

YARGIYA AÇIK/KAPALI İŞLEM RAPORU

12 Mart 1971-2010 Döneminde TSK İle İlişkisi Kesilenler İçin, “YARGI DENETİMİNE KAPALI İŞLEMLER” İFADESİNİN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

(Bu Rapor Av.Haluk İnanıcı, Av.Mehmet Kayagil Tarafından Müştereken Hazırlanmıştır.)

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa aşağıdaki madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 32- 12 Mart 1971 tarihinden bu kanunun yayımı tarihine kadar, **yargı denetimine kapalı idari işlemler** veya Yüksek Askeri Şûra Kararları ile Türk Silâhlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilenler veya vefatları halinde hak sahipleri, bu madde hükümlerinden yararlanabilmek için altmış gün içinde Milli Savunma Bakanlığına başvururlar.

6.12.1983 Tarihinden Sonra YAŞ Kararıyla TSK'dan İlişiği Kesilenler.

Yasa, TSK'dan YAŞ kararıyla ilişiği kesilenler açısından bir tartışma yaratmayacak derecede açıktır. YAŞ kararıyla atılanlar tartışmasız bu madde kapsamına girmektedirler.

12 Mart 1971 Tarihinden Yasanın Çıktığı Tarihe Kadar TSK'dan İlişiği Kesilenlerle İlgili Olarak “Yargı Denetimine Kapalı İdari İşlem İfadesi” Önem Taşımaktadır.

Kanun “**Yargı Denetimine Kapalı İşlem ile**” ilişiği kesilenler demek suretiyle “İdareye Takdir Hakkını Kullanırken” takdir sınırlarını belirtmiştir.

Maddeyi analiz edersek:

- Bir askeri idari işlem olacak,
- Bu idari işlem ile ilişik kesilirken, yargı yoluna başvurma hakkı olmayacak.

Bu nedenle Bakanlığın, “***İdari işlem tesis edildiği tarihte,***” ***silahlı kuvvetlerden ilişik kesme işlemine karşı ‘Askeri İdari Yargıya’ başvurma hakkı olup olmadığına bakacaktır.***

Yine Bakanlığın, “Yargı Denetimine Kapalı Olma” hükmünün ne anlama geldiğini, Anayasa 90. Maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve içtihatları doğrultusunda değerlendirmesi gerektiği kanısındayız.

Bu terim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi uyarınca analiz edilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde 13. Etkili Başvuru Hakkı: Bu sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından da işlenmiş olsa, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki bir yola başvurma hakkına sahiptir.

Şu halde bir işlemin yargı denetimine açık olduğu iddiasında/savunmasında bulunabilmek için, hak sahibine “etkili bir başvuru hakkı tanınıp tanınmadığına” bakılacaktır. (Bkz. Prof.Dr.Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye1996)

Etkili başvuru hakkının kabulü için; “Divanın deyimiyle ‘teorik ve hayali’ değil fiilen ve gerçekten mevcut bulunması, yani sonuç doğurabilir cinsten olması gereklidir.” (Prof.Dr.Feyyaz Gölcüklü-Prof.Dr.Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 299, 1994,Turhan Kitabevi,)

Yargı Denetimi/İç yargı yolu ifadesi, etkin, **tam yargısal denetime** elverişli, somut ve sonuç veren nitelikte olmasını da içermektedir. Bir diğer deyişle “yargıya başvuru hakkı şeklen tanınmış bir haksızlık” bu, yargı denetiminin tanınması anlamına gelmeyecektir.

Avrupa İnsan Hakları mahkemesi kendisine yapılan başvurularda aşağıdaki ilkelerle değerlendirme yapmaktadır.

- AİHM, İnsan Hak İhlallerinin yoğunlaştığı ve süreklilik arzettiği dönemlerde devletin bu tutumuna “idari uygulama” diyerek iç hukuk yollarına başvurma zorunluluğunu aramamaktadır. (Donnelly-İngiltere, Akduvar-Türkiye Başvuruları)
- İhlalin kaynağı bizzat ülkede yer alan bir yasal düzenlemeden kaynaklanıyorsa yasa açıkça yargıya başvurma hakkını kapatmışsa iç hukuk yollarına başvurmadan AİHM’ne başvurulabilmektedir. (Campell/İngiltere, Oğur/Türkiye Başvuruları)
- İç hukuk yargı organlarının kararları ihlali ortadan kaldıracak nitelikte değilse veya bu kararlar bizzat “hak arama yolunu” kapatıyorsa AİHM’e başvurulabilmektedir. (Akduvar/Türkiye, Gündem/Türkiye, Demir/Türkiye Başvuruları)

Bakanlık, “Yargı Denetimi Olup Olmadığı” konusunu aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi kapsamında da değerlendirme hak ve yetkisine sahiptir.

AİHS 6. Maddesi herkese bir mahkeme önünde “hak arama yolunun açık olmasını” zorunlu kılmaktadır.

Adil yargılanma hakkı

Madde 6. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının

makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir

“Kısaca Mahkeme önünde hak arama yolunu fiilen yahut hukuken, geçici de olsa kapatılması veya kullanılmasının imkansız kılar ölçüde, koşullara bağlanıp sınırlanması 6. madde hükmünün çiğnenmesi demektir. (Div.K.Airey/İrlanda, Deweer/Belçika Kararları) Göçüklü-Gözübüyük, age, s.216”

Hak arama olanağının kağıt üstünde tanınması ve fakat etkili bir şekilde kullanılmasının imkansız olması hallerin de AİHS'nin 6.maddesi ihlal edilmiş olacaktır. (Philis/Yunanistan Kararı)

AİHS 6.madde kapsamındaki Mahkemenin, “Tarafsız, Adil, Kanuni, mahkeme olması gereklidir.

ÖZETLE, GEREK AİHS 6. MADDESİ GEREKSE 13. MADDESİ KAPSAMINDA 12 MART 1971 YILINDAN 6191 SAYILI KANUNUN YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ TARİHE KADAR, 30 YILDIR TSK'DAN İLİŞİĞİ KESİLENLER İÇİN, HAKLARINI ARAYABİLECEKLERİ ETKİLİ BİR BAŞVURU HAKKI TANINMAMIŞTIR.

- AYİM 30 YILDIR KENDİNE YAPILAN TÜM BAŞVURULARI ŞU VEYA BU NEDENLE REDDETMIŞTİR. AYİM VERDİĞİ KARARLARLA, KENDİNİ 30 YILDIR 12 EYLÜL DARBECİ ZİHNİYETİNİN KORUYUCUSU OLARAK GÖRMEKTEDİR.
- 12 EYLÜL 1980 DÖNEMİNDE TSK İLE İLİŞİĞİ KESİLEN SUBAY ASTSUBAYLARIN KARARNAMELERİ ORG.KENAN EVREN İSİMLİ VE “DEVLET BAŞKANI” SIFATLI BİR DARBECİ TARAFINDAN İMZALANMIŞTIR. BU ZAT AYNI ZAMANDA GENEL KURMAY BAŞKANIDIR. BU İŞLEM DARBE SURETİYLE YETKİLİ MAKAMLARIN YETKİLERİNİ GASBI ÜRÜNÜDÜR(YETKİ GASPI). AYİM ÜYELERİNİN BİR KISMI MUVAZZAF SUBAYLARDIR. BU MUVAZZAF ÜYE SUBAYLAR KENDİ AMİRİ DURUMUNDAKİ BU KİŞİNİN İŞLEMLERİNİN “YOK HÜKMÜNDE/BATIL” OLDUĞUNU DEĞERLENDİREBİLECEK İMKÂNA, GÜCE VE MEVKİYE SAHİP DEĞİLLERDİR. 30 YILDIR VERDİKLERİ HUKUK AÇISINDAN “AYIPLARLA MALUL” KARARLARI BUNU AÇIKÇA GÖSTERMEKTEDİR.
- AYİM BAĞIMSIZ/TARAFSIZ/ADİL BİR MAHKEME DEĞİLDİR.
- AYİM BÜNYESİNDEKİ ASKERİ PERSONEL HAKİM STATÜSÜNDE DEĞİLDİR. AYİM BİR MAHKEME DEĞİLDİR.
- AYİM'DE GÖREV YAPAN MUVAZZAF SUBAYLAR 30 YIL BOYUNCA DARBECİ 12 EYLÜL YÖNETİMİNİ KORUYAN KARARLAR VERMIŞTİR. SADECE BU BİLE ETKİLİ BAŞVURU İMKANINI ORTADAN KALDIRMAKTADIR.

- AYİM, AİHS 6. VE 13. MADDELERİ KAPSAMINDA NE ETKİLİ BİR BAŞVURU İMKANI TANIMAKTA NE DE ADİL BİR YARGILAMA YAPABİLECEK MAHKEME STATÜSÜNDEDİR.
- DÜNYADA MODERN ÜLKELERDE ÖRNEĞİ OLMAYAN VE HİÇBİR MAHKEME NİTELİĞİ BULUNMAYAN AYİM ORTADAN KALDIRILMALI, ASKERİ İŞLEMLERLE İLGİLİ DAVA YETKİSİ DE İDARİ YARGIYA VERİLMELİDİR.

AYİM Verdiği Kararlarla, 2324 Sayılı Anayasa Düzeninin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6.12.1983 yılından sonra kalkması, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesine rağmen, AYİM, 12.9.1980- 6.12.1983 döneminde TSK'dan emekli edilenlerle ilişkili olarak eski yasayı uygulamaya devam etmiş ve BU DÖNEMDE YAPILAN İDARİ İŞLEMLERE YARGI YOLUNU KAPATMIŞTIR.

Örneğin; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2324 sayılı yasanın yürürlükten kalkmasına rağmen 24 Kasım 1983 tarihinde müşterek kararname ile ilişigi kesilen bir subayın, 2342 sayılı yasa yürürlükten kalktıktan sonra 60 günlük süre içinde işlemin iptali için açılan davada, 20 Mart 1984 tarihinde,

28 Ekim 1980 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanıp, 12 Eylül 1980 tarihinden geçerli olarak yürürlüğe giren 2324 Sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun 5.maddesindeki -12 Eylül 1980 tarihinden sonra Bakanlar ile Bakanların yetki verdiği görevlilerce kamu personeli hakkında uygulanan ve uygulanacak olan işlemler ve alınan kararların yürütülmesinin durdurulması istemi ileri sürülemez- amir hükmü karşısında tetkik kabiliyeti bulunmayan istemin reddine" (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1.Daire Gensek No:1984/28, Esas No: **1984/129 sayılı karar**)

karar vermiştir. Yani 2324 sayılı yasa yürürlükten kalktığı 6.12.1983 yılından sonra AYİM, kanunun yürürlükte olduğu dönemde tesis edilen idari işlemler için dava açılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Sayın Bakanlığın AİHS ve içtihatlarını doğrudan uygulama hakkı olduğu gibi bu aynı zamanda Anayasa'nın 90. Maddesi kapsamında bir görevdir. İdari yargıda, idare mahkemelerinin ve Danıştay'ın içtihatlarında AİHS'ni doğrudan uygulayan oldukça fazla sayıda karar vardır.

Sayın Bakanlığın başvuruları reddi halinde başvuranların sadece AYİM'e dava açma hakkı olacaktır ki, yukarıda belirttiğimiz gibi bu başvuruların sonucu şimdiden bellidir.

12 EYLÜL 1980- 6.12.1983 DÖNEMİNDE TSK İLE İLİŞİĞİ KESİLENLER

12 Eylül 1980-6.12.1983 Döneminde Askeri Rejim tarafından çıkartılmış, 2324 Sayılı Anayasa Düzeninin Korunmasına İlişkin Kanun geçerlidir. Bu kanunun 4. Maddesi tartışmasız biçimde açıktır.

Madde 4. 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu Kararnameleri ve üçlü kararnamelerin yürütülmesinin durdurulması ve iptali istemi ileri sürülemez

Yine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2324 sayılı yasanın yürürlükten kalkmasına rağmen 24 Kasım 1983 tarihinde müşterek kararname ile ilişkisi kesilen Özcan Yaramancı isimli subayın, 2342 sayılı yasa yürürlükten kalktıktan sonra 60 günlük süre içinde işlemin iptali için açılan davada, **20 Mart 1984 tarihinde,**

28 Ekim 1980 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanıp, 12 Eylül 1980 tarihinden geçerli olarak yürürlüğe giren 2324 Sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun 5.maddesindeki -12 Eylül 1980 tarihinden sonra Bakanlar ile Bakanların yetki verdiği görevlilerce kamu personeli hakkında uygulanan ve uygulanacak olan işlemler ve alınan kararların yürütülmesinin durdurulması istemi ileri sürülemez- amir hükmü karşısında tetkik kabiliyeti bulunmayan istemin reddine” (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1.Daire Gensek No:1984/28, Esas No:1984/129 sayılı karar)

karar vermiştir. Yani 2324 sayılı yasa yürürlükten kalkmış olsa bile yürürlükte olduğu dönemde tesis edilen idari işlemler için dava açılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun geçici 1. Maddesinde 12 Eylül 1980- 6.12.1983 döneminde geçerli olan kanunun İdari Yargıyı bağlayacağı açıkça belirtilmiştir.

GEÇİCİ MADDE 1 - Bu Kanunun uygulanmasında, 27.10.1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun Ek Geçici 7.maddesi halen yürürlükte dir.

EK GEÇİCİ MADDE 7 - (2568 - 25.12.1981) Bu Kanunun uygulanmasında, 27.10.1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

Şu halde bu dönemde TSK'dan ilişkisi kesilenler hakkında normatif olarak “yargı denetimi yolu” kapalıdır. Madde “Yargı Denetimini” açıkça kapadığı için bu dönem içinde resen emekli edilen subay ve astsubayların tamamı bu kapsama girecektir

12 MART 1971-12.9.1980 ARASI DÖNEMDE İDARİ İŞLEMLE RESEN EMEKLİ EDİLEN SUBAY VE ASTSUBAYIN DURUMU

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu 4.7.1972 yılında çıkartılmıştır.

Kanunun 20/a maddesi “askeri hizmete ilişkin idari eylem ve işlemler”e karşı mahkemeye başvurulabileceğini düzenlemiştir.

12 Mart Döneminde 50/c maddesi “yasa dışı görüşleri benimseyenlerin” resen emekli edilmesini/atılmasını düzenlemiyordu. Bir diğer deyişle, yasa dışı görüşüyle resen emekli edilen bir subay veya astsubayın “hizmet sebebiyle askerlikten çıkartıldığı” iddia edilemeyecektir. Bir insanın siyasi düşüncesiyle yürüttüğü hizmet arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Ayrıca, Siyasi görüşlerin atılma nedeni olabileceğine ilişkin de açık bir kanun veya yönetmelik hükmü bulunmamaktadır.

Bunun için en büyük dayanak, 926 Sayılı TSK Personel Kanunu, 50/c maddesinde yapılan 1983 yılı değişikliği ve paralel olarak Subay Sicil Yönetmeliğinin 91/c maddesine “e) *Tutum ve davranışları ile yasa dışı siyasi, yıkıcı, bölücü, irticai ve ideolojik görüşleri benimsediği, bu gibi faaliyetlerde bulunduğu veya karıştığı anlaşılanlar.*” hükmünün eklenmesidir. Bu tarihten önce olmayan bir hükmün, bu tarihten önceki mağdurlara uygulanması hukuken mümkün değildir.

211 Sayılı TSK İç Hizmet Kanunu 6. Maddesine göre askeri “hizmet” tanımı şu şekildedir.

Hizmet: Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, âmir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir

Buna rağmen ilgili dönemde AYİM bu şekilde kendisine yapılan başvuruları kabul etmesine rağmen davaların büyük çoğunluğunu reddetmiştir. AYİM, AYİMK 20/a maddesine göre “bir düşünce benimsemenin” askeri hizmetle ne ilişkisi olduğunu açıklama gereği duymamıştır.

Gerçekte bu kapsama giren yani “siyasi düşünceleri nedeniyle” resen emekli edilen subay astsubay için AYİM yolu kapalıdır. AYİM vermiş olduğu kararlar da bu konuyu tartışmamış, içtihat suretiyle de başvuru yolunu kapatmıştır.

12 Mart Sonrası Sıkıyönetim Dönemleri: 27.4.1971-26.9.1973 Döneminde Ankara’da sıkıyönetim vardır. Sıkıyönetim devam ederken bağımsız bir askeri

idari yargıdan bahsetmek mümkün değildir. Bu dönemde TSK ile ilişkisi kesilen tüm askeri personel için “Etkili Bir Başvuru Yolu” yoktur.

Öte yandan 12 Mart Döneminde ordudan çıkartılan subay ve astsubayların büyük kısmı tutukluken, yani 1974 affı çıkmadan önce, ordudan çıkartılmışlar ve resen emeklilik belgeleri HAPİSHANE’DE tebliğ edilmiş veya edilmemiştir. Bir diğer deyişle 60 günlük idari dava açma haklarını ETKİN BİÇİMDE kullanmaları, avukatlarıyla görüşmeleri vs. mümkün değildir. YARGI YOLU PRATİK OLARAK KAPALIDIR.

ASKERİ ÖĞRENCİLER AÇISINDAN DURUM

Askeri öğrencilerle ilgili durum tespiti yapmak için öncelikle, askeri öğrencilerin statüsüne bakmak gereklidir.

İÇ HİZMET KANUNU

MADDE 1. - (Değişik: 4902 - 18.6.2003 / m.9) Türk Silâhlı Kuvvetleri : Kara (Jandarma dahil), Deniz (Sahil Güvenlik dahil) ve Hava Kuvvetleri subay, askerî memur, astsubay, erbaş ve erleri ile askerî öğrencilerden teşekkül eden ve seferde ihtiyatlarla ikmal edilen, kadro ve kuruluşlarla teşkilâtı gösterilen silâhlı Devlet kuvvetidir

Şu halde askeri öğrenciler de 6191 Sayılı Yasa Kapsamına dâhildir. 12 mart 1971 tarihinden yasa çıkıncaya kadar geçen sürede TSK ile ilişkisi kesilen askeri öğrenciler için “yargı denetimine tabi olma” konusu bu raporumuzda yaptığımız açıklama çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 13. Maddesi kapsamında, “ilgili dönemde yargı yoluna etkin başvuru hakkı olup olmadığına, keza 6.Madde kapsamında hak aramak için bağımsız bir mahkemeye başvurma hakkı olup olmadığına bakılarak” değerlendirilmelidir. Bu nedenle tüm başvuruları kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

AYRIMCILIK YASAĞI

Sayın Bakanlığın, değerlendirme yaparken 6191 Sayılı Kanunu sadece **YAŞ kararıyla emekli olanlara uygulama geri kalan tüm talepleri reddetme yöntemi seçmesi halinde,**

3 Aralık 1983 günü üçlü kararname yöntemiyle TSK’dan ilişkisi kesilen bir subay kapsam dışı kalacak, ama 1 ay sonra ilişkisi kesilen arkadaşı YAŞ kararı suretiyle üçlü kararname ile TSK’dan ilişkisi kesildiği için yasadan yararlanacaktır. Bu durumun

Anayasa'nın 10. maddesi (Eşitlik) ve AİHS 14. Maddesi (Ayrımcılık Yasağı) maddelerine aykırı olduğunu ise söylemeye gerek görmüyoruz. 26.4.2011

Av. Haluk İnanıcı

Av. Mehmet Kayagil