olarak hukuk devletini (md. 2) devletin niteliklerinden kabul ettiği ve bunun zorunlu bir sonucu olarak idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tuttuğu (md. 125) halde, diğer bazı düzenlemelerde bir takım işlemlerin yargı dışı tutulduğunu belirtmiştir. Bunlar genel kurala istisna olarak gösterilmiştir. Yargı dışı tutulan işlemler şunlardır: Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler (md. 125/2, md. 105/2), Yüksek Askeri Şûra Kararları (md. 125/2), olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (md. 148/1), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları (md. 152/4). Ayrıca, Anayasanın geçici 15. maddesi ile de bir çok tasarruf yargı denetimi dışında tutulmuştur. Buna göre, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini kullanan 2356 sayılı kanunla kurulan Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı yargı merciilerine başvurulamaz. Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez.

Yargı muafiyeti kazandırılan bu işlemler ve tasarruflar arasında sadece Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler için biraz anlayış gösterilebilir. Ancak Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler arasında bir ayırım yaparak, Cumhurbaşkanı'nın yürütme organının başı sıfatı ile yapacağı işlemleri yargı denetimine tâbi tutarken, Onun "Devletin başı" sıfatıyla yapacağı işlemleri "idarî işlem" sayılmayacaklarından yargı denetimi dışında tutmak lazımdır<sup>(12)</sup>.

Bu durum dışında kalan yargı bağımsızlığı kazandırılmış hususları kabullenmek, bir hukuk devletinde imkânsızdır. Ne varki bunun yolu normal yasama prosedürü takip edilerek gerekli değişikliklerin yapılmasıdır. Olağanüstü hal döneminde çıkarılan KHK'lerin yargı dışı tutulmasını kabullenmek mümkün değildir. Zira, olağanüstü hal rejimi keyfî değil hukukî bir rejimdir. Böyle olmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hâl KHK'lerini bir takım gerekçelerle denetlemesi de kabul edilebilir bir durum değildir. Anayasanın açıkça yargı dışı tuttuğu bir işlem türünü yargı denetimine tabi tutmak, açıkça Anayasanın ihlâli sonucunu doğurur. Bütün gönlümüzle bu tür KHK'lerin yargı denetimine tâbi olmalarını arzulamamamıza rağmen,

(12) ÖZBUDUN E., a.g.e., s. 98, 296-297. Ayrıca Bkz. KUZU, B., Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum, İHFM, 1988-1990, S. 1-4, İstanbul, 1991, s. 76-77.

Anayasa Mahkemesinin zorlama ve tatminkâr olmayan bir takım gerekçelerle bu KHK'leri denetlemesini<sup>(13)</sup> "hiç bir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamaz" şeklindeki Anayasa hükmü (md. 6) ile bağdaşır bulmuyoruz<sup>(14)</sup>.

Anayasanın geçici 15. maddesi için de durum aynıdır. Bu hükmün artık geçersiz kaldığı şeklindeki görüşleri benimsemek mümkün değildir. Benzer düzenleme 1961 Anayasasında da (Geçici md. 4) mevcuttu. Anayasa Mahkemesi bu hükümle ilgili olarak birbirinin tamamen tersi muhtelif kararlar vermiştir<sup>(15)</sup>. 1982 Anayasasının geçici 15. maddesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi çok yerinde olarak şöyle diyor: "Bahis konusu geçici maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal korunma altında bulunan yasa hükümlerinin sırf bu nedenle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden de sözedilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir"<sup>(16)</sup>.

Görülüyor ki, sorunun halli pek kolay değil ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi birbiri ile çelişkili kararlar verip duruyor. Bu konuda kesin bir tercih yapmak bize de zor geliyor. Bir muhalefet şerhinde belirtildiği gibi "yasama organının Anayasaya uygun olacak bir düzenlemeyi zamanında yapmamış olması, yürürlükteki yasa hükmünün gözardı edilmesini gerektirmez. Mahkemeler yürürlükteki yasa kurallarını daima dikkate almak zorundadırlar. Diğer taraftan Anayasa hükümleri üstünlük ve bağlayıcılık gibi nitelikleri yönünden eş değerde kurallardır. Birinin diğerine tercihi, bir ilkenin korunması pahasına diğerinin ihmâl edilmesi olanağı yoktur... bu durumda iptal ve itiraz davası yollarını kapatmış olan Anayasanın (1961) geçici 4. maddesini dikkate almamak... Anayasasının 34. maddesini geçici 4. madde hükmüne tercih etme sonucunu yaratacağı içindir ki, benimsenemez."<sup>(17)</sup>.

Tabii ki, sorunun çözümü, bir Anayasa değişikliği ile geçici 15. maddeyi yürürlükten kaldırmakla mümkündür. Bu değişiklik yapılmadığı sürece, Anayasa Mahkemesi çelişkili kararlar vermeye devam edecektir. Durumu düzeltmek tamamen TBMM'nin yetkisi içindedir. 1982 Anayasası her ne

(13) Bkz. E. 1920/25, K. 1991/1, Kt. 10.1.1991, RG. 5.3.1992-21162, E. 1991/6, K. 1991/20, Kt. 3.7.1991, RG. 8.3.1992-21165.

(14) Bkz. KUZU B., Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul, 1992.

(15) Bkz. E. 1969/24, K. 1969/50, Kt. 30.9.1969, AMKD, S. 7, S. 408, E. 1971/41, K. 1971/67, Kt. 17-19.8.1971, AMKD, S. 11, s. 67, E. 1981/8, K. 1982/3, Kt. 6.5.1982, RG. 30.11.1983-18237. Ayrıca Bkz. AMKD, S. 20, s. 8.

(16) Bkz. E. 1984/1, K. 1984/1, Kt. 28.9.1984, RG. 14.2.1985-18666, s. 39.

(17) Bkz. 1981/8, K. 1982/3, Kt. 6.5.1982, AMKD, S. 20, s. 14.

kadar bu konuda TBMM'ne açık bir yetki vermemiş ise de, bu hususta Meclisin mevcut kanunları ve ilgili geçici maddeyi değiştirme yetkisinin olmayacağını söylemek imkânsızdır. Nitekim, 1961 Anayasası "devrim tasarruflarını" düzenleyen geçici 4. maddesinde, yasama organının bunları değiştirme yetkisinin her zaman mevcut olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre "27 Mayıs 1960 devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilebilir veya kaldırılabilir".

Belirttiğimiz gibi, 1982 Anayasasının geçici 15. maddesinin ne zaman yürürlükten kalkmış sayılacağı konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. 1982 Anayasa Komisyonu Başkanı Aldıkaçtı, bir dava vesilesiyle mahkemeye verdiği bilirkişi raporunda, söz konusu maddenin artık yürürlükte olmadığını ileri sürmüştür<sup>(18)</sup>. Bu görüş doğru sayılacak olursa, geçici 15. maddede bir geçiş dönemi öngörülmüş demektir. Fakat doktrinde ağır basan görüş bu maddenin geçici olmadığı yönündedir<sup>(19)</sup>. Anayasa Mahkemesi de bu yorumu benimseyerek geçici 15. maddenin süreklilik arz ettiğini oybirliği ile kabul etmiştir<sup>(20)</sup>.

Kanaatimizce geçici 15. madde, 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimlerin yapılmasını takiben toplanan TBMM Başkanlık Divanının oluşumuna (7 Aralık 1983) kadar geçen süre içinde yapılmış olan yasama ve yürütme işlemleri için her türlü sorumluluğu kaldıran ve yargı denetimini engelleyici mahiyette, tabir yerinde ise "kalıcı bir geçici hüküm"<sup>(21)</sup> niteliğinde bir düzenlemedir. Tekrar belirtelim ki, bu kanunların yasama yoluyla değiştirilmeleri veya kaldırılmaları her zaman mümkündür<sup>(22)</sup>. Keza, geçici 15. maddenin Anayasadan çıkarılması yolu da kapalı değildir. Nitekim Doğru Yol Partisi ile Sosyal Demokrat Halkçı Partinin oluşturduğu Koalisyon hükümetinin kamuoyuna arz edilen dokuz maddelik Anayasa değişikliği taslağında bu husus da mevcuttur.

(18) Rapor için bkz. Yeni Gündem, 16 Eylül 1985, s. 30, Ek. 9.

(19) ÖZBUDUN E., a.g.e., s. 45, 339, SOYSAL, M. 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1982 Anayasasına Bilimsel Yaklaşım, İstanbul 1986, s. 395, TANÖR B., İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul 1986, s. 113. Ayrıca, TBB Başkanı T. Evren, İstanbul Barosu Başkanı S.S. Tekinay da aynı görüşler. Bkz. Milliyet, 29.11.1985, Cumhuriyet, 12.12.1985.

(20) Bkz. E. 1985/19, K. 1985/21, Kt. 28.11.1985, AMKD, S. 21, s. 235.

(21) SOYSAL M., s. 395.

(22) ÖZBUDUN E., s. 45.

#### IV. YÜKSEK ASKERÎ ŞÛRA KARARLARI VE RE'SEN EMEKLİLİK

##### 1. Yüksek Askerî Şûra Kararları

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden itibaren varolan ve Cumhuriyet döneminin hemen başlangıcında 24.4.1941 tarih ve 636 sayılı Şûrayı Askerinin Teşkilât ve Vezâifi Hakkında Kanunu ile yeniden teşekkül ettirilen Yüksek Askerî Şûra 17.7.1972 tarih ve 1602 sayılı "Yüksek Askerî Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"la yeniden düzenlenmiştir.

Yüksek Askerî Şûranın görevleri, bahsi geçen 1602 sayılı Kanunun 3. maddesinde şu şekilde belirlenmiştir: Genel Kurmay Başkanlığınca hazırlanan askerî stratejik ana fikrin (konseptin) tesbiti ve gerektiğinde yeniden gözden geçirilmesi hususlarında görüş bildirmek; Silahlı Kuvvetlerin ana program ve hedefleriyle ilgili konularda görüş bildirmek; Silahlı Kuvvetlerle ilgili olup, önemli görülen Kanun, Tüzük ve Yönetmelik taslaklarını inceleyip görüş bildirmek; Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya Millî Savunma Bakanının lüzum gördükleri hallerde, Silahlı Kuvvetlerle ilgili diğer konular hakkında görüş bildirmek; diğer kanunlarla verilen görevleri yapmak. Bu görevlerin önemli bir bölümü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri personel kanununda gösterilmiştir.

Dikkat edilirse, kuruluş kanununa göre Yüksek Askerî Şûranın görevlerinin önemli bir kısmı Silahlı Kuvvetlerin iç hizmetlerine ilişkin sorunlarla ilgili olmak üzere "görüş bildirme" şeklinde gerçekleşecektir. Ayrıca, kanunda yukarıda zikrettiğimiz atıf yoluyla da, Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu subay, astsubay ve generallerin terfi ve emeklilik işlemleri konusunda karar verme yetkisi de Askerî Şûra'ya verilmiştir.

1961 Anayasasının ilk şeklinde 114. maddede "idarenin hiçbir eylem ve işlemi yargı denetimi dışı tutulamaz" yer alırken, bu Anayasanın 1971'de geçirdiği değişiklikle "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" haline getirilmiş bu hüküm 1982 Anayasasının 125. maddesinde de aynen muhafaza edilmiştir. Bu ifadenin, 1961 Anayasasının ilk şekline göre daha az kuvvetli olduğu düşünülebilirse de, aslında aralarında herhangi bir fark yoktur. Sadece psikolojik bir tutum farkı olduğu söylenebilir.

Anayasada bu kadar açık düzenleme bulunmasına rağmen, Anayasa 125. maddenin 2. fıkrasında "Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır" diyerek, önemli bir istisna getirmiştir. Danışma Meclisi Anayasa metninde mevcut bulunmayan bu istisna, ilgili maddeye Millî Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Konseyin gerekçesi şöyledir: "Yüksek Askerî Şûranın, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli personelin terfi ve emeklilikleriyle ilgili kararlarının özellik ve önemi dikkate alınarak, bunla-



rın idarî yargı denetimi dışında kalmasını ... sağlamak amacıyla ..." (23). Dikkat edilirse, Konsey, Silahlı Kuvvetler mensuplarının emeklilik ve terfi ile ilgili işlemlerinin yargı denetimine tâbi olmasının askeri disiplini zayıflatacağı düşüncesi ile yargı dışı tutulmasını uygun görmüş. Tabii ki, bu düşüncenin altında yatan gerekçe çok isabetli değildir. Çünkü bu işlemlerin yargı denetimine tâbi olmaları sadece "hukuka uygunluk" denetimi ile sınırlı olacağından bunun "yerindelik denetimine" kaymasının mümkün olamayacağı da dikkate alındığında, endişeye mahal bir durumun olmaması gerektiği açıktır. Esasen hukuka uygun olmayan bir idarî işlemin hangi gerekçe ile olursa olsun yargı dışı tutulması, gereklerini yukarıda açıkladığımız hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamaz. Zira, hukukî nitelikleri bakımından tam anlamı ile idarî işlem sayılan Yüksek Askerî Şûra kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasını, modern devlet anlayışının en önemli vasıflarından biri sayılan "hukuka bağlı devlet" prensibi, Anayasa ve hukukun üstünlüğü ilkeleri açısından uygun bulmak imkansızdır. (24).

Anayasada yer alan bu kuralın "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırılık teşkil ettiği ve hiçbir gerekçe ile yargı denetimi dışında tutulması izah edilemeyecek türden olan Yüksek Askerî Şûra kararlarının mutlaka yargı denetimine tâbi olmaları gerektiği yönünde doktrinde ittifaka yakın bir birlik mevcuttur (25). Esasen bu hususu ele alan hiçbir yazar aksi görüşü savunmamış ve ters bir sonuca varmamıştır. Anayasadaki bu açık düzenlemeler karşısında böyle bir istisnayı benimsemek pek mümkün olmasa gerektir.

1602 sayılı Yüksek Askerî Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 21. maddesinde 2568 sayılı kanunla yapılan değişiklik (26) sonucu, kurul kararlarının yargı denetimi dışı tutulduğu açıkça belirtilmiştir. Bu değişiklik 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce 1981 yılında gerçekleştirilmiştir. Yani önce kanunda yapılan değişiklikle Yüksek Askerî Şûra kararları aleyhine dava açılmayacağı hükme bağlanmış, sonra Anayasanın 125. maddesinde aynı hüküm yer almıştır. 12 Eylül 1980 döneminde bu şekilde, önce kanun bazında düzenleme sonra Anayasaya koyma usulü bir çok hüküm bakımından geçerlidir. Adeta, "Anayasaya uygun kanun" yerine "Kanuna uygun Anayasa" yolu benimsenmiştir. Bu tür yapılan kanunlar "devrim tasarrufu" sayılarak da bunlar için yargı yolu ayrıca kapatılmıştır. Bi-

(23) Bkz. KUZU B., Mevzuat... s. 145. Ayrıca Bkz. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, (S) Sayısı 450, s. 83.

(24) ÖZBUDUN E., s. 98-99.

(25) Bu konuda bkz. GÖZÜBÜYÜK A.Ş., Yönetmelik Yargı, Ankara 1983, s. 30, ANCIN O., Yüksek Askerî Şûra Kararlarının Denetimsizliği, Milliyet 28.7.1987, KIRCA C., Anayasa Muhalefet-İnsan Hakları, Hürriyet, 21.9.1987, KILERCİOĞLU O., Hukuk Devleti ve Söylentiler, Tercüman, 30.6.1987.

(26) Bkz. RG. 26.12.1981-17556.

lindiği gibi 12 Eylül 1980'den TBMM seçimleri yapıp Başkanlık Divanının olduğu 7 Kasım 1982 tarihleri arasında çıkarılan kanunlar, kanun hükümünde kararnameler aleyhine yargı yoluna başvurma yolu Anayasanın geçici 15. maddesi ile kapatılmıştır. Kaldı ki, bu yol geçici 15. maddenin kaldırılması ile açılabilir, Anayasadaki açık hüküm nedeniyle Yüksek Askerî Şûra kararları aleyhine dava açmak mümkün değildir.

## 2. Re'sen Emeklilik

Yüksek Askerî Şûra kararlarının yargı dışı tutulmasının sancuları özellikle re'sen emeklilik konusunda kendisini hissettirmiştir. Bir gazetede<sup>(27)</sup> yer alan "Ordu içinde dînî konularda Anayasaya ve Silahlı Kuvvetler Yasası ve Yönetmeliklerine aykırı davranışta bulunan 2 subay ve 28 astsubayın Silahlı Kuvvetlerle ilişkisinin kesildiği" şeklindeki haber üzerine konu daha da güncellik kazandı.

Mevzuatımıza göre, emekliye ayrılma nedenleri istek üzerine, yaş haddi, maluliyet sebebiyle ve re'sen emekliye ayırma olarak belirtilmiştir. Şu halde re'sen emeklilik de normal emeklilik yollarından biridir. Bu yüzden, re'sen emekli edilmesi durumunda aynen diğer emeklilik statüsünün doğurmuş olduğu sonuçları doğurmalıdır. Aksini düşünmek mümkün değildir. Zira, re'sen emeklilik, emeklilik statüsü kazandırmıyorsa veya farklı şekilde olsaydı, bu durumun mutlaka kanunda açıkça belirtilmesi gerekirdi. Nitekim 5434 sayılı kanunun 92. maddesinde, emekliliği sona erdiren hususlar açıkça belirtilmiş olduğu halde, re'sen emeklilik bunlar arasında zikredilmemiştir.

Durum böyle olmakla beraber, "disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle" emekliye ayırma hali normal emeklilik durumundan farklı değerlendirilmiştir. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 50/c maddesinde, disiplinsizlik veya ahlâkî durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, bu konuya ilişkin hususların Subay Sicil Yönetmeliğinde gösterileceği hükme bağlanmıştır. Subay Sicil Yönetmeliğinin "Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma" başlığını taşıyan 99. maddesinde Silahlı Kuvvetlerde kalmaları belge ile anlaşılıp uygun görülmeyenler hakkında hizmet sürelerine bakılmaksızın emeklilik işlemi yapılacağı belirtilmiş ve sebeplerin neler olduğu sayılmıştır. Disiplin bozucu hareketlerde bulunmak, ikaz veya cezalara rağmen ıslah olmamak ve hizmetin gerektirdiği şekilde tavır ve hareketlerini ikazlara rağmen düzenleyememek, gösterilen bu sebepler arasında bulunmaktadır.

(27) Bkz. Milliyet Gazetesi, 2.8.1990.

"Disiplinsizlik ve ahlâkî durum" nedeniyle Silahlı Kuvvetlerden ayırma durumu dışında kalan emeklilik halleri 1602 sayılı kanunun 21. maddesi gereğince idarî dava yolu ile denetime tâbi tutulmaktadır. Bu hükme göre dava Askerî Yüksek İdare Mahkemesi bakacaktır. Fakat, "disiplinsizlik ve ahlâkî durum" nedeniyle emeklilik halinin, Genel Kurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Yüksek Askerî Şûra tarafından incelenmesi durumunda kararın Şûra kararı şeklinde çıkacağı hükme bağlanarak, Anayasanın 125. maddesinin 2. fıkrası ile, 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21. maddesinin son fıkrası karşısında, bu kararlara karşı dava açılmayacağı belirtilmiştir.

### 3. Hakimlik Teminatı, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Re'sen Emeklilik

Elbette ki bu istisnayı hukuk devleti olduğunu iddia eden bir ülkede kabul etmek mümkün değildir. Hele bir Hakim Subay hakkında aynı işlemin uygulanması daha da vahim bir durum teşkil etmektedir. Nitekim bu yöndeki bazı uygulamalar kamuoyunda ve hukuk çevrelerinde ciddi tenkid konusu olmuştur. Bu tür emekli olanlara silah taşıma, emekli hüviyet kartı ve sağlık fişi verilmemektedir. Bu durum görünürde emekli fakat ifade yerinde ise aslında "ordudan ihraç" statüsüne benzer bir hal oluşturmaktadır.

Öte yandan, hakimlik teminatından yararlanan bir hakimin aleyhine hiçbir bilgi ve belge olmadan, hakkında soruşturma yapılmadan, Yüksek Askerî Şûra kararlarıyla emekliye ayrılmasının izahını yapmak mümkün değildir. Kadrosuzluk, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle bir askerî hakimin yargı yolu kapalı olacak şekilde hakimlik görevinden idari makamlarca re'sen alınması imkânını veren bir kanuni düzenlemeyi hakim teminatı ve bağımsızlığı ilkeleri ile bağdaştırmak düşünülemez.

Mahkemelerin bağımsızlığının ve hakimlik teminatının işleyebilmesi için bir takım mesleki güvencelere kavuşturulmaları zorunluğu vardır. Meslekte sürekliliği, yükselmesi, aylık ve ödenekleri güvenceye kavuşturulmuş, geleceği hakkında tam bir güvenlik duygusu içinde bulunmayan hakimin tarafsızlık içinde, hiçbir etki altında kalmadan, hukuka ve vicdani kanaatine göre karar verebileceğini ve dolayısıyla mahkemenin bağımsızlığının sağlanabileceğini savunmak güçtür. Bu nedenle, hakimlere tanınan teminatlar bir imtiyaz ve ayrıcalık değil, hizmetin iyi işlemesi, dolayısıyla kamu yararı için öngörülmüş bir tedbirdir<sup>(28)</sup>.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir çok kararında bu hususları açıkça belirtmiştir. Bir kararında şöyle diyor: "... Anayasanın, hakim-

(28) ÖNBİLGİN G.-OYTAN M., T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararları, Ankara 1977, s. 155

leri maddî ve manevî endişelerden ve her türlü etkiden uzak tutmak, görevlerini Anayasaya, yasalara, hukuk kurallarına ve vicdanî kanaatlerine göre yapmalarını sağlamak amacını güttüğü açıkça anlaşılmaktadır... kendilerine tanınan teminatın özü, görevlerinde kalmalarıdır. Hakimlik teminatı ancak bu suretle korunabilir"<sup>(29)</sup>.

Bir başka kararına göre de "Hukuk devletlerinde sıkı sıkıya bağlanılan mahkemelerin bağımsızlığı ve onun başlıca ögesi olan hakimlik teminatı ilkeleri kişilerin, mahkemelerin genellikle hiç bir etki, özellikle yürütmenin etkisi altında kalmaksızın, tam yansız olarak görevlerini yerine getireceklerinden emin olmaları, mahkemelere, hakimlere güvenmeleri, inanmaları, bu yönden herhangi bir kaygı, tedirginlik içinde kalmamaları için benimsenmiş bir düzenin temelini oluşturur. Bu düzeni aksatacak veya kişilerde düzenin iyi işlemeyeceği kuşkusunu uyandırabilecek yöntemlerin o düzende yeri olmamak gerekir..."<sup>(30)</sup>.

Anayasa Mahkemesi ayrıca Askerî hizmetlerin gerekleri ile hakimlik teminatı ilişkisine de bir yorum şekli getirmiştir. Şöyle ki: "Anayasa, adlî, idarî, askerî yargı arasında bir ayırım gözetmeksizin yargı yetkisinin Millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılması genel ilkesini benimsemiş, mahkemelerin bağımsız olmaları ve hakimlerin teminat altında bulundurulmalarını gerek genel ve gerekse, idarî ve genel olarak askerî yargı ile, özellikle, Askerî Yargıtay yönünden bir zorunluk olarak belirlemiştir. İnsan haklarına dayanan, demokratik... hukuk devleti yapısı içinde mahkeme kavramının, askerlik hizmetlerinin olağan ağırlık ve kapsamı içinde uygulanacak gerekleriyle uyuşmasına olanak bulunmadığı ortadadır... Askerlik hizmetleri gereklerinin en başında disiplin astlık-üstlük, buyurma-buyruğa uyma ilişkileri, rütbe ile sonuçlanmış yetkiler düzeni gelir... Askerlik hizmetlerinin gerekleri ancak mahkemenin bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi, dayanağı olan hakimlik teminatına dokunmadığı sürece ve o oranda söz konusu olabilir... Bu mahkemenin anayasal yapısı karşısında askerlik hizmetlerinin gerekleri nedenine dayanılarak bağımsızlığın ve hakimlerinin teminatının zedelenmesine yol açılması, hukuk tarafından savunulabilir bir tutum olamaz. Askerî Yargıtayın bağımsızlığını ve hakimlerinin teminatını koruyacak güvenlik alanının sınırına dayandığında askerlik hizmetlerinin gerekleri durur, durdurulur, artık işlememesi, işletilmemesi gerekir"<sup>(31)</sup>.

Benzer şekilde bir diğer kararında da "...Askerlik hizmetlerinin gerekleri ne denli ağır basarsa bassın, bu durumun mahkemelerin bağımsızlığını ve hakimlik teminatını zedelemesine bir hukuk devletinde göz yumulamayacağı ortadadır..." diyor<sup>(32)</sup>.

(29) Bkz. E. 1963/125, K. 1963/112, Kt. 15.5.1963, RG. 28.6.1963-1140.

(30) E. 1975/159, K. 1975/216, Kt. 18. 12.1975, RG. 12.4.1976-15557.

(31) E. 1972/49, K. 1974/1, Kt.10.1.1974, RG.24.6.1974 - 14925.

(32) E. 1975/150, K. 1975/215, Kt.18.12.1975, RG.12.4.1976 - 15557.

Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerle askeri hakimlerin özlük işlerinin bir yönetmelikle düzenlenmesinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Kararında şöyle diyor: "...Sicil işlerine ilişkin düzenlemelerin 926 sayılı yasanın çeşitli kurallarıyla Subay Sicil Yönetmeliğinde yer alması öngörülmüştür. Bilindiği üzere, yönetmelikleri Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri yapmak durumundadır. Anayasanın ...maddesi askerî hakimlerin özlük işlerinin yasa ile düzenlenmesini öngörürken, Askerî Yargıtay Başkanlarının, üyelerinin ve Başsavcılarının general ve amiralliğe yükselebilmeleri için baş koşul olan sicil işlerinin bir Bakanlığın hazırlayacağı yönetmelikle düzenlenmesini mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarıyla ve Anayasanın buyruklarıyla bağdaştırmak olanaksızdır..."<sup>(33)</sup>.

Yüksek Mahkeme askerî hakimlerin kadrosuzluk nedeniyle "yaş haddinden önce emekli edilmelerine imkân veren hükmün iptali için açılan davada konuya şu şekilde yaklaşmıştır: "357 sayılı kanunun 22. maddesi, bir yandan hakim subayların emeklilik yaş hadlerini rütbelerindeki öteki subayların kanunda yazılı yaş hadlerine bağlayarak Anayasanın, askerî hakimlerin yaş haddinin kanunla belli edilmesi yolundaki amir hükmüne uyarken, bir yandan da kadrosuzluk nedeniyle askerî hakimlerin kanunda yazılı yaş haddinden önce hizmetten uzaklaştırılmaları, daha doğrusu 22. maddenin incelenmesinden anlaşılacağı üzere emekli edilmeleri yolunu açmaktadır. Bu düzenleme Anayasanın değişik 134. maddesinin ikinci fıkrası kuralına doğrudan doğruya aykırıdır. Onun için burada mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerini ve kadro verip vermemenin idarenin takdirine bırakılmış bir konu olmasından çıkan sonuçlar üzerinde ayrıca durulmamıştır"<sup>(34)</sup>.

Anayasa Mahkemesi hakimlik teminatı ve mahkemelerin bağımsızlığı konusunda bir çok karar vermiştir ve hepsi de aynı doğrultudadır. Kararlarında özet olarak şunu söylüyor: "Mahkemelerin bağımsızlığına ve hakimlerin güvence ile donatılmış bulunmalarına ilişkin Anayasa kuralları, Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin zorunlu niteliklerinden olarak gösterilen hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez öğelerindedir. Mahkemelerin bağımsızlığı veya hakimlik güvencesine ilişkin kuralların yorumunda bu kuralların hukuk devleti ilkesi ile olan zorunlu bağlantıları hiç bir zaman gözden uzak tutulamaz..."<sup>(35)</sup>. "Bu teminatın özü anayasada yazılı belli nedenler ve kendi istekleri dışında görevlerinde kalmalarıdır."<sup>(36)</sup>. "Hakimlerin bağımsızlığı bu teminata kavuşmaları ile mümkündür"<sup>(37)</sup>.

(33) E. 1967/43, K.1969/31, Kt. 30.5.1969, RG.4.3.1970 - 13436.

(34) E.1972/49, K.1974/1, Kt.10.1.1974, RG.24.6.1974 - 14925.

(35) E.1970/63, K.1971/38, Kt.13.4.1971, RG.16.11.1971 - 14017.

(36) E.1963/125, K.1963/112, Kt.15.5.1963, RG.28.6.1963 - 11440.

(37) E.1963/109, K.1966/17, Kt.29.3.1966, RG.16.7.1966 - 12350; E.1963/81, K. 1966/40, Kt. 4.11.1966, RG.13.4.1967 - 12572; E.1972/49, K.1974/1, Kt.10.1.1974, RG.24.6.1974 - 14925.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetlediğimiz kararlarından çok açık olarak anlaşıldığı üzere hakimlik teminatı ve bağımsızlığı hukuk devletinin en temel vazgeçilmez özelliğini oluşturmaktadır. Bu nedenle hakimlerin teminatını zedeleyecek türden hiç bir istisna, hiç bir gerekçe ile kabul edilemez. Askerî hizmetlerin özelliği ve gerekleri gibi gerekçeler de kabul edilemez. Bu nedenle, askerî hakimlerin özlük işlerinin düzenlendiği bir takım hükümlere dayanarak, kadrosuzluk, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlakî durum gibi nedenlerle bir askerî hakim için bir yargı kararı olmaksızın hakimlik görevinden idarî makamlarca re'sen alınması sonucunu doğuran bu şekilde bir kanunî düzenleme yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Hele bir de bu işlemlere karşı idarî yargıda dava açma yollarını Anayasa ve kanun ile tıkamak demokrasi ve hukuk devleti ilkelerini temeli yapmış bir devlette kabulü imkânsız bir durumdur.

#### 4. Re'sen Emeklilik ve Özel Hüküm - Genel Hüküm İlişkisi

Konuya bir başka açıdan baktığımızda bazı hukukî sorunların da mevcut olduğu gözükcektir. Şöyle ki: Burada sözkonusu ettiğimiz olayda uygulanan 357 sayılı Askerî Hakimler Kanununun 22/c maddesi bir askerî hakim hakkında disiplinsizlik ve ahlakî durum sebebiyle emekliye ayırma işleminin hangi nedenlere dayalı olarak yapılabileceğini belirtmiş, ancak bunun usulünü göstermeyerek, diğer subaylara uygulanan yöntemin askerî hakimlere de uygulanacağı yolunda bir genel atıf hükmünü öngörmüştür. Yukarıda açıkladığımız düşünceler, Anayasa Mahkemesinin kararları ve Anayasanın amir hükümleri karşısında bu tip bir emeklilik durumunun kabulü mümkün olmamakla birlikte, pozitif hukuk kuralları açısından böyle bir düzenlemenin bir an için Anayasaya uygun olduğu kabul edilse bile, bu tür bir işlemin yapılma usulünün mutlaka bir "özel" kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle hakimi görevinden ayırma gibi önemli bir hususun özel kanunda değil de bir atıf hükmü ile genel bir kanunda düzenlenmesi bile hakim teminatının ciddiye alınmamasının, özel durumunun hafife alınmasının en açık göstergesidir.

Yapılan bu genel atıf dolayısıyla, bir askeri hakim için disiplinsizlik ve ahlakî durum nedeniyle emekliye ayırma işleminde uygulanacak olan kural, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetler Personel Kanununun 50/c maddesi hükmüdür. Atıfta bulunan 357 sayılı kanunun 22/c maddesi, bu atıf hükmünü 1611 sayılı ve 17.7.1972 tarihli kanunla yapmış ve yapılan bu atıf 926 sayılı kanunun 7.7.1971 tarih ve 1424 sayılı kanunla değişik 50/c maddesine yapılmıştır. Atfın yapıldığı tarihte, 926 sayılı kanunun 50/c maddesi hükmü şu şekilde idi: "Disiplinsizlik veya ahlakî durumları nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır. Bunlar

hakkındaki lüzumlu sicil belgelerinin ne suretle ve ne zaman tanzim edileceği Subay Sicil Yönetmeliğinde gösterilir".

Bu hüküm 1983'de 2870 sayılı bir yasa ile değiştirilerek şu hale getirilmiştir: "Bu sebeplerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı subay sicil yönetmeliğinde gösterilir. Bu gibi subaylardan durumlarının Yüksek Askerî Şûra tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi Yüksek Askerî Şûra kararı ile yapılır".

Dikkat edilirse, bu konuda atıf yapılan kanun hükmü sonradan değişmiş ve atıf yapıldığı tarihte mevcut olmayan yeni bir takım unsurlar eklenmiştir. Bu yeni usulde bir subayın emekliye ayrılmasının bazı hallerde Yüksek Askerî Şûra kararı ile mümkün olabilmesidir. Şûra kararlarının 1982 Anayasasının 125. maddesine ve 1602 sayılı Yüksek Askerî Şûra'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun değişik 21. maddesi çerçevesinde idarî yargı yolunun kapalı olması karşısında atıfın ilk yapıldığı tarih ile sonradan ilgili maddenin değiştirilmiş hali arasında çok ciddî bir fark belirlemiştir. Hele, bu durumun bir de hakim sınıfından subaylar için de uygulandığı düşünülürse, bu değişiklik daha da önem arz eder.

Bilindiği gibi kanun hükümleri genel ve özel olmak üzere iki kısma ayrılır. Özel hüküm genel hükümden önce uygulanır. Hakkında özel hüküm bulunan durumlara genel hükümler uygulanmaz<sup>(38)</sup>. Genel hükümler, özel hüküm bulunmadığı zaman uygulanır. Kanun metninde bir atıf hükmünün bulunduğu durumda atıf yapılan hüküm tatbik edilir. Ancak atıf yapılan kanun hükmünün lafzî yorumu atıf yapan kanunun genel esprisine uymaması durumunda lafzî yorum ihmal edilerek kanun ruhu itibariyle uygulanır. Yani kanuna metnine özüne uyan bir anlam ve uygulama imkânı verilir<sup>(39)</sup>.

Öte yandan, atıf ilişkisinin kurulduğu iki kanundan kendisine atıfta bulunan kanunun tamamen yürürlükten kalkmış olması atıfta bulunan hüküm açısından ilişkiyi sürdürür. Başka bir deyimle, yürürlükten kaldırılmış kanun umumî, ona atıfta bulunan kanun hususî bir kanun ise, yürürlükten kalkmış olan umumî kanunun kendisine atıfta bulunan hükümleri, bu atıf sınırı çerçevesinde yürürlükte kalır. Çünkü hususî kanun bu hükme kendi hayatiyetini vermiş, onu kendine mal etmiştir<sup>(40)</sup>. Atıf yapıldığı takdirde, genel kanunun belirli bir hükmü, özel kanun tarafından iktibas edilmiş, yani adeta genel kanunun hükmü olmaktan çıkmış özel kanun hükmü haline

(38) KARAYALÇIN Y., Hukukta Öğretide Kaynak-Metod Problem Çözme, Ankara 1986, s. 99.

(39) ATAAY A., Medeni Hukuk, I. Kitap Genel Teori, İstanbul 1967, s. 35-36, 40-41.

(40) EREM F., Türk Ceza Hukuku, Ankara 1984, s. 128.

gelmiş, özel kanunun çerçevesi ve süresi içinde kendine özgü bir hayat ve varlık kazanmıştır<sup>(41)</sup>.

Şu hususu da belirtelim ki, genel kanunda yapılan değişikliklerle dolayısıyla atıf yapılan hükümde bir değişiklik veya yürürlükten kaldırma söz konusu olabilir. Ancak, özel kanunda buna uygun bir değişiklik yapılmadıkça artık özel kanunun bir hükmü haline gelmiş olan aynı hüküm, bu özel kanun çerçevesi içinde eski durumunu ve varlığını sürdürür ve genel kanunda yapılan değişiklik özel kanunu etkilemez<sup>(42)</sup>.

Anayasa Mahkemesi de özel-genel hüküm ilişkisi konusunda şöyle diyor: "...Bilindiği üzere, bir konu, kendine özgü kurallarla düzenlenmişse sorunların çözümünde genel kurallara gidilir. Şayet o konuda özel düzenlemeler varsa ve bu düzenlemeler açık seçikse, artık genel kurallara başvurulması düşünülemez... Özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir..."<sup>(43)</sup>.

Açıkladığımız bu hususlardan çıkan sonuca göre, atıf yapılan genel kanun hükmünde sonradan yapılacak değişiklikler özel kanun açısından dikkate alınmayacaktır. Dikkate alınabilmesi için mutlaka özel kanunda bu genel kanundaki yeni değişikliğin belirtilerek atıf yapılması gerekir. Aksi halde, genel kanunda yapılan değişiklik özel kanunun ruhu dikkate alınarak uygulanır. Özel kanunun esprisi dikkate alınarak ona uymayacak türden genişletici yoruma başvurulamaz.

İncelemekte olduğumuz konu açısından meseleye baktığımızda çok daha hassas bir noktada olduğumuz görülecektir. Çünkü konu hakim bağımsızlığı ve teminatı ile yakından ilgilidir. Tartıştığımız hususta, askerî hakimlerle ilgili özel bir kanun olan 357 sayılı kanun, "disiplinsizlik ve ahlakî durum sebebiyle" emekliye ayırma usulünü (md. 22/c), aynı konuyu düzenleyen genel nitelikteki Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanununa (md. 50/c) atıf yaparak halletmiştir. Bu atıf, adı geçen kanunun 17.7.1972 tarihli haline ilişkindir. Oysa, bu madde 2870 sayılı ve 29.7.1983 tarihinde değiştirilerek Yüksek Askerî Şûra yetkili kılınmıştır. Bu değişiklik 357 sayılı kanunun 22/c maddesini etkilemez. Esasen bir askerî hakim, askerî hakim sınıfı dışında kalan subaylar için kabul edilmiş olan "Yüksek Askerî Şûra kararları ile ayırma" yöntemine tâbi tutulmasını pozitif hukuk açısından da açıklamak mümkün değildir. Gerçekten aksi bir görüşün kabulü halinde, Anayasanın hakimler için kabul ettiği teminat ve bağımsızlıkla ilgili düzenlemeler anlamını yitirir. Anayasanın 125. maddesi ile Yüksek Askerî Şûra kararlarının yargı dışı tutulduğu düşünülürse, hakimler için emeklilikte şûrayı yetkili kılmanın hem de bu işi hukukî düzenleme çerçevesinde yap-

(41) ERMAN S., Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1983, s. 36.

(42) İbid.

(43) E.1990/32, K.1990/25, Kt.16.10.1990, RG.30.11.1990 - 20711.



manın kabul edilmezliği ve hukuk devleti kavramı ile bağdaşmasının mümkün olmadığı açıktır. Unutmamak gerekir ki, hakimlere tanınan bu teminatlar fonksiyonları gereği tanınmıştır. Bu durum yukarıda zikrettiğimiz Anayasa Mahkemesinin birçok kararında mevcuttur. Kaldı ki Anayasada askerî hakimlerin özlük işlerinin özel bir kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır (md. 145). Bu düzenlemenin "mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, askerî hizmetlerin gereklerine göre" yapılacağı ilgili maddede hükme bağlanmıştır. Bu durum aynı şekilde ilgili maddenin gerekçesinde de ayrıca vurgulanmıştır. Aynen şu ifadeler mevcuttur: "Askerî yargı organlarının kuruluş ve işleyişleri askerî hakimlerin özlük işlerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin genel hükümlerden aynen yararlanacakları, bunun yargı hizmetinin bağımsızlığının tabii bir sonucu olduğu ilke olarak benimsenmiş, ancak asker kişi olmaları ve silahlı kuvvetler bünyesi içerisinde görev yaptıkları hususu gözönünde tutularak, yargı hizmeti dışındaki ilişkilerinin kanunla düzenleneceği, bu düzenlemenin sadece bu hususa ait olduğu belirlenmiştir"<sup>(44)</sup>.

Görülüyor ki, Anayasa koyucusu askerî hakimlerin meslekî özellikleri nedeniyle bazı istisnaî düzenlemelere tâbi tutulabileceklerini, ancak bu durumda bile hiç bir zaman Anayasada belirtilen hakimlik teminatı ve bağımsızlığı ilkelerine aykırı hükümler konulamayacağını açıkça istemiştir. Bu açık hüküm karşısında kıt'a subaylarının emekliye ayırma usulünde sonradan yapılan değişiklikle Yüksek Askerî Şûranın belli durumlarda yetkili olmasını askerî hakimler açısından da kabul etmek mümkün değildir. Bu sonucu, Anayasanın açık hükümlerinden, Anayasa Mahkemesi kararlarından, demokratik-hukuk devleti ilkelerinden, özel-genel hüküm ilişkisinden çıkarmak mümkündür.

## 5. Uluslararası Belgeler ve Re'sen Emeklilik

"Disiplinsizlik ve ahlakî durum" nedeniyle emekli edilen bir askerî hakim Anayasanın açık hükmü (md. 125/2) ve 1602 sayılı Yüksek Askerî Şûra'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 21. maddesi karşısında, Şûra kararlarına karşı yargı yoluna gidemeyeceğine göre çözüm nedir? Nitekim, uygulamada bu tür muameleye tâbi tutulan kıt'a subayları, askerî hakimler ve askerî doktorlar vardır. Yüksek İdare Mahkemesine dava açanlar mevcuttur. Ne varki, hiç bir netice alınamamıştır. Yüksek Mahkeme kararlarında Anayasanın ve ilgili kanun hükmünü ileri sürerek talepleri reddetmiştir.

Bu durum karşısında konuyu milletlerarası alana çekmek ve belki orada bir çözüm bulmak mümkündür. Bu belgelerden biri İnsan Hakları Avrupa

(44) KUZU B., Mevzuat... s. 164.

Sözleşmesi olabilir. Bu belge bazı şartlarla ferdî başvuru hakkını kabul etmiştir (md. 25, 26). İnsan Hakları Komisyonuna başvurunun ilk şartı iç başvuru yollarının tüketilmiş olması, nihaî kararın verilmiş olması ve bunun üzerinden altı aylık bir sürenin geçmemiş olması gerekir.

Somut meselemizde Yüksek Askerî Şûranın vermiş olduğu karar kesin olduğuna göre ilgili subay için iç denetim yollarını başlatmak pek mümkün gözükmemektedir. Bu bakımdan "iç denetim yollarının tüketilmesi" şartının nasıl gerçekleşmiş olacağı bir sorun teşkil etmektedir. Bu durumda ya dava açarak reddini sağlamak suretiyle bu mekanizmanın başlamasını sağlamak ya da Anayasanın ve ilgili kanunun bu açık hükmü karşısında iç dava yollarının daha başta otomatikman tükenmiş olduğunu kabul ederek komisyona başvurmak mümkün olabilir. Bu durum karşısında komisyonun tutumunun ne olabileceğini kestirmek biraz güçtür.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ferdî başvuru hakkını kabul ettiğine<sup>(45)</sup> ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Divanının yargı yetkisini tanıdığına göre<sup>(46)</sup> uluslararası mekanizmayı bu konuda çalıştırmak mümkündür. Öte yandan, TBMM bünyesinde kurulmuş bulunan İnsan Hakları İnceleme Komisyonuna<sup>(47)</sup> başvurmak da ilk etapta düşünülebilir. Hatta bu yol Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvuruda temel şart olarak kabul edilmiş olan "iç denetim yollarının tüketilmiş olması" koşulunun yerine getirilmiş olmasını sağlamak için de kullanılabilir. Tabii ki, TBMM İnsan Hakları Komisyonuna müracaat etmek bir denetim yolu niteliğinde görülebilir.

Bugün artık uluslararası belgelerin etkileri her türlü çekincelere rağmen hissedilmektedir. Öyle ki, sözleşmeyi imzalayan devletlerin koydukları çekinceler dar yorumlanmakta ve fazla dikkate alınmamaktadır. Bu belgelerin, Anayasaların ve iç hukuk düzenlemelerinin üzerinde oldukları bir çok mahkeme kararlarında vurgulanmıştır. Uluslararası Andlaşmaların kanun güç ve kuvvetinde olduklarını ve Anayasaya aykırılıklarının ileriye sürülemeyeceğini açıkça hükme bağlayan Anayasamızın hükmü de Milletlerarası sözleşmelerin etkilerini artırıcı yönde yorumlanmaktadır.

Danıştay, bu konuda vermiş olduğu son bir kararında bu hususa açıkça değinmiştir. Şöyle diyor: "İnsan Haklarına ilişkin uluslararası belgelerde yer alan hükümlerle bireyin uluslararası hukukun bir süjesi konumuna getirildiği tartışmasızdır. Bu belgelerde devlet, başka devletlere karşı, kendi vatandaşlarının bu haklardan yararlandırılacağına dair yükümlülük altına girmektedir... Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konu-

(45) Bkz. RG.21.4.1987 - 19438.

(46) Bkz. RG.27.9.1989 - 20384; RG.26.12.1989 - 20384.

(47) Bkz. RG.8.12.1990 - 20719.

sunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının sarsaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürüleceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada devletin bir andlaşma yaparken, eğer andlaşma ile Anayasa çatışıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir... İç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır<sup>(48)</sup>.

Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında uluslararası belgelerin nitelik ve etkilerini, iç hukukla olan ilişkilerini Danıştayın yaklaşımı gibi yorumlamıştır<sup>(49)</sup>.

Yüksek Mahkemelerimizin de belirttikleri gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamakla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bu sözleşmede yazılı hak ve hürriyetleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda sözleşmeye taraf diğer devletlere karşı uluslararası bir yükümlülük altına girdiğinde kuşku yoktur. Nitekim sözleşmenin 1. maddesinde "Yüksek Akid taraflar kendi kaza haklarına tâbi her ferde işbu sözleşmenin birinci bölümünde tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar" şeklinde kesin ve bağlayıcı bir kural yer almaktadır. Ayrıca, 57. maddede de "Her Yüksek Âkid taraf kendi dahili mevzuatının, işbu sözleşmenin bütün hükümlerinin fiilen tatbikini ne surette temin ettiği hususunda Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin talebi üzerine izahat verecektir" denilmek suretiyle taraf devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmak yükümlülüğü altında bulduklarına işaret edilmektedir. Nitekim 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesiyle de, Viyana toplantısına katılan Devletler, iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları uluslararası andlaşmalar ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sok-

(48) Bkz. DD.5, E.1986/1723, K.1991/933, Kt.22.5.1991, İstanbul Barosu Dergisi, C. 65, S. 7, 8, 9, s. 772-773.

(49) Bkz. E.1963/336, K.1967/29, Kt. 26-27.9.1967, AMKD, S. 6, s. 18.

ma taahhüdünde bulunmuşlardır. Bunun anlamı, bundan böyle, İnsan Hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiç bir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere, "hukuk devleti" olduğunu iddia eden bir Devlet, Anayasasında özellikle "İdari işlem" niteliğindeki tasarrufları yargı denetimi dışında tutamaz. Bu bakımdan 1982 Anayasasında yer alan bu tür düzenlemelerin "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Somut olayımızda "Askeri Şûra kararlarının yargı dışı tutulması" yönündeki Anayasa hükmünü (md. 125/2) ve aynı yönde düzenleme ihtiva eden 1602 sayılı Yüksek Askerî Şûra'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun ilgili maddesini (md. 21) normal karşılamak imkansızdır.

Somut uygulamasını özellikle askerî hizmetlerde "disiplinsizlik ve ahlâkî durum" nedeniyle "re'sen emeklilik" konusunda göstermiş olan bu mesele- nin iç hukukta denetimi mümkün olmadığına göre, yukarıda açıkladığımız nedenlerle uluslararası belgelere dayanarak uluslararası yetkili makamlara götürülmesinin mümkün olacağı kanaatindeyiz. Doktrinde ağır basan görüş, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanının tutumu ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın belirtmiş olduğumuz yaklaşımı bizim bu kanaatimizi doğrular niteliktedir.

Elbette ki bu konuda en köklü ve gerekli olan çözüm, Anayasamızda ve ilgili Kanunda bu hususta mevcut olan tüm düzenlemeleri ayıklamaktır. O halde yine meseleyi halledecek olan mercii TBMM olacaktır.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ALDIKAÇTI O.: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. bası, İstanbul 1982, s. 345.
- ANCIN O.: Yüksek Askerî Şûra Kararlarının Denetimsizliği, Milliyet, 28.7.1987.
- ATAAY A.: Medeni Hukuk, I. Kitap Genel Teori, İstanbul 1967.
- EREM F.: Türk Ceza Hukuku, Ankara 1984.
- ERMAN S.: Askerî Ceza Hukuku, İstanbul 1983.
- GİRİTLİ İ.: Hükümet Tasarrufları, İstanbul 1958.
- GÖZÜBÜYÜK A.Ş.: Yönetim Hukuku, Ankara, 1984.
- GÖZÜBÜYÜK A.Ş.: Yönetim Hukuku, Ankara 1983.
- KARAYALÇIN Y.: Hukukta Öğretimde Kaynak-Metod Problem Çözme, Ankara 1986.
- KIRCA C.: Anayasa, Muhalefet-İnsan Hakları, Hürriyet, 21.9.1987.
- KILERCİOĞLU O.: Hukuk Devleti ve Söylentiler, Tercüman, 30.6.1987.
- KUZU B.: Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1994.
- KUZU B.: Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum, İHFM, 1988-1990, sy. 1-4, İstanbul 1991.
- KUZU B.: Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul 1993.
- KUZU B.: 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990.
- ÖNBİLGİN G. - Oytan M.: T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararları, Ankara 1977.
- ÖZBUDUN E.: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1990.
- SOYSAL M.: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1982 Anayasasına Bilimsel Yaklaşım, İstanbul 1986.
- TANÖR B.: İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul 1986.